



**Universidad de Valladolid**



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**

**TESIS DOCTORAL:**

**LAS CAUSAS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL  
ACTO ADMINISTRATIVO: CONFIGURACIÓN LEGAL Y  
APLICACIÓN PRÁCTICA**

Presentada por Alberto Picón Arranz para optar  
al grado de Doctor por la Universidad de  
Valladolid

Dirigida por:

**Prof. Dr. Iñigo Sanz Rubiales**  
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid



*A Eduardo y Marta, mis padres*

*A Camino, mi mujer*



**RESUMEN:** La identificación y el alcance de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos siempre han constituido un objeto de debate entre la doctrina administrativista. Con un legislador, en ocasiones, poco riguroso con las categorías propias de la teoría de la invalidez y una jurisprudencia cambiante, e incluso contradictoria en esta materia, el presente trabajo pretende responder a la pregunta de qué actos administrativos merecen la calificación de nulos, así como la determinación de los efectos prácticos de esa calificación. Para ello, se partirá de un análisis de la teoría general de la invalidez para, después, aplicarla coherentemente a los actos administrativos a la luz de dos de los más importantes principios generales del Derecho como son el principio de legalidad estricta y el de seguridad jurídica.

**RIASSUNTO:** L'identificazione e la portata dei motivi di nullità assoluta degli atti amministrativi sono sempre stati oggetto di discussione tra la dottrina amministrativa. Con un legislatore, a volte, poco rigoroso con le categorie della teoria dell'invalidità e una giurisprudenza mutevole, e perfino contraddittoria in questo campo, questo studio vuole rispondere alla domanda su quali atti amministrativi meritino la qualifica di nulli, così come la determinazione degli effetti pratici di questa qualifica. A tal fine, inizieremo con un'analisi della teoria generale dell'invalidità per poi applicarla coerentemente agli atti amministrativi alla luce di due dei più importanti principi generali del diritto, ossia il principio di stretta legalità e il principio di certezza del diritto.



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>15</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>19</b>

## **CAPÍTULO UNO: TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO: MITOS Y REALIDADES**

<b>I.- PLANTEAMIENTO Y ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONFUSIÓN ACERCA DE LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>25</b>
1) El nacimiento de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos en el Derecho Romano .....	28
2) La errónea recepción del Derecho Romano en este punto como germen de la confusión actual en la Teoría de la Invalidez.....	32
3) La situación actual de la teoría de la invalidez en el derecho administrativo español .....	35
<b>II.- ACLARACIONES CONCEPTUALES: UN PRIMER PASO NECESARIO PARA UNA TEORÍA DE LA INVALIDEZ SIN FISURAS .....</b>	<b>37</b>
1) Perfección: un punto de partida imprescindible.....	38
2) Ilegalidad: una constatación objetiva .....	41
3) Invalidez: un concepto necesariamente originario, teórico e inmutable.....	45
a) El necesario carácter originario de la invalidez .....	48
b) El carácter teórico e inmutable de la invalidez: la importancia de la presunción de validez de los actos administrativos .....	53
4) Anulación: un pronunciamiento necesario para la conexión invalidez-ineficacia .....	60
5) Ineficacia: el único concepto empírico de la Teoría de la Invalidez.....	64
a) Distinción entre invalidez e ineficacia .....	66
b) El concepto empírico de ineficacia .....	68
<b>III.- CLASIFICACIÓN DE LOS VICIOS INVALIDANTES: LAS DIFERENCIAS MATERIALES Y PROCESALES JUSTIFICADORAS DE LA GRADUACIÓN.....</b>	<b>72</b>
1) La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad como técnicas procedimentales .....	72
2) El fundamento y las consecuencias de la clasificación bipartita de los vicios de invalidez: nulidad y anulabilidad.....	75
a) La inexistencia: un concepto empírico y extrajurídico .....	75
i) Los orígenes de la categoría en el derecho privado.....	75

ii)	La inexistencia en el derecho administrativo: su imposible distinción jurídica de la nulidad de pleno derecho.....	78
b)	El factor delimitador de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad .....	84
c)	Los distintos regímenes jurídicos de la nulidad y de la anulabilidad como técnicas procedimentales .....	98
i)	La concepción clásica: un antagonismo infundado .....	99
ii)	Desmontando los mitos de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad como categorías antagónicas.....	102
iii)	Las diferencias reales entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad ..	112
IV.-	LA PECULIARIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU REPERCUSIÓN EN LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO .....	123
1)	¿La nulidad de pleno derecho como regla general en derecho privado y excepción en derecho público? .....	124
2)	¿La presunción de validez del acto administrativo como factor diferenciador de la teoría de la invalidez en derecho privado y derecho público? .....	128
3)	Los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva como verdaderos factores diferenciales de la teoría de la invalidez en derecho privado y en derecho público .....	136
V.-	RECAPITULACIÓN .....	143

**CAPÍTULO DOS: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO  
RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON EL CONTENIDO DEL ACTO  
ADMINISTRATIVO**

I.-	INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DE LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO Y EL CONSECUENTE AUMENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD REFERIDAS AL CONTENIDO DE LOS ACTOS.....	147
II.-	ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE LESIONEN DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO CONSTITUCIONAL.....	155
1)	Disposiciones generales: un supuesto de nulidad de carácter material y valorativo	155
2)	Evolución y delimitación del supuesto: tendencia expansiva .....	162
a)	Supresión de la expresión “contenido esencial”: ampliación del contenido susceptible de protección .....	162
b)	Determinación de los derechos susceptibles de protección vía artículo 47.1.a)	166
c)	Reflexión acerca de la posible inconstitucionalidad del apartado a) del artículo 47.1 LPACAP .....	168
3)	Contenido: ¿qué debe entenderse por lesión?.....	170

4)	La importancia del principio de proporcionalidad para determinar la existencia o no de lesión de los derechos fundamentales .....	173
5)	Análisis de los Derechos Fundamentales en particular .....	178
a)	El derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE .....	178
b)	El derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE .....	183
c)	El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE .....	186
i)	La ausencia de motivación como posible causa de nulidad de pleno derecho vía artículo 24 CE .....	191
ii)	Las garantías procesales del artículo 24.2 CE: su eficacia en el procedimiento administrativo (fundamentalmente sancionador) .....	197
d)	El principio de legalidad del artículo 25 CE: especial referencia al principio “ <i>non bis in ídem</i> ” .....	201
e)	Otros derechos fundamentales con menor impacto jurisprudencial dignos de análisis .....	208
i)	La libertad religiosa del artículo 16.1 CE .....	209
ii)	El derecho al honor del artículo 18.1 CE .....	210
iii)	El derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23.1 CE .....	211
iv)	El derecho a la educación del artículo 27 CE .....	212
v)	La libertad sindical del artículo 28.1 CE .....	213
6)	¿Existe una “fórmula mágica” para determinar cuándo hay lesión a un derecho fundamental y cuándo no? .....	214

### III.- ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE TENGAN UN CONTENIDO IMPOSIBLE . 216

1)	Lo imposible en Derecho: ad impossibilia nemo tenetur .....	217
2)	Lo imposible en derecho administrativo: significado e interpretación del término imposible en el ordenamiento jurídico-administrativo .....	223
3)	Identificación del contenido imposible a efectos de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo .....	227
a)	Características de la imposibilidad a efectos de la nulidad de pleno derecho ..	227
i)	Imposibilidad material <i>versus</i> imposibilidad jurídica .....	228
ii)	El carácter necesariamente originario de la imposibilidad .....	232
iii)	La naturaleza objetiva y, excepcionalmente, subjetiva de la imposibilidad ..	233
iv)	Errores materiales, de hecho o aritméticos y contenido imposible .....	235
b)	Clasificación de actos administrativos nulos de pleno derecho por contenido imposible: un análisis jurisprudencial .....	237
c)	La nulidad del acto administrativo de contenido imposible no equivale a su inexistencia .....	243

### IV.- ACTOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN PENAL O DICTADOS COMO CONSECUENCIA DE ÉSTA..... 246

1)	La nulidad del acto administrativo constitutivo de infracción penal y su evolución a través de las leyes de procedimiento administrativo en España .....	246
----	--	-----

2) Relación entre la infracción penal y el acto administrativo a efectos de la nulidad de pleno derecho.....	250
a) El acto administrativo constitutivo de infracción penal.....	250
b) El acto administrativo dictado como consecuencia de una infracción penal ....	255
3) El papel del juez penal en la nulidad del acto administrativo constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella .....	263
a) La sentencia penal firme declarativa de la infracción penal: un presupuesto, por norma general, necesario .....	263
b) La influencia de la sentencia penal en la declaración de nulidad del acto administrativo .....	268

**V.- ACTOS ADMINISTRATIVOS 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 .....**

1) Un supuesto de nulidad que se debate entre su utilidad práctica y el peligro de su <i>vis expansiva</i> .....	275
2) Delimitación de su ámbito de aplicación .....	279
a) Actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico .....	279
b) Análisis del alcance de los actos favorables. Especial alusión a la adquisición de licencias urbanísticas <i>contra legem</i> .....	284
c) La interpretación restrictiva de los “requisitos esenciales” como condición para no desvirtuar la categoría de la nulidad de pleno derecho.....	289
i) El necesario carácter subjetivo de los requisitos esenciales .....	290
ii) La natural inclusión de los vicios de obrepción y subrepción del particular en este motivo de nulidad.....	295

**CAPÍTULO TRES: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO AJENOS AL CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**I.- INTRODUCCIÓN: LA DECRECIENTE PERO FUNDAMENTAL IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO EN LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO .....**

**II.- ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR ÓRGANO MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTE POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL TERRITORIO .....**

1) La competencia: el elemento subjetivo del acto administrativo por antonomasia ...	306
2) El vicio de incompetencia: fundamento de su vinculación histórica con la nulidad de pleno derecho.....	310
3) La incompetencia manifiesta: un supuesto manifiestamente ambiguo.....	315
a) La insuficiencia del adverbio “manifiestamente” para delimitar los supuestos de nulidad de pleno derecho por incompetencia .....	316

b)	El interés público y la gravedad del vicio como elementos integrados en el carácter manifiesto de la incompetencia a efectos de la nulidad .....	318
4)	Análisis de las clases de incompetencia <i>stricto sensu</i> y sus consecuencias invalidantes .....	322
a)	Incompetencia material .....	323
b)	Incompetencia territorial .....	327
c)	Incompetencia jerárquica .....	328
d)	¿Incompetencia temporal? .....	334
5)	Otros supuestos analizables a la luz del vicio de incompetencia: la incompetencia subjetiva .....	336
a)	Invasión competencial de la Administración en la esfera propia de otro poder del Estado .....	337
b)	Usurpación de competencias administrativas por una persona privada .....	339
c)	Externalización de funciones públicas en personas privadas .....	340
6)	Otros requisitos subjetivos del acto administrativo: su escasa incidencia en la nulidad del acto resultante .....	342
a)	La ausencia de investidura o la investidura irregular .....	343
b)	La concurrencia de causas de abstención o recusación .....	349
c)	La concurrencia de vicios de la voluntad en el funcionario público .....	352
7)	La ausencia de presupuestos fácticos en la actuación del órgano administrativo ..	355

### III.- ACTOS ADMINISTRATIVOS 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 .....

1)	El procedimiento administrativo como paradigma del vicio de forma: la tendencia reduccionista de su capacidad invalidante .....	359
2)	La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido .....	370
a)	La omisión total y absoluta del procedimiento .....	373
i)	Análisis de la vía de hecho en el marco de la ausencia de procedimiento .....	374
ii)	La influencia de la caducidad del procedimiento en la validez de su resolución 380	
b)	El sometimiento a un procedimiento distinto al legalmente establecido .....	385
c)	La omisión de un trámite esencial del procedimiento .....	391
i)	La falta de audiencia al interesado .....	392
ii)	La omisión del trámite de información pública .....	396
iii)	La omisión de informes preceptivos .....	400
3)	La nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados 407	
a)	Fundamento y alcance del vicio de nulidad relativo a la formación de voluntad de los órganos colegiados .....	407

b)	Identificación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados .....	410
c)	Requisitos para la operatividad de esta causa de nulidad: omisión de todas o de alguna regla esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados ....	412
d)	Análisis detallado de las reglas esenciales cuya vulneración podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho.....	414
i)	La convocatoria.....	414
ii)	El orden del día.....	420
iii)	La composición .....	421
iv)	<i>Quorum</i> de asistencia y votación.....	425
v)	Deliberación y votación .....	429

## **CAPÍTULO CUATRO: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO AL MARGEN DEL ARTÍCULO 47.1 LPACAP**

I.- INTRODUCCIÓN: LA INEVITABLE EXPANSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO A TRAVÉS DE LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 47.1 LPACAP.....	435
--	-----

II.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS QUE SE ADQUIERAN COMPROMISOS DE GASTO U OBLIGACIONES POR CUANTÍA SUPERIOR AL IMPORTE DE LOS CRÉDITOS AUTORIZADOS EN LOS ESTADOS DE GASTOS .....	437
--	-----

III.- ANÁLISIS DEL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 37.2 LPACAP: LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE VULNEREN LO ESTABLECIDO EN UN REGLAMENTO.....	447
---	-----

IV.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRARIOS A LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS SENTENCIAS QUE PERSIGAN ELUDIR SU CUMPLIMIENTO .....	454
--	-----

V.- EL ALCANCE DEL LLAMADO “EFECTO CASCADA” DE LA NULIDAD .....	460
---	-----

1) Actos administrativos dictados al amparo de una ley declarada inconstitucional ...	460
a) La eficacia temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional declarativas de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.....	461
b) Calificación jurídica de los actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional.....	468
2) Actos administrativos dictados en ejecución de un reglamento anulado .....	475
a) La declaración de invalidez de los reglamentos y su eficacia temporal .....	477

b) La influencia de la anulación de un reglamento sobre la validez de sus actos de aplicación .....	481
3) Actos administrativos vinculados a un acto previo declarado nulo.....	487
4) La nulidad de los contratos públicos y sus efectos sobre los actos administrativos posteriores.....	492

## VI.- OTROS MOTIVOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO RESEÑABLES ..... 502

1) Las causas de nulidad de los contratos públicos recogidas en el artículo 39 LCSP 502	
a) La falta de capacidad de obrar, solvencia, habilitación o clasificación profesional o estar incurso en alguna prohibición para contratar .....	505
b) La falta de consignación presupuestaria.....	510
c) La falta de publicación del anuncio de licitación.....	512
d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato.....	516
e) Formalización del contrato sin respetar su suspensión .....	519
f) El incumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición en el que estuvieran admitidos varios empresarios .....	522
g) El incumplimiento grave de las normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública .....	525
h) La omisión en los pliegos de las obligaciones del futuro contratista en materia de protección de datos .....	527
2) La nulidad de los actos administrativos que infrinjan la prohibición de enajenación del dominio público.....	531
3) La nulidad de los actos administrativos dictados por órganos de los Colegios profesionales.....	537

## VII.- UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN ACERCA DEL USO INCORRECTO DE LA CATEGORÍA DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR EL LEGISLADOR .. 539

<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>543</b>
<b>CONCLUSIONI .....</b>	<b>551</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>559</b>
<b>JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO Y TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>601</b>



## ABREVIATURAS

AH	Antecedente de Hecho
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
LCSP	Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público
LEA	Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGP	Ley 47/2003 General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958
LPACAP	Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAP	Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJAPPAC	Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RAE	Real Academia Española
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
RDA	Revista de Documentación Administrativa
RDUMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
REFC	Revista Española de la Función Consultiva
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
RIAP	Revista Iberoamericana de Administración Pública
RPJ	Revista del Poder Judicial
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
TRLS	Ley del Suelo y Rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre
TUE	Tratado de la Unión Europea
VV.AA.	Varios Autores



## INTRODUCCIÓN

El trabajo que tiene entre sus manos trata, modestamente, de aportar alguna certeza a un tema eterno del derecho administrativo como es la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, encuadrado en la siempre polémica teoría de la invalidez de éstos.

Hace ya casi cinco años comencé esta andadura investigadora con más dudas que certezas. Por ello, a la hora de enfrentarme al dilema de elegir la materia objeto de mi tesis sólo tenía una idea preconcebida -fruto de un importante consejo que agradeceré a su debido tiempo- y era la de centrar el objeto de estudio en algún aspecto de la parte general de la asignatura. Al margen de este condicionante, la elección de mi tema de tesis se la debo más a una pura intuición que a una reflexión sosegada. Hoy, cinco años después, no sé si en un ejercicio de gratitud o de masoquismo, creo que estoy en condiciones de afirmar que pese a la aspereza inicial del tema, su abstracción y la abundantísima literatura existente sobre la materia que alimenta mis incertidumbres aún a día de hoy, lo volvería a elegir.

A nadie se le escapa que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos trata de solucionar uno de los problemas centrales en Derecho, que no es otro que determinar si un acto se ajusta a Derecho o no y, si no se ajusta, conocer el tratamiento jurídico que debe darse a las consecuencias generadas a su amparo. En concreto, el presente trabajo trata de responder a la pregunta de qué actos administrativos merecen la calificación de nulos de pleno derecho, así como determinar los efectos prácticos de esa calificación.

No es tarea fácil llegar a una conclusión clara en ese sentido pues en demasiadas ocasiones el legislador y los tribunales realizan un uso poco riguroso de la categoría jurídica de la “nulidad”. Parece que el subconsciente jurídico invita a pensar que todo acto administrativo merecedor de una inmediata sanción de ineficacia debe ser calificado como nulo de pleno derecho. Nada más lejos de la realidad, puesto que la sanción de ineficacia es idéntica tanto para los actos nulos como los anulables.

Para tratar de dar solución a la problemática expuesta hemos considerado necesario, y a ello hemos dedicado el Capítulo I, configurar un esquema teórico realizando ciertos matices sobre la teoría de la invalidez de los actos jurídicos reformulada por la doctrina moderna para, posteriormente, aplicarla al sistema jurídico-administrativo. Consideramos que las categorías propias de la teoría de la invalidez de los actos –invalidez, eficacia, nulidad, anulabilidad...- son comunes a la ciencia del Derecho, ahora bien, las particularidades del ordenamiento jurídico-administrativo, fundamentalmente la autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva, juegan un papel trascendental en el *modus operandi* de la teoría de la invalidez en relación con los actos administrativos.

Basándonos en la teoría de la invalidez de los actos administrativos expuesta y matizada en el primer Capítulo, hemos dedicado los Capítulos II y III a analizar, desde un punto de vista más práctico, los supuestos de nulidad recogidos por el legislador en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP). El Capítulo II contiene el análisis de las causas de nulidad que afectan al contenido de los actos administrativos, mientras que el Capítulo III lo hemos dedicado al análisis de las hipótesis de nulidad ajenas al contenido de los actos, es decir, motivos de nulidad que afecten al ámbito subjetivo de los actos –competencia- o al ámbito formal –procedimiento-.

Por último, hemos dedicado el Capítulo IV al estudio de otras causas de nulidad recogidas expresamente por el legislador administrativo al margen de la LPACAP y al fenómeno de la nulidad en cascada, es decir, al análisis de si un acto administrativo dictado al amparo de una ley inconstitucional, un reglamento nulo, un acto previo nulo o un contrato nulo merece o no la misma calificación.

En otras palabras, en este último Capítulo se han analizado los actos administrativos que, a nuestro juicio, podrían merecer la calificación de nulos de pleno derecho y no encuentran cobijo en la lista tasada en el artículo 47.1 LPACAP.

La metodología utilizada para la consecución de este ambicioso objetivo se apoya en dos pilares básicos. Por un lado, un método sistemático mediante el cual hemos recogido y estudiado las distintas posturas doctrinales sobre la teoría de la invalidez de los actos administrativos para, una vez realizada la oportuna reflexión, formular una teoría matizada que nos permite dar respuesta a los desafíos que se han ido planteando a lo largo del estudio de las causas de nulidad de los actos. Por otro lado, hemos seguido un método analítico para realizar un estudio pormenorizado de la jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado, que nos ha servido para dar un enfoque práctico y crítico a nuestra investigación.

Es precisamente el método utilizado lo que nos ha advertido que roza lo imposible hacer un análisis completo de toda la jurisprudencia referente a la nulidad de los actos administrativos. Además, el ordenamiento jurídico-administrativo se compone de una suma incalculable de normas que, por desgracia, no se traduce en una legislación armónica y completa, sino más bien dispersa y muchas veces inconexa. Razón por la cual, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA consideró necesario *“que el Derecho Administrativo postule de suyo enérgicamente la técnica de los principios generales del Derecho”* pues la simple sumisión de la Administración a la legalidad formal es insuficiente *“para que su enfrentamiento con los administrados (...) pueda discurrir por cauces de justicia”*<sup>1</sup>. Compartiendo esta apreciación consideramos que el principal desafío que presenta nuestro trabajo es el de conjugar dos de los más importantes principios generales del Derecho como son la legalidad estricta y la seguridad jurídica.

---

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” en *RAP*, nº 40, 1963, p. 204.

En fin, no corresponde a quien suscribe estas líneas juzgar si el presente trabajo consigue los objetivos pretendidos. Sus posibles deficiencias se deberán a mi limitada capacidad pero no al esfuerzo dedicado en exclusiva a esta obra durante cinco años. Huelga decir que agradezco de antemano la predisposición de quien se atreva a continuar leyendo, así como sus críticas, pues ello me ayudará a seguir aprendiendo y mejorando en el camino que ahora, oficialmente, inicio.

\* \* \*

Por último, quiero poner de manifiesto que no hubiera podido llevar a cabo esta investigación sin la ayuda de muchísimas personas que, aún sin saberlo, han sido de una u otra manera luz en un camino que, a veces, se ha antojado oscuro y difícil.

Es de justicia que agradezca en primer lugar a mi mujer, Camino. Siempre ha confiado en mí más que yo mismo. Ella tuvo mucha culpa de que me embarcara en esta aventura y ella ha sido quien ha soportado mis taras y mis cambios de humor durante este tiempo. Tal vez nunca consiga devolverte ni la mitad de lo que tú me has dado. Esto es de los dos.

Al mismo nivel, quiero agradecer a Eduardo y Marta, mis padres. A mi hermana Lucía y a mi tío Andrés. Ellos han sido, son y seguirán siendo mi modelo a seguir en el ámbito personal, profesional e intelectual.

A mis amigos, Los de Siempre, los de toda la vida. Basta una mirada y una cerveza (o dos) para saberlo todo. Treinta años tienen la culpa.

Quiero expresar mi agradecimiento también a mis compañeros de Doctorado, ya casi todos doctores repartidos entre Valladolid e Hispanoamérica. Fue muy grato compartir las alegrías, las decepciones y las dudas en aquellos cafés

interminables con, entre otros, Guillermo Chang, Dariel Suárez, Ana Becerra, Víctor Herrada, Alberto Sanz, Felipe Ascencio, Carmen Martínez e Irene Merino. Especial mención merece mi hermana académica Sara García.

Tampoco puedo pasar por alto el agradecimiento a la Universidad Federico II de Nápoles, donde realicé mi estancia de investigación, y, en especial, a la Prfa. Silvia Tuccillo por su cariño y su acogida. Lo que iba a ser una aventura profesional se convirtió, además, en una inolvidable experiencia vital.

De vuelta a la Castilla profunda, es el momento de agradecer a mi *alma mater*, la Universidad de Valladolid. Más concretamente, a todo el personal de la Facultad de Derecho y, en especial, de su biblioteca donde tantas horas hemos invertido. Apartado especial merece el Departamento de Derecho Público, al cual pertenezco y en el que siempre me he sentido como en casa. Me veo obligado a recordar expresamente al profesor Alejandro Menéndez Moreno, catedrático de Derecho Financiero y Tributario y amigo. Sus escasos -pero muy sólidos- conocimientos informáticos me permitieron recibir impagables lecciones de Derecho, Literatura, Filosofía y, en definitiva, de la Vida.

Quisiera terminar mi viaje por la Facultad de Derecho en el Área de Derecho Administrativo, desde donde ahora escribo. Agradezco especialmente a D. José Luis Martínez López-Muñiz quien, desde su amplísima trayectoria universitaria y formadora, y con la ilusión del primer día, siempre ha tenido tiempo para escucharme y aconsejarme sabiamente. Igualmente hago extensivo este agradecimiento a los profesores y miembros del departamento José Carlos Laguna, Isabel de los Mozos, Antonio Calonge y Mercedes Alonso por su trato siempre respetuoso, cariñoso y servicial para conmigo.

Mención aparte merecen los profesores, amigos y maestros María Pardo y Manolo Gómez Tomillo. Por ella sé lo que es una tesis doctoral y entré en el Departamento y a él le debo, además de muchos buenos consejos, formar parte del diplomado de Derecho Administrativo Sancionador. Siempre tendrán mi cariño y admiración como profesionales y, sobre todo, como personas.

Iñigo Sanz Rubiales, qué decir de quien siendo formalmente mi tutor y director de tesis ha sido, sin embargo, mucho más. Debo agradecerle la cercanía, la

humildad y la paciencia que ha tenido conmigo desde el primer día. Admiro su infinita capacidad de trabajo y su puerta siempre abierta, en constante disposición a escuchar y ayudar a todos. Gracias por ser un ejemplo de lo que debe ser un profesor de Universidad.

# CAPÍTULO UNO: TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO: MITOS Y REALIDADES

## I.- PLANTEAMIENTO Y ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONFUSIÓN ACERCA DE LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Si en algo está de acuerdo la doctrina en lo que a la teoría de la invalidez del acto administrativo se refiere es que sobre ella se han escrito ríos de tinta y, sin embargo, es proporcional la cantidad de literatura escrita en esta materia a la gran confusión que, aún a día de hoy, perdura acerca de los conceptos y categorías jurídicas que de ella se desprenden<sup>2</sup>. A lo largo de este primer capítulo trataremos de buscar el origen de tanta confusión en este ámbito, así como de clarificar los conceptos y las categorías jurídicas a fin de poder contribuir, en la medida de lo posible, a una teoría de la invalidez del acto

---

<sup>2</sup> Sobre esta idea son especialmente gráficas las expresiones de NIETO, A., (1994), "Estudio Preliminar" a *Validez y eficacia de los actos administrativos* de BELADÍEZ ROJO, M., Marcial Pons, Madrid, p. 10, quien considera que "nada más engañoso que la aparente tranquilidad que envuelve la compleja temática de la validez y eficacia de los actos administrativos". Por su parte, 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)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, p. 26, incide sobre "lo insatisfactorio de las construcciones técnicas ante la objetividad exasperante de unos conceptos escurridizos que resisten pertinazmente todo intento de dogmatización". Esta idea es mantenida por el autor en la actualidad y así lo manifiesta en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos" en *RAP*, nº 213, 2020, pp. 114 y 115. También en esta línea, CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, p. 148, considera que la invalidez "es uno de los conceptos jurídicos que más resistencia ha ofrecido a un tratamiento dogmático satisfactorio y apropiado (...) siendo uno de los temas más confusos y cuestionados de la dogmática jurídica".

administrativo que opere con eficacia y coherencia a la hora de resolver los problemas que se presentan en la práctica.

Partimos de la base de que tanto la teoría de la invalidez de los actos jurídicos como los conceptos de invalidez, nulidad o eficacia, entre otros, son patrimonio de la teoría general del Derecho<sup>3</sup>. Es decir, el significado de estas categorías jurídicas es muy similar sea cual sea el área del Derecho en el que nos movamos. Ahora bien, las particularidades del derecho privado o del derecho público harán que, pese a que las categorías jurídicas son similares, el juego que presenten en un escenario u otro pueda resultar diferente<sup>4</sup>. Precisamente por ello dedicaremos parte de este capítulo a tratar de encontrar la idiosincrasia del acto jurídico privado y del acto jurídico público para tratar de fundamentar el diferente “*modus operandi*” que pueden tener las categorías jurídicas en el derecho civil o en el derecho administrativo.

Tampoco podemos olvidar que, pese a que la teoría de la invalidez de los actos sea hoy patrimonio de la ciencia jurídica, su origen se encuentra en Roma y estas categorías nacen al amparo del derecho privado. El problema surge cuando, tomando como base las categorías jurídicas propias del Derecho Romano, los profesionales de la ciencia jurídica se empeñaron tan afanosa como erróneamente en crear un sistema de invalidez abstracto basado en un rigorismo pernicioso<sup>5</sup> que supuso un cisma entre un sistema teórico aparentemente

---

<sup>3</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 196 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I*, Ed. 19ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 662, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos*, Civitas, Fuenlabrada, p. 387.

<sup>4</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 115. El autor destaca la pertenencia de la teoría de las nulidades a la teoría general del derecho llegando incluso a afirmar que “las dos grandes categorías de invalidez -nulidad y anulabilidad se entiende- ... tienen en el campo de nuestra disciplina los mismos caracteres y las mismas consecuencias. No obstante, la singularidad del derecho administrativo se proyecta aquí como en las demás categorías o instituciones, aportando matices propios”.

<sup>5</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit. in totum*. El autor desarrolla por primera vez en la doctrina española un verdadero análisis histórico de la creación y las confusiones posteriores de la teoría de la nulidad del acto jurídico. Este trabajo fue pionero en esta materia y a él debemos en buena medida la superación de mitos y la aclaración de

perfecto y una imposibilidad total de aplicarlo con coherencia en la práctica<sup>6</sup>. Se crea de este modo una gran confusión entre el campo del “deber ser” y el del “ser”<sup>7</sup> en lo que la doctrina ha denominado la “teoría clásica” de la invalidez o de las nulidades<sup>8</sup>.

A modo introductorio, y sin ánimo de entrar en este momento en un análisis profundo, pues lo haremos a lo largo del presente Capítulo, es importante introducir la categoría de la “eficacia” del acto jurídico en este debate. En efecto, la eficacia entendida como la capacidad de producir efectos jurídicos de los actos planteó desde antiguo –y sigue planteando- conflictos a la hora de conjugar esta categoría con la de la invalidez. Invalidez que, por otra parte, puede declararse –como iremos desarrollando a continuación- tanto por la vía de la nulidad como por la vía de la anulabilidad. Ambas se configuran como técnicas jurídicas útiles para conseguir la declaración de invalidez de un acto y se diferencian, o bien por los motivos de invalidez que concurran en el acto, o bien por un régimen jurídico-procesal diferente aplicable a cada categoría. La creación y evolución posterior

---

conceptos que permiten que se haya avanzado considerablemente en este punto del derecho administrativo.

<sup>6</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, p. 50.

<sup>7</sup> Sobre la importancia de distinguir entre el deber ser y el ser como problemática de la ciencia del Derecho en general, cfr. KELSEN, H., (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. GARCÍA MÁYNEZ, E.), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., p. 43. En relación con las normas jurídicas, el archiconocido profesor austriaco estableció que “declarar que una norma es válida para ciertas personas no equivale a decir que los individuos realmente se comportan en determinada forma; pues la norma es válida para tales individuos aun cuando se conduzcan de otro modo. La distinción entre el “deber ser” y el “ser” es fundamental para la descripción del derecho”. Ya dentro del derecho administrativo y del acto administrativo en sentido estricto, un ejemplo claro de esta distinción lo encontramos en MAYER, O., (1949), *Tratado de Derecho Administrativo Alemán, Tomo I* (trad. HEREDIA, H. y KROTOSCHIN, E.), Depalma, Buenos Aires, p. 133. Sobre el acto administrativo y su fuerza obligatoria ya el profesor alemán también realiza la distinción entre el ser y el deber ser estableciendo que “la decisión no dice lo que debe ser de derecho sino que declara lo que es de derecho”. Entre la doctrina española destacamos lo imprescindible de separar el ser del deber ser en NIETO, A., (1994), “Estudio Preliminar”... *op. cit.* p. 20.

<sup>8</sup> Cfr. JAPIOT, R., (1909), *Des nullités e matière des actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, LGDJ, París, p. 271. El autor presenta el primer estudio que critica lo que en sus palabras es la “conception classique” de la nulidad y pone de manifiesto un gran número de contradicciones pues confunde conceptos como validez y eficacia como desarrollaremos en un momento posterior de este capítulo.

de ambas categorías también ha contribuido enormemente a la confusión en la teoría de la invalidez de los actos.

En definitiva, el “deber ser” antes aludido implicaría que los actos inválidos – ya sea mediante declaración de nulidad o de anulabilidad- no producirían efectos jurídicos pero, por ahora, baste decir que no siempre coincide lo ideal con lo real. Para entrar en materia, y entender mejor esta problemática con la intención de, posteriormente, ver algo de luz al final del túnel, creemos necesario hacer un breve recorrido histórico que justifique la confusión entre categorías y conceptos jurídicos que se acaba de explicar.

### **1) El nacimiento de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos en el Derecho Romano**

Como en todos los ámbitos de la vida, y el derecho no es una excepción, resulta de gran utilidad echar la vista atrás para poder comprender la actualidad e incluso, en ocasiones, para poder predecir comportamientos futuros. Es por ello, que consideramos necesario acudir al derecho romano, fuente principal de nuestro sistema jurídico, para conocer cómo nacen los conceptos propios de la teoría de la invalidez y cómo, en el derecho intermedio, son tomados y manipulados por los juristas para crear una teoría de la invalidez en el derecho privado que tiene tantas contradicciones en la práctica como claridad y perfección en la teoría.

La necesidad de analizar la actual teoría de la invalidez de los actos en el derecho administrativo nos obliga, aunque sea de forma somera, a hacer un recorrido histórico desde su nacimiento en el derecho romano hasta nuestros días. No es ésta una cuestión baladí, pues en este breve recorrido histórico, podremos encontrar algunas de las claves sobre el “*status questionis*” de la teoría de la invalidez que se presenta en la doble dimensión del “ser” y el “deber ser” y que es fuente de incongruencias y debate constante en la doctrina.

El concepto de invalidez apareció en el derecho romano para sancionar con la ineficacia los actos y negocios jurídico-privados viciados en sus elementos esenciales o prohibidos expresamente por las leyes<sup>9</sup>. Siendo esta, quizás, la única afirmación sólida que pueda hacerse en relación con la invalidez del negocio jurídico en Roma, haremos alusión a continuación a las razones que han producido el origen de la confusión en los conceptos propios de la teoría de la invalidez del negocio jurídico.

En primer lugar, haremos alusión a que en un principio sólo existía la categoría de la nulidad, no así la de la anulabilidad, aunque es cierto que nunca fue sencillo concretar su contenido dada la variedad de fuentes y la falta de sistematización de la época<sup>10</sup>. Parece ser que el origen de la dicotomía nulidad-anulabilidad está relacionado con la aparición de la figura del Pretor en el derecho romano<sup>11</sup>. Esta figura actualizó un “*ius civile*” que empezaba a resultar inservible por su rigidez y antigüedad. El inicio del antagonismo entre nulidad y anulabilidad surge con la división del proceso en la fase “*in iure*” -desarrollada ante el Pretor- y la fase “*apud iudicem*” -ante un magistrado-. Si el acto estaba viciado de nulidad, el Pretor en la primera fase negaba protección jurídica al actor y así el acto quedaba nulo sin necesidad de pronunciamiento judicial. Aquí nace la confusión en virtud de la cual la nulidad de pleno derecho no requiere un pronunciamiento judicial expreso, lo cual parece un error, porque de la no intervención de un juez no puede concluirse la ausencia total de intervención pública. El profesor DE CASTRO relativiza esta idea admitiendo, por un lado, que existía la posibilidad de que la nulidad del negocio jurídico operase automáticamente, pero reconociendo que, en muchas ocasiones, esa nulidad - por la apariencia de validez que tiene el negocio- no podría predicarse sin

---

<sup>9</sup> Cfr. ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., (1997), *Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*, Ed. 18ª, EDERSA, Alcobendas, p. 146.

<sup>10</sup> Cfr. MIQUEL J., (2016), *Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, p. 152, quien identifica como uno de los motivos de la complejidad de la teoría de la invalidez del negocio jurídico en Roma es “la variedad de expresiones que encontramos en las fuentes (más de treinta para designar la nulidad)”.

<sup>11</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Introducción y parte general*. Vol. 2. Ed. 17ª, Reus, Madrid, p. 847, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 75.

prueba, es decir, necesitaba una declaración judicial –o de la autoridad competente- para ser efectiva<sup>12</sup>.

Otra de las razones que motivaron, ya en época romana, la confusión sobre la teoría de invalidez del negocio jurídico era la inexistencia de una teoría general del propio negocio jurídico<sup>13</sup>. Parece ser que los negocios jurídicos inválidos con base en el “*ius civile*” se calificaban como nulos y los que basaban su invalidez en el “*ius honorarium*” configuraban supuestos de anulabilidad. Sin embargo, el paso del tiempo demostró muchas excepciones a esta regla general, produciéndose una total confusión<sup>14</sup> que acabó reconociendo negocios nulos y anulables según el “*ius civile*” y negocios nulos y anulables según el “*ius honorarium*”<sup>15</sup>. Ahora bien, a partir de esta situación<sup>16</sup> se fue creando un régimen diferenciado entre la nulidad y la anulabilidad que no tiene justificación alguna. No estamos ante categorías antagónicas de invalidez sino ante diferencias meramente terminológicas, pues la filosofía que hay detrás, tanto de nulidad como de anulabilidad es idéntica. Ambas son técnicas procesales utilizadas en la práctica jurídica romana cuando se pretendía privar de eficacia al acto o

---

<sup>12</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, pp. 474 y 475. Es la doctrina francesa, considera el autor, la que acude siglos después a la categoría de la inexistencia para explicar que cuando la nulidad sea del todo cierta no es razonable exigir un pronunciamiento judicial.

<sup>13</sup> Cfr. ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., (1997), *Derecho Romano I... op. cit.* p. 147.

<sup>14</sup> Sobre la influencia recíproca entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, así como su contribución a la confusión de la teoría de la invalidez del negocio jurídico basada en la confusión entre categorías jurídicas nacidas en el Derecho Romano, vid. DI PAOLA, S., (1966), *Contributi ad una teoría della invalidità e della ineficacia in diritto romano*, Giuffrè, Milano, pp. 1 a 16.

<sup>15</sup> La confusión entre *ius civile* y *ius honorarium* –y las causas de nulidad y anulabilidad- terminó siendo total, puesto que “un acto que es válido para el *ius civile* puede no serlo para el *ius honorarium* y viceversa”. Vid. MIQUEL J., (2016), *Derecho Romano... op. cit.* pp. 152 y 153. Y se acaban reconociendo supuestos de nulidad y de anulabilidad tanto en el *ius civile* –siempre más tendente a la nulidad absoluta dada su rigidez y formalismo- como en el *ius honorarium* cuya regla general era normalmente la anulabilidad. Cfr. ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., (1997), *Derecho Romano I... op. cit.* p. 148.

<sup>16</sup> Toda esta evolución histórica la desarrolla ampliamente SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 76 a 78. De un modo más esquemático también se encuentra expuesta en VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho administrativo. Tomo II. Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. 4ª, Universidad complutense, facultad de derecho, Arganda del Rey, p. 165, y BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 50 y 51.

negocio jurídico contrario a las normas. No existe, por tanto, entre ambas figuras una diferencia sustantiva o de fondo<sup>17</sup>.

Por ejemplo, de la obra de SAVIGNY no se desprende en ningún momento la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, su eficacia *erga omnes* o la ineficacia *ab initio* del acto nulo<sup>18</sup>. Tampoco podía deducirse con carácter absoluto la imposibilidad de convalidar el acto nulo en el derecho romano. Tanto es así, que los textos romanos clásicos preveían herramientas jurídicas expresamente para sanar el negocio viciado de nulidad y que éste pudiera desplegar toda su eficacia en el tráfico jurídico. Una de las técnicas jurídicas por las que se podían convalidar, en algunos casos, los negocios nulos era la “*sanatio in radice*” -de origen romano pese a que su denominación se atribuye al derecho canónico-<sup>19</sup>. Sobre estas confusiones ahondaremos más específicamente a lo largo de este Capítulo. En definitiva, todo indica que lo más correcto para entender este régimen de ineficacia en el derecho romano será renunciar a las reglas generales para limitarse a la apreciación de cada caso concreto.

Tampoco la legislación de la época contribuía demasiado a la creación de esta teoría general de la invalidez del negocio jurídico o, al menos, a la clarificación de sus conceptos. En efecto, no todas las leyes que prohibían determinados negocios jurídicos declaraban además su nulidad, dejando a la libre apreciación de la autoridad competente su calificación jurídica<sup>20</sup>.

Y, por último, poco o nada ayudó a la clarificación de conceptos la poca precisión terminológica con que los jurisconsultos romanos trataban esta

---

<sup>17</sup> Por su parte, SAVIGNY, M. F. C., (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo 3, Ed. 2ª, Centro Editorial de Góngora, Madrid, pp. 348 y 356, trata de diferenciar el régimen jurídico de la nulidad y el de la anulabilidad en el derecho romano hablando de invalidación completa para referirse a la actual nulidad de pleno derecho y de invalidación parcial para referirse a la actual anulabilidad –lo que denomino actos vulnerables-. Entiende que la nulidad en el derecho romano se daba cuando al acto jurídico le faltaba un elemento esencial o cuando éste era prohibido por la ley.

<sup>18</sup> Cfr. SAVIGNY, M. F. C., (1878), *Sistema del Derecho... op. cit.* p. 363.

<sup>19</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 485.

<sup>20</sup> Cfr. ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., (1997), *Derecho Romano I... op. cit.* p. 147.

materia, no sirviendo en ningún caso como guía para sistematizar las categorías propias de la teoría de la invalidez del negocio jurídico<sup>21</sup>. Sin ir más lejos, el propio SAVIGNY puso de manifiesto que la invalidación de un acto vulnerable - véase anulable- dependía siempre de la voluntad del interesado, para reconocer posteriormente que existían casos en que la nulidad de pleno derecho dependía también de la voluntad del interesado<sup>22</sup>.

En conclusión, en la época romana, donde aparecen estas categorías, no se persigue en ningún caso una sistematización de los grados ni causas de invalidez. Más bien al contrario, se decidía individualmente para cada supuesto que negocio jurídico era merecedor de protección y hasta qué punto y cuáles no<sup>23</sup>. La creación de dos compartimentos estancos -nulidad y anulabilidad- es simplemente una interpretación errónea que, con el paso del tiempo ha creado una sistemática tan sólida como cuestionable<sup>24</sup>.

## **2) La errónea recepción del Derecho Romano en este punto como germen de la confusión actual en la Teoría de la Invalidez**

La recepción del Derecho Romano tiene lugar, mayormente, durante el período histórico que comprende la Baja Edad Media, época presidida por un

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>22</sup> Cfr. SAVIGNY, M. F. C., (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo 3, Ed. 2ª, Centro Editorial de Góngora, Madrid, pp. 349 y 350. En términos generales, pone de manifiesto esta confusión terminológica disponiendo que “los jurisconsultos romanos acostumbran a distinguir claramente los actos nulos y los actos vulnerables –anulables-, y existen pocos casos en que pueda dudarse entre estos dos caracteres; las expresiones técnicas de que se sirven son también en general, claras y nada equívocas; sin embargo, no siempre ofrecen esta completa y rigurosa exactitud”.

<sup>23</sup> En relación con falta de sistemática y la confusión de categorías en el derecho romano traemos a colación al profesor IGLESIAS, J., (2008), *Derecho Romano*, Ed 17ª, Ariel, L’Hospitalet de Llobregat, p. 114, quien considera que “faltan en derecho romano normas fijas o seguras acerca de la ineficacia de los negocios y de los casos en los que ésta puede producirse. Distintos y hasta contrapuestos son los principios que sobre la materia rigen en Derecho civil y en Derecho honorario, y ni por la jurisprudencia clásica ni por el derecho posterior se llegó a la formulación de una teoría general”.

<sup>24</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 104.

formalismo exacerbado y una obsesión por la sistematización de las categorías jurídicas<sup>25</sup>. El mundo del derecho no evolucionó al ritmo que lo hizo en la época romana y los juristas medievales tratan de crear compilaciones basadas en los textos jurídicos romanos. La herencia del derecho romano es manipulada<sup>26</sup> para conseguir el objetivo de crear ordenamientos jurídicos sistemáticos. La teoría de la invalidez es un claro ejemplo de lo expuesto<sup>27</sup>. La obsesión simplificadora llevó a la creación de dos categorías independientes y antagónicas que han perdurado prácticamente hasta nuestros días.

Sin entrar en detalles en este momento, puesto que será desarrollada esta dicotomía en otro punto del capítulo, baste con destacar que esta doctrina tradicional de los vicios de invalidez considera que será nulo el acto o negocio que contravenga la ley de forma grave. Asimismo, la nulidad de pleno derecho es considerada como una característica intrínseca al acto por lo que se entiende que el acto o negocio “nace muerto” y no puede producir efectos jurídicos. Por este motivo, si resultara necesario declarar esa nulidad, siempre tendrá carácter declarativo, y no constitutivo. Además, se predica su ineficacia “*ipso iure*” y “*ab initio*”, su trascendencia “*erga omnes*” -puede oponerse frente a todos-, la imprescriptibilidad para impugnarla, la imposibilidad de confirmación y de convalidación, la nulidad igualmente de los actos o negocios posteriores que traigan causa en el acto nulo y los efectos “*ex tunc*” de la declaración, haciendo desaparecer todas sus consecuencias desde que nació el acto o negocio<sup>28</sup>.

Junto con la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad se reserva para los actos o negocios jurídicos que, sin carecer de los requisitos esenciales, son

---

<sup>25</sup> Sobre este particular, cfr. DOMINGO R., (2010), *Elementos de Derecho Romano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 36 a 40.

<sup>26</sup> Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho... op. cit.* p. 166, HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Capellades, p. 31.

<sup>27</sup> Concretamente sobre la mala recepción de categorías como invalidez e ineficacia, Vid. DI PAOLA, S., (1966), *Contributi ad una... op. cit.*, p. 3: “Uso di concetti dommatici elaborati in época posteriore, sino ai nostri giorni, e applicati indiscriminatamente al fenómeno giuridico romano”.

<sup>28</sup> Sobre el intento desafortunado de la doctrina de una contraposición entre nulidad y anulabilidad y destacando los criterios sobre los que se ha pretendido contraponer ambos conceptos, cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* pp. 467 y 468.

contrarios a la ley por defectos, normalmente, de capacidad o voluntad. Por este motivo, sólo el interesado puede pedir la anulación dentro de un plazo determinado. Si no se solicita esta anulación, que tendrá carácter constitutivo, dentro del plazo legalmente previsto se sanará el vicio por el mero transcurso del tiempo<sup>29</sup>. Por el contrario, si se solicita la anulación y la solicitud tiene éxito, los efectos de la declaración de anulabilidad serán “*ex nunc*”, es decir, se mantienen los efectos desplegados por el acto o negocio nulo hasta el momento en que se haya declarado. Además, al contrario que la nulidad de pleno derecho, el vicio de anulabilidad es susceptible de prescripción, convalidación y subsanación.

Esta construcción<sup>30</sup>, tan hermética como irreal, es la que ha llegado a nuestros días a través de las codificaciones del derecho privado que tuvieron lugar en el siglo diecinueve<sup>31</sup>. A ello debemos añadir la figura de la “inexistencia” agregada posteriormente por la doctrina francesa para superar el obstáculo que presenta la interpretación restrictiva y tasada que tiene la nulidad de pleno derecho. Para los supuestos de actos de gravedad excepcional que no cupiesen en las listas tasadas de nulidad de pleno derecho se crea esta “válvula de escape”<sup>32</sup>. No merece en este punto mayor atención puesto que el régimen

---

<sup>29</sup> El propio DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 497, describe la escasa claridad y hasta contradictoria razón de ser de la anulabilidad. No encuentra justificación ni en la voluntad de las partes ni en la naturaleza sancionadora de las normas y parece que se asume por sus ventajas prácticas ya que, en efecto, la anulabilidad otorga protección a personas incapaces que han celebrado negocios jurídicos o, en general, a quienes celebran negocios sobre los que recaigan vicios del consentimiento.

<sup>30</sup> Sobre el diseño actual de la teoría de la invalidez en el derecho privado, Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español... op. cit.* pp. 851 a 862, BETTI E., (2000), *Teoría general del negocio jurídico*, Colmares, Granada, p. 403 a 420, DELGADO ECHEVERRÍA, J. & PARRA LUCÁN, M. A., (2005), *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, pp. 47 a 62, GARCÍA VICENTE J. R., (2013), “De la nulidad de los contratos”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9238 a 9282.

<sup>31</sup> Da buena muestra de ello nuestro Código Civil que, sin aludir expresamente a la categoría de la anulabilidad, establece un régimen jurídico diferenciado en función de las causas de invalidez de los contratos. Por ejemplo, la regla general del artículo 6.3 es que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Sin embargo, en materia de contratos, en los artículos 1300 y siguientes se establece una acción de nulidad –anulabilidad– de cuatro años para los que cumpliendo con los requisitos del artículo 1261 –consentimiento, objeto cierto y causa– adolezcan de algún vicio invalidante (violencia, intimidación, error, dolo...) y admite en estos casos la subsanación o confirmación del contrato.

<sup>32</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 144.

jurídico de la nulidad de pleno derecho y de la inexistencia es idéntico como analizaremos en otro epígrafe de este capítulo.

### **3) La situación actual de la teoría de la invalidez en el derecho administrativo español**

La teoría abstracta a la que acabamos de aludir es difícilmente aplicable en la práctica y está repleta de confusiones terminológicas (invalidez, inexistencia, nulidad, anulabilidad, irregularidad, ilegalidad, ineficacia, ilegitimidad, ilicitud...<sup>33</sup>). Como se ha puesto de manifiesto, es en el ámbito del derecho privado donde nace y se desarrolla este esquema dogmático que, como no podía ser de otro modo, ha supuesto también en el derecho administrativo español el caldo de cultivo perfecto para que la teoría de la invalidez de los actos administrativos haya representado un caos difícil de entender por la doctrina y de aplicar coherentemente por los tribunales.

A propósito de la escasa claridad terminológica nos parece ilustrativa la comparación entre las diferentes leyes de procedimiento administrativo españolas a la hora de titular los capítulos o secciones donde se ha regulado o se regula el régimen de invalidez de los actos administrativos: primeramente, entre la legislación decimonónica española, destacan los artículos 66 y 67 de la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley Santamaría de Paredes) que utilizan el término “nulidad de actuaciones”, nunca el de invalidez ni el de anulabilidad. Ya en el siglo XX, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (en adelante, LPA) estaban comprendidos en una sección denominada “invalidez” (artículos 47 y siguientes), mientras que en la vigente LPACAP (artículos 47 y siguientes) -y también en su predecesora, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en

---

<sup>33</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 149.

adelante, RJAPPAC)- se encuentran en un capítulo que lleva por título “nulidad y anulabilidad”<sup>34</sup>.

A esta teoría clásica de la invalidez creada al margen de la realidad jurídica hay que añadir, en el caso del derecho administrativo español, una influencia francesa que aumentó la confusión conceptual y terminológica haciendo todavía más difícil crear un sistema capaz de responder a las necesidades prácticas. Tomada del modelo francés, la teoría de la invalidez del acto administrativo no obedecía a una dogmática jurídica previamente construida y reflexionada que determinaba qué actos eran inválidos y en qué grado y cuáles no<sup>35</sup>. Más bien se trataba de ir resolviendo y determinando en cada caso la invalidez y la gravedad de los vicios, así como sus consecuencias<sup>36</sup>, siendo el objetivo claro en aquel momento tratar de limitar la actuación discrecional de la Administración sometiénola a un control formal sin entrar en el fondo<sup>37</sup> -competencia o procedimiento- y no tanto crear una teoría de la invalidez de los actos administrativos completa.

En definitiva, hechas estas apreciaciones, trataremos de determinar si la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es igualmente válida para todas las ramas del derecho o si las peculiaridades propias del derecho privado y del

---

<sup>34</sup> Sobre los debates parlamentarios y enmiendas al proyecto de ley que terminó con la aprobación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como Dictámenes del Consejo de Estado en relación con el capítulo que contiene las causas de nulidad de pleno derecho, véase ABAJO QUINTANA, J. J., (1994), *La tramitación de la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Aspectos administrativos y parlamentarios*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 358 a 367.

<sup>35</sup> En este sentido, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 196. Sobre los motivos de impugnación del acto administrativo que el autor considera igual que la teoría de los vicios de los actos administrativos de la cual destaca su terminología mareante y confusa. Destaca el autor que lejos de una teoría consolidada, el objetivo en Francia era dejar claros cuales eran “los límites de la que la Administración había que respetar en su actuación” así como saber cuándo “un interesado podía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa”. Esto desembocó en los cuatro clásicos motivos de nulidad del acto administrativo: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y violación de la regla de Derecho.

<sup>36</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 35 y 36. Ahonda el profesor en la ausencia de un “método elegido de antemano como instrumento utilizable para la comprensión del problema”.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 36. Sobre la importancia formal en el nacimiento de la doctrina de orden público prescindiendo de un pronunciamiento sobre el fondo.

derecho público justifican una distinta operatividad de la citada teoría en función de la naturaleza pública o privada del acto jurídico. Para esta tarea, comenzaremos por definir, de la forma más concisa posible, las categorías jurídicas que entran en juego en esta ecuación.

## **II.- ACLARACIONES CONCEPTUALES: UN PRIMER PASO NECESARIO PARA UNA TEORÍA DE LA INVALIDEZ SIN FISURAS**

Perfección, 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<sup>38</sup>. La precisión terminológica es, pues, un pilar fundamental a la hora de la construcción de cualquier sistema jurídico. Tener claras las diferencias entre unas categorías y sus afines, así como los matices propios de todas y cada una de ellas nos permitirá hablar siempre con propiedad y llegar a solucionar problemas de forma coherente<sup>39</sup>. Trataremos, por tanto, de definir los conceptos jurídicos propios de la teoría de la invalidez, sin olvidar que son propios de la ciencia del Derecho en su conjunto, por lo que su significado en el ámbito privado y en el público ha de tener, al margen de posibles matices, un núcleo común. Ahora bien, las características específicas propias del acto jurídico-privado o

---

<sup>38</sup> Sobre los diferentes conceptos que se pueden apreciar del término invalidez, así como su relación con la inexistencia y la eficacia en el derecho administrativo francés, cfr. FRANÇOIS, C., (2020), *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, LGDJ, París, pp. 95 y ss.

<sup>39</sup> Sobre la confusión terminológica y la necesidad de aclarar conceptos, véase el antes citado CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 149 y, además destacan esta necesidad, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 10 y ss y 52 y ss, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. 3ª, Civitas, Cizur Menor, pp. 115 y ss, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, pp. 39 y ss, ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), "Régimen general de la invalidez de los actos administrativos" en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 27 y ss.

jurídico-público, fundamentalmente el autor, puedan provocar que operen de modo diferente.

### 1) Perfección: un punto de partida imprescindible

Antes de entrar en conceptos que quizás se identifican más como propios de la teoría de la invalidez -ilegalidad, invalidez o ineficacia-, nos vamos a detener brevemente en el concepto de perfección, analizado en ocasiones por la doctrina en el contexto de la invalidez del acto<sup>40</sup>. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en adelante, RAE) define la perfección de los actos jurídicos como “*la fase y momento en que, al concurrir todos los requisitos, nacen los derechos y obligaciones*”<sup>41</sup>.

Nos encontramos con una categoría que no ha sido desarrollada mayoritariamente por la doctrina administrativista en relación con la invalidez del acto y creemos que la razón fundamental es que estamos ante un concepto que tiene su origen y desarrollo en el campo del derecho privado<sup>42</sup>, y más concretamente, en el ámbito de los negocios jurídicos<sup>43</sup>, no tanto en el de los actos propiamente dichos. Partiendo de la teoría del negocio jurídico privado, se entiende que un negocio puede perfeccionarse en tres momentos: mediante la emisión de la declaración de la voluntad, mediante la recepción por la otra parte o mediante el mero conocimiento. El concepto de perfección del negocio jurídico

---

<sup>40</sup> En este sentido, cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* pp. 149 y ss.

<sup>41</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: perfección, 3ª acepción.

<sup>42</sup> En el Código Civil encontramos el concepto “perfección” en relación con los negocios jurídicos. El art. 623 reconoce la perfección de la donación desde la aceptación del donatario, el art. 1258 establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y también aparece el término en la regulación específica del contrato de compraventa en los artículos 1450 y siguientes.

<sup>43</sup> En su comentario al Código Civil establece la conexión del concepto perfección con los negocios jurídicos y no tanto con los actos, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., (1911), *Estudios de Derecho Civil, Tomo II*, Madrid, pp. 590 y 591.

privado es “*el momento a partir del cual el contrato vincula a las partes*”<sup>44</sup>, es decir, el momento a partir del cual las partes no pueden desligarse del mismo. La perfección es, en definitiva, un concepto relacionado con la existencia o el nacimiento del acto, y así se deduce del artículo 1258 del Código Civil que considera que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, esto es, nacen o tienen fuerza obligatoria desde el consentimiento de las partes.

En el caso del derecho administrativo, buena culpa de que el término perfección no haya sido desarrollado doctrinalmente lo tiene el hecho de que el legislador no lo ha incluido de forma explícita entre los preceptos relativos a la validez del acto administrativo<sup>45</sup>. Pese a ello, se trata de un concepto que conviene analizar pues constituye el inicio de la existencia jurídica del acto, condición absolutamente indispensable para poder determinar posteriormente su validez o su eficacia<sup>46</sup>.

Para el profesor BOCANEGRA SIERRA un acto “*es perfecto cuando resulta dictado por el órgano competente y mediante el procedimiento legalmente establecido*”<sup>47</sup>. No podemos negar la veracidad de esta definición, pero, a nuestro juicio, se trata de una definición demasiado restrictiva del concepto de perfección.

Creemos que no sólo los actos dictados siguiendo el procedimiento establecido y por el órgano competente son actos perfectos. La perfección del acto, por eso tiene sentido estudiarla como un concepto autónomo, es una

---

<sup>44</sup> RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Perfección del contrato. 1ª y 3ª acepciones.

<sup>45</sup> Pese a no aparecer en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas referencia alguna a la perfección del acto administrativo, no ocurre lo mismo en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público donde en su artículo 36 lleva por título “la perfección de los contratos”. En función del tipo de contrato que se trate se perfeccionan, según el citado artículo 36, con su formalización, con su adjudicación o de conformidad con la legislación por la que se rijan.

<sup>46</sup> En ocasiones, la doctrina ha considerado el concepto “perfección” como un concepto de importancia menor dentro de la teoría general del acto administrativo. En este sentido, cfr. GIANNINI M. S., (1959), “Atto amministrativo” en *Encyclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, p. 181.

<sup>47</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 115.

realidad que necesariamente debe concurrir en un estadio anterior al análisis de la legalidad o la validez del mismo.

En este sentido, el artículo 39.1 LPACAP, aunque no se refiera expresamente al concepto de perfección, establece que *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*. La perfección del acto coincide precisamente con el momento en que se dicta -y desde este momento se presumen válidos, pero no tienen por qué serlo-. He aquí la prueba de que perfección y validez son conceptos diferentes<sup>48</sup>. En efecto, la perfección del acto se limita a la emisión de la declaración unilateral de voluntad por parte de la Administración Pública<sup>49</sup>.

En definitiva, la perfección tiene que ver con la existencia, emanación o dictado del acto. Hace referencia al inicio de su vida jurídica. Es condición indispensable para poder calificar el acto posteriormente de ilegal, inválido o ineficaz, puesto que lo que no existe, no puede ser ilegal, inválido o ineficaz.

Si más arriba hemos calificado como excesivamente restrictiva la identificación de la perfección del acto administrativo con que haya sido dictado por el órgano competente y mediante el procedimiento legalmente establecido, es porque consideramos que un acto dictado en el que concurren defectos de competencia o de procedimiento podría ser un acto igualmente perfecto. Siguiendo en este punto al profesor CANO CAMPOS, *“los requisitos formales mínimos de identificación y existencia (perfección) del acto administrativo se reducen así a una declaración unilateral de carácter no normativo dictada formalmente por una Administración Pública”*<sup>50</sup>.

Por lo tanto, para que podamos hablar de un acto administrativo perfeccionado, además de que provenga de un órgano de la Administración, debemos exigir que cumpla unos requisitos mínimos –no el cumplimiento

---

<sup>48</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 150.

<sup>49</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 326.

<sup>50</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 152.

escrupuloso de todos los requisitos de competencia y procedimiento- que al receptor del acto le despierten una confianza en su validez. En otras palabras, se exige que la declaración unilateral de la Administración tenga la apariencia<sup>51</sup> mínima requerida para poder acogerse a la presunción de validez y eficacia del artículo 39.1 LPACAP, independientemente de que en un momento posterior pueda declararse inválido o ser ineficaz<sup>52</sup>. Por ello, la perfección no equivale a la validez propiamente dicha ni tampoco a cualquier manifestación de voluntad de la Administración Pública.

## 2) Ilegalidad: una constatación objetiva

El término ilegalidad en múltiples ocasiones es utilizado por la doctrina como sinónimo de injusto o ilícito. Según la RAE lo injusto es lo “no justo o equitativo<sup>53</sup>” y lo ilícito es lo “no permitido legal o moralmente<sup>54</sup>”. Pese a que aparezca el término “legal” en la definición de ilícito, ambos conceptos no forman parte únicamente de la técnica jurídica propiamente dicha, sino que se trata también de conceptos relacionados con el ámbito de la moral. Esta ambigüedad es la que nos lleva a apartar estos términos de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos centrándonos exclusivamente en las categorías jurídicas más técnicas y propias de la ciencia del Derecho.

---

<sup>51</sup> En contra de esta idea, cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 387, el autor alude la “aparente perfección”. A nuestro juicio el término perfección no puede ser aparente puesto que no es valorable. La perfección, según nuestro criterio, equivale al dictado del acto con la mínima apariencia para que se pueda predicar de él la presunción de validez del art. 39.1 LPACAP.

<sup>52</sup> Confunden la perfección del acto con la validez GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*, I, Ed. 15ª, Tecnos, Madrid, p. 708, cuando se dice que “un acto administrativo se perfecciona una vez que está constituido por el conjunto de elementos que funcionan como requisitos de su validez”. El acto perfeccionado no tiene porqué ser válido. Que todos los actos perfectos fueran válidos equivaldría a afirmar que todos los actos que se dictan con apariencia de tal son válidos, y la realidad jurídico-administrativa nos demuestra continuamente que no es así.

<sup>53</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: injusto, 1ª acepción.

<sup>54</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: ilícito, 1ª acepción.

Si bien no podemos negar que en el lenguaje coloquial existe cierta identificación entre ilegalidad e ilicitud, e incluso se pueden llegar a identificar los términos, creemos que el término más preciso y que mejor se ajusta a la teoría de la invalidez es el de ilegalidad. Una ilegalidad<sup>55</sup> que se define en su sentido más puro y más jurídico como la situación que implica un desajuste o no correspondencia entre el acto o conducta y el ordenamiento jurídico<sup>56</sup>.

Diremos entonces que un acto jurídico es ilegal cuando existe una discordancia entre éste y el ordenamiento jurídico<sup>57</sup>. No requiere la ilegalidad ningún juicio ni ninguna interpretación, basta constatar que no hay correspondencia entre el acto y el ordenamiento jurídico<sup>58</sup>.

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<sup>59</sup>. En otras palabras, todos los actos que infringen el ordenamiento jurídico son ilegales, pero no tienen por qué ser inválidos<sup>60</sup>. Operarían como dos círculos concéntricos dónde el círculo más grande es la ilegalidad y dentro de él está el de la invalidez<sup>61</sup>. 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.

---

<sup>55</sup> Sobre el concepto de ilegalidad, cfr. PUIG BRUTAU, J., (1962), voz "Ilegalidad" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Seix, Barcelona, p. 301.

<sup>56</sup> Concretamente, cfr. RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Ilegalidad: "situación, hecho o acto contrario al ordenamiento".

<sup>57</sup> Cfr. NIETO, A., (1994), "Estudio Preliminar"... *op. cit.* p. 10.

<sup>58</sup> En este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español: el acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, p. 455, ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), "Régimen general de..." *op. cit.* p. 29, define la ilegalidad con expresiones como "desajuste estructural real entre el acto y el ordenamiento jurídico" o "constatación de discordancia entre acto y ordenamiento jurídico".

<sup>59</sup> Cfr. NIETO, A., (1994), "Estudio Preliminar"... *op. cit.* p. 10.

<sup>60</sup> En esta línea, Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., "Grados de ilegalidad del acto administrativo" en *RAP*, nº 100-102, 1983, p. 1003.

<sup>61</sup> Cfr. CASSAGNE, J. C., (2019), *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, Ediciones Olejnik, Argentina, p. 232.

Adentrándonos ya en la esfera del derecho administrativo, este tipo de ilegalidad que no conlleva invalidez se denomina irregularidad no invalidante<sup>62</sup>. No podemos descuidar –aunque sea una obviedad- que el objetivo principal del ordenamiento jurídico es el de garantizar su cumplimiento tratando, en la medida de lo posible, que éste no sea vulnerado. Lo que ocurre con las irregularidades no invalidantes<sup>63</sup> no es que este objetivo principal sea burlado, sino que entran en juego otros múltiples objetivos del ordenamiento jurídico, por razón de los cuales, el objetivo principal de garantizar su cumplimiento no operará en vía represiva obligando a corregir el acto ilegal, sino mediante otras reacciones como pueden ser la responsabilidad del autor de la ilegalidad<sup>64</sup>.

Conviene detenerse en determinar cuáles son precisamente en el ámbito del derecho administrativo los supuestos encuadrables dentro de las irregularidades no invalidantes. Es decir, en qué supuestos concretos el legislador no impone la sanción de invalidez a lo que, a todas luces, es una ilegalidad. El artículo 48 LPACAP en su apartado segundo determina que el defecto de forma del acto administrativo conllevará una irregularidad no invalidante salvo que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, en cuyo caso será anulable. Y el mismo artículo en su apartado tercero también determina como irregularidades no invalidantes las actuaciones administrativas fuera de plazo salvo que la naturaleza del

---

<sup>62</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 172, en nota nº 31 hace alusión a las “irregularidades irrelevantes” de los negocios jurídicos, haciendo ver que este tipo de ilegalidades -cita los simples errores materiales o los errores de cuenta- sin calificación de inválidas no solo son propias del derecho administrativo, sino que es una idea intrínseca al derecho en el que lo ilegal no necesariamente tiene que ser inválido.

<sup>63</sup> Sobre la diferente terminología acuñada por la doctrina a este tipo de irregularidad, cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 405. Expresiones como “trasgresiones improcedentes”, “irregularidades no invalidantes” o “vicios irrelevantes”.

<sup>64</sup> En esta línea, resulta llamativa la exposición llevada a cabo en el primer tercio del siglo XX por el profesor FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., (1929), *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del derecho español)*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, p. 215, relativa a los grados de invalidez del acto administrativo cuando, por orden de gravedad, se refiere a las irregularidades no invalidantes establece “8º. Acto irregular, que manteniendo frente a los terceros toda su eficacia, es motivo de que el agente emisor sufra una sanción pecuniaria. 9º. Irregularidades sin sanción jurídica”. También en este sentido, cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 182.

término o plazo así lo imponga<sup>65</sup>. Por todo esto, puede deducirse un doble denominador común de ambos supuestos de irregularidades no invalidantes:

- en primer lugar, la escasa trascendencia e importancia de la ilegalidad. Buena muestra de ello da el propio legislador que en ambos supuestos determina que será anulable el acto si los requisitos formales incumplidos son indispensables para alcanzar su fin o si se provoca indefensión, e igualmente en el supuesto de actuaciones fuera de plazo, si la naturaleza de éste lo impone. Es decir, si el defecto formal o el incumplimiento de plazo constituyen un factor esencial para la correcta actuación de 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 instrumental<sup>66</sup> para el derecho administrativo y que, generalmente –salvo supuestos de extrema gravedad como la nulidad por omisión total de procedimiento-, una infracción formal no tendrá trascendencia invalidante siempre y cuando el contenido material del acto administrativo sea el correcto<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Este tipo de infracciones del ordenamiento jurídico-administrativo están recogidas en el artículo 48.2 LPACAP: “No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados” y 48.3 LPACAP “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”. Se reconoce que los actos pueden contradecir lo dispuesto en una norma pero, sin embargo, el legislador no consideran que esa contradicción revista la trascendencia suficiente como para invalidar el acto y privarle de efectos.

En parecidos términos, la STS de 5 de mayo de 2008, FD 4, (rec. 9900/2003), admite la categoría de la irregularidad no invalidante “para determinadas actuaciones administrativas con defecto de forma -si el acto tiene todos los elementos necesarios para alcanzar su fin y no produce indefensión- o extemporáneas -si no se trata de término esencial-”.

<sup>66</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida...* op. cit. p. 182, PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 1ª, Dykinson, Madrid, p. 112.

<sup>67</sup> Como veremos más adelante en esta obra en relación con el vicio de forma, conviene apuntar en este momento que, pese a ser cierta la idea de la instrumentalidad de la forma en el derecho administrativo, es igualmente cierto no se puede prescindir absolutamente de la forma pues su función garantista esta fuera de toda duda. En este sentido, cfr. MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público*, Marfil, Alcoy, p. 50.

Por último, el fundamento de la existencia de estas irregularidades no invalidantes lo encontramos en la función estabilizadora del acto administrativo<sup>68</sup> según la cual en determinados supuestos el principio de legalidad -ajustar la actuación administrativa a la ley y al Derecho según el artículo 103 de la Constitución- puede ceder en aras de otros principios. Fruto de la ponderación de todos los principios informadores del ordenamiento jurídico puede resultar que la protección de éste pueda ser igualmente efectiva permitiendo una ilegalidad no invalidante o cumpliendo desde un primer momento el principio de legalidad. Según el profesor BOCANEGRA SIERRA el legislador protege estas irregularidades no invalidantes en virtud del principio de economía procesal<sup>69</sup>. Ciertamente, el carácter nimio de la infracción de la legalidad junto con, en algunos casos, la posibilidad de subsanarla con un acto posterior hace que tanto por economía procesal como por seguridad jurídica sea más ventajoso para salvaguardar el ordenamiento jurídico permitir la ilegalidad que desplegar el mecanismo de revisión y corrección de la actuación administrativa. En fin, y como se desarrollará en el Capítulo III en relación con el vicio de procedimiento, el ordenamiento jurídico hace prevalecer de ordinario la corrección de la decisión de fondo frente a las posibles infracciones formales<sup>70</sup>.

### **3) Invalidez: un concepto necesariamente originario, teórico e inmutable**

Si más arriba hemos definido la ilegalidad como la constatación objetiva de una discordancia entre el acto y la norma, no podemos estar de acuerdo con la definición -que entronca con el concepto tradicional- de invalidez del profesor

---

<sup>68</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 183.

<sup>69</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* pp. 199.

<sup>70</sup> Sobre la instrumentalidad de la forma y la prevalencia de la corrección del contenido del acto sobre los vicios formales, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 109 y 110. La autora plantea, como se desarrollará en el Capítulo III, dónde debe estar el límite del vicio formal para que pueda conllevar la invalidez del acto administrativo.

SANTAMARÍA PASTOR como “*calificación puramente teórica derivada de la constatación de un desajuste entre la estructura real del acto y la estructura-tipo normativa*”<sup>71</sup>. Si estuviésemos de acuerdo estaríamos admitiendo que la ilegalidad y la invalidez son conceptos sinónimos; nada más lejos de la realidad. Como ya dijimos líneas más arriba, en el esquema de círculos concéntricos la ilegalidad es más amplia que la invalidez. Toda invalidez implica ilegalidad, pero no al contrario, y esta realidad es la que permite que en la ciencia del Derecho en general y en derecho administrativo en particular podamos hablar de irregularidades no invalidantes.

Antes de entrar en las diferencias que existen entre ambos conceptos debemos partir de la característica común a ambos, que no es otra que la contradicción que se produce 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 acto.

Avanzando ya hacia las diferencias entre estos dos grandes conceptos, la ilegalidad -no correspondencia entre el acto real y la estructura normativa- es una “*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 valoración. Para que un acto jurídico no tenga validez es necesario, en todo caso, que un agente jurídico califique el acto como acto inválido<sup>72</sup>. Traemos a colación en este momento las palabras del profesor NIETO por lo ilustrativo de las mismas: “*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*

---

<sup>71</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 159.

<sup>72</sup> En este sentido, entendiendo la invalidez (nulidad en palabras de este autor) como un juicio de valor, vid. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* p. 46. También la idea de valoración aplicable a la invalidez es compartida por la doctrina italiana, cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, S., “La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, p. 229. El profesor italiano coincide en destacar que los conceptos de validez e invalidez requieren un “giudizio di valore”.

*posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad”*<sup>73</sup>.

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, pero no definitivo en cuanto a su expulsión del mundo jurídico, 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<sup>74</sup>.

Otra diferencia entre la ilegalidad y la invalidez 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, sean válidos y eficaces. Pese a su ilegalidad, el ordenamiento jurídico protege al acto garantizando así su conservación. Dicho de otro modo, otorga validez a un acto ilegal.

Sin embargo, 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 que el acto se anule en vía administrativa o jurisdiccional para lograr, si fuera preciso, su expulsión del mundo jurídico. Los actos inválidos, en definitiva, no disfrutan de la tutela del ordenamiento jurídico<sup>75</sup>, al contrario que las irregularidades no invalidantes que, basándose en la escasa importancia de su ilegalidad, son toleradas por parte del sistema jurídico-

---

<sup>73</sup> Cfr. NIETO, A., (1994), “Estudio Preliminar”... *op. cit.* p. 11 o BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 40.

<sup>74</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* pp. 55 y 56.

En sentido contrario, cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* *op. cit.* p. 455, determina que el acto para que sea inválido necesita no solo del vicio sino de la declaración formal de la invalidez por un acto posterior de la autoridad administrativa o judicial competente para ello. No podemos compartir esta idea puesto que no es lo mismo que un acto sea inválido, que pese a ello sigue formando parte del ordenamiento jurídico, a que esté declarado formalmente como inválido, en cuyo caso deberá desaparecer del ordenamiento jurídico si ya, no en el plano teórico sino en el empírico, ha sido formalmente declarado como tal.

<sup>75</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 39.

administrativo pues se considera que la infracción no afecta al interés público protegido por la norma vulnerada.

Por todo lo comentado hasta ahora compartimos la definición de invalidez de la profesora BELADÍEZ ROJO según la cual *“la invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido”*<sup>76</sup> y, a contrario sensu, *“un acto es válido cuando su conservación está garantizada por el Derecho”*<sup>77</sup>.

### **a) El necesario carácter originario de la invalidez**

Para continuar con el análisis del concepto de la invalidez hemos de aludir a su carácter originario. Si consideramos la invalidez como un desajuste entre el acto y la norma -de tal envergadura que el ordenamiento jurídico no protege su mantenimiento-, el acto inválido lo será desde su perfección o nacimiento.

No es, sin embargo, unánime esta posición en la doctrina, pues hay quien considera que la invalidez puede tener un carácter sobrevenido. Destacamos la postura de SANTI ROMANO quien define esta invalidez sobrevenida del acto administrativo como la que tiene lugar *“por causas posteriores a su formación, el acto mismo aparece con un elemento esencial que le falta o está viciado y, por tal motivo, susceptible de ser considerado nulo o anulado”*<sup>78</sup>. Basa, por tanto, la invalidez sobrevenida en el cambio posterior de circunstancias, es decir, en el elemento cronológico.

---

<sup>76</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op cit.* p. 54.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>78</sup> Vid. ROMANO, S., (1950), “Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi” en *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vachelli*, Milano, Giuffrè, p. 338.

En contra de esta postura, defendiendo el carácter originario de la invalidez, cfr. GIANNINI M. S., (1959), “Atto amministrativo”... *op. cit.* p. 180, quien considera que el cambio sobrevenido de circunstancias “potrá portare a risoluzione, a recesso, a revisione, a riforma, a revoca, ma non mai ad invalidità dell’atto stesso”, defendiendo un concepto estático y teórico de la invalidez.

Entre la doctrina administrativista española defensora de la invalidez sobrevenida destacamos el trabajo del profesor CANO CAMPOS<sup>79</sup>. En su opinión, el requisito cronológico es condición necesaria pero no suficiente para poder hablar de invalidez sobrevenida, puesto que entiende que la invalidez sería originaria si los vicios, siendo posteriores a la emanación del acto, retrotrayesen sus efectos al momento en que fue dictado<sup>80</sup>. Además del requisito cronológico, prosigue el autor, es necesario que la causa de invalidez no opere “*ab origine*” para que se pueda hablar de invalidez sobrevenida. Así, define invalidez sobrevenida como “*el estado en que se encuentran los actos administrativos cuando el Derecho no tutela la situación jurídica creada por ellos a partir de un momento posterior a su emanación y por virtud de circunstancias sobrevenidas que hacen que el mismo deje de adecuarse a su esquema normativo*”<sup>81</sup>.

Antes de tratar de argumentar el carácter originario de la invalidez, es de justicia dejar claro que estamos ante un debate puramente terminológico y abstracto, puesto que las situaciones en la práctica se resolverán de igual modo si reconocemos un concepto de invalidez sobrevenida u originaria<sup>82</sup>. Por este motivo no entraremos a hacer un análisis exhaustivo de la teoría de la invalidez

---

<sup>79</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit. in totum*.

<sup>80</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida...op. cit.* p. 226. Además de esta obra, el autor analiza la invalidez sobrevenida en CANO CAMPOS, 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*, INAP, Madrid, pp. 95 a 104. Igualmente defiende el concepto de invalidez sobrevenida COSCULLUELA MONTANER, L., (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. 31ª, Civitas, Cizur Menor, p. 408, donde especifica que es más propia esta categoría de los actos de tracto sucesivo y que de forma más excepcional puede darse en actos de tracto único.

<sup>81</sup> Vid. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 227.

<sup>82</sup> Véase, STS de 21 de marzo de 2011, FD 7, (rec. 5596/2006), donde se da buena muestra de la confusión terminológica entre invalidez e ineficacia y cómo en la práctica la situación sobre el concepto de invalidez sobrevenida presenta menos complicaciones que en la pura teoría. Pese a que el TS utiliza el concepto de invalidez sobrevenida, acaba concluyendo su incidencia en la ineficacia del acto. “En el supuesto en el que la adecuación que inicialmente concurre cuando se dicta el acto administrativo -por tanto, originariamente válido- se difumina y diluye por ulteriores circunstancias sobrevenidas, esta desaparición determina y provoca -al no operar causa- la invalidez sobrevenida del acto administrativo, y por tanto la falta de base jurídica para su ejecución. La consecuencia es que el acto inicial que incurre en invalidez sobrevenida deja de tener aptitud para producir efectos y deviene inidóneo para fundamentar las actuaciones dirigidas a su cumplimiento”.

sobrevenida de CANO CAMPOS pues creemos que la única diferencia significativa está en la concepción estática o dinámica de la invalidez.

Si se le reconoce carácter dinámico, podremos defender la postura de la invalidez sobrevenida<sup>83</sup>, pero venimos justificando que tanto la ilegalidad como la invalidez parten de una constatación objetiva entre acto y norma que las dota de un carácter estático. Por ello, pasado el momento de la perfección del acto ya no tiene sentido analizar su validez basándose en modificaciones normativas posteriores a su nacimiento sino, a lo sumo, podrán valorarse las relaciones jurídicas creadas por éste. De estas relaciones jurídicas sí podrá afirmarse que no tienen cobertura jurídica y serán susceptibles de anulación, en su caso<sup>84</sup>.

En definitiva, parece que la doctrina que defiende la categoría de la invalidez sobrevenida basa su argumentación fundamentalmente en un elemento cronológico que consiste en la aparición del vicio en un momento posterior al de la perfección del acto y que provoca, a su vez, que éste devenga inválido. Si definimos la invalidez como una valoración de la disconformidad entre el acto y la norma, esta disconformidad no puede generarse en un momento posterior al de la emanación del acto cuando las circunstancias hayan cambiado. El carácter instantáneo de la perfección del acto -independientemente de que sus efectos puedan no extenderse en el tiempo- provoca que el análisis de su validez tenga que realizarse tomando como referencia las circunstancias jurídicas existentes al momento de su nacimiento, puesto que, pasado este momento podrán

---

<sup>83</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 29. “la legalidad de la actuación administrativa no se puede valorar de forma estática”. En este mismo sentido, cfr. BLANQUER CRIADO, D., (2014), “Digresiones sobre la invalidez de los actos administrativos” en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II (dir. SORIANO GARCÍA, J. E.), Iustel, Madrid, p. 1309, que, defendiendo la posibilidad de una invalidez sobrevenida de los actos administrativos alude “a la dimensión dinámica del principio de legalidad” para fundamentar su existencia.

<sup>84</sup> En relación en la concepción estática y dinámica de la invalidez, cfr. AUBY, J. M., (1959), “L’influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux” en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, nº 3, tomo LXXX, p. 460. En este artículo, establece el autor la contraposición entre acto y reglamento centrando el debate en cómo afectan a la validez el cambio sobrevenido de circunstancias en el acto administrativo y en el reglamento, concluyendo que, respecto del acto administrativo no cabe la invalidez sobrevenida, será siempre originaria, al contrario, del reglamento como norma jurídica sí puede deducirse una invalidez sobrevenida: “A la différence de l’acte particulier, le règlement relève donc d’une conception dynamique de la légalité et le juge...”.

valorarse los efectos o situaciones jurídicas creadas al amparo del acto administrativo con el ordenamiento jurídico actual, pero no el acto que nació en un momento anterior y con circunstancias normativas distintas<sup>85</sup>.

Ahora bien, el carácter originario de la invalidez plantea, a su vez, el problema práctico de qué hacer con la situación o con los efectos jurídicos creados al amparo de un acto que ya no encuentran cobertura en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, debemos descartar que estemos ante una ineficacia sobrevenida, puesto que la ineficacia es un concepto empírico y fáctico desconectado e independiente de tener o no cobertura jurídica<sup>86</sup>. En otras palabras, un problema de valoración jurídica originaria –el de la validez- no puede solucionarse acudiendo a la categoría de la ineficacia empírica, pues la validez y la eficacia se mueven en planos distintos<sup>87</sup>.

El profesor BACA ONETO logra dar una explicación teórica a las situaciones jurídicas sin cobertura normativa por circunstancias sobrevenidas introduciendo el nuevo concepto de “ilegitimidad sobrevenida”<sup>88</sup>. Dado el carácter instantáneo del acto administrativo -no de sus efectos-, no acepta la categoría de invalidez sobrevenida ni tampoco la de ineficacia sobrevenida pues ésta solo tiene sentido desde el punto de vista puramente fáctico. Se trata, en este momento, de encontrar una herramienta jurídica que declare esa incorrección entre la situación creada al amparo de un acto válido que, por modificación sobrevenida

---

<sup>85</sup> En este sentido, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 49 o BERNING PRIETO, A. D., (2019), *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 42.

<sup>86</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 50.

<sup>87</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 142.

En esta línea, y defendiendo también el carácter originario de la invalidez, traemos a colación el Dictamen del Consejo de Estado 735/2008, de 3 de julio: “Por lo que se refiere a las causas de nulidad de los actos administrativos, son todas ellas causas originarias, esto es, existentes cuando se adopta el acto. Las sobrevenidas tendrán otro tratamiento en derecho, pero no el de la ineficacia por nulidad, como resulta de la teoría general de las nulidades”.

<sup>88</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 49 y 50, quien define este concepto como “la situación que se produce cuando las situaciones o relaciones jurídicas que fueran creadas por un acto jurídico ya no encuentran tutela del ordenamiento, sea porque no reúnen las condiciones exigidas para ello o porque éstas han cambiado”.

de las circunstancias, no encuentre acomodo en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, que ajuste el acto administrativo a la realidad jurídica vigente.

Parece que la figura de la revocación cumple perfectamente con este cometido, pues su función es eliminar los efectos o situaciones jurídicas creadas al amparo de un acto sin entrar a determinar si el acto es válido o no<sup>89</sup>. Fortalece esta idea el profesor LAGUNA DE PAZ, que entiende por revocación la “*extinción unilateral por parte de la Administración de la relación jurídica o de los efectos creados por actos válidos, pero cuyas consecuencias devienen 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>90</sup>. Es especialmente significativo comprobar cómo en la definición se alude a las consecuencias ilegales o inoportunas, pero no inválidas. En efecto, como venimos defendiendo, el cambio de circunstancias no se traducirá nunca en invalidez de un acto anterior, pero sí puede poner de manifiesto una contradicción entre la norma y la situación jurídica creada al amparo de ese acto válido. En este sentido, la revocación se opone a la anulación que, como veremos a continuación, sí entra a declarar la invalidez del acto mismo.

Puede resultar ilustrativo el siguiente ejemplo: se otorga una licencia de tracto sucesivo a un particular por un periodo de cinco años previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa. Transcurridos dos años, ya sea por motivos de legalidad o de oportunidad, la licencia no se acomoda a la situación jurídica creada al amparo de la nueva normativa. Nunca podremos decir que la licencia es inválida, puesto que en el momento de su otorgamiento era válida y sólo es posible calificar la invalidez tomando como referencia el momento en que fue dictada. El paso del tiempo, unido a un cambio normativo no puede transformar un acto válido en inválido o viceversa. Ahora bien, la

---

<sup>89</sup> *Íbidem*, p. 51.

<sup>90</sup> Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., (2006), *La autorización administrativa*, Civitas, Cizur Menor, p. 330. De esta definición se desprende que la validez tiene carácter originario, puesto que la revocación solo puede operar en actos válidos que creen, en un momento posterior a su perfección, situaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico. Pero nunca por ello el acto pasará de ser válido a ser inválido.

situación jurídica creada como consecuencia del disfrute de la licencia a partir de los dos años no tendrá cobertura jurídica, y por ello, será necesario un acto revocatorio que declare esta circunstancia e impida, *ex nunc*, que la licencia siga produciendo situaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico<sup>91</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la invalidez es un concepto teórico, estático y originario. Es decir, un acto que nace válido será siempre válido, igualmente que un acto inválido siempre mantendrá esa condición. Ahora bien, un cambio sobrevenido de circunstancias podrá plantear la posibilidad de analizar, no la validez del acto en sí mismo, sino la conveniencia de mantener las situaciones jurídicas creadas a su amparo cuando éstas no sean acordes con el ordenamiento jurídico vigente en cada momento.

#### **b) El carácter teórico e inmutable de la invalidez: la importancia de la presunción de validez de los actos administrativos**

En nuestro propósito por encontrar una definición completa de invalidez, una vez aclarado su carácter originario, conviene en este momento aludir al carácter teórico e inmutable de la misma. Para ello, comenzaremos poniendo de manifiesto el desajuste que existe entre la multitud de actos inválidos que existen en el mundo jurídico y la excepcionalidad que supone la declaración formal de invalidez de los mismos. En otras palabras, el mundo jurídico está repleto de actos inválidos que funcionan en la práctica como si fueran válidos porque no son expulsados mediante una declaración formal de invalidez<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Aportamos también como ejemplo lo establecido por el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: “Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación”.

<sup>92</sup> Es imposible no traer a colación en este punto el ilustrativo ejemplo del profesor NIETO, A. (1994), “Estudio Preliminar”... *op. cit.* p. 12: “El Gran Ejército de la Administración está formado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil. La Administración envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los Tribunales son cuantitativamente insignificantes”. Este magistral

El fundamento de esta innegable realidad radica en que en el mundo del Derecho los actos jurídicos nacen con vocación de permanencia y de estabilidad, huyendo en la medida de lo posible de contiendas administrativas o judiciales<sup>93</sup>. Esto es lo que la doctrina ha denominado principio de conservación de los actos jurídicos, y que es común a la ciencia del Derecho en general. Para la profesora BELADÍEZ ROJO éste se traduce jurídicamente como el principio por el cual “*no sólo son válidos los actos que en sí mismos son conformes a Derecho, sino que también pueden serlo actos que hayan sido dictados infringiendo gravemente la ley si, a pesar de ello, han creado una situación que el derecho considera digna de protección*”<sup>94</sup>.

No podemos compartir esta concepción puesto que creemos que en el fondo de la misma se está confundiendo la validez con la eficacia que trataremos a continuación. Si los actos válidos son los dictados conforme a derecho, como parece lógico y evidente, no podemos afirmar seguidamente que también pueden serlo los dictados infringiendo gravemente la ley, puesto que es decir una cosa y la contraria al mismo tiempo (salvo en las irregularidades no invalidantes que por la escasa trascendencia de la ilegalidad y su carácter meramente formal y nunca de fondo se consideran válidas). Ahora bien, si a lo que se refiere la profesora BELADÍEZ ROJO es que el Derecho va a proteger la situación creada por un acto dictado infringiendo gravemente la ley, ya nos estamos trasladando al plano empírico, no teórico, y esto ya no es una cuestión de validez sino de eficacia, como desarrollaremos a continuación<sup>95</sup>.

---

ejemplo pone de manifiesto como gran número de actos inválidos operan como si fueran válidos en la práctica.

<sup>93</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 164 y 165.

<sup>94</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 64.

<sup>95</sup> Podemos compartir esta idea de la profesora BELADÍEZ ROJO en todo lo concerniente a los actos anulables puesto que el mero paso del tiempo puede producir –más que su convalidación– su inatacabilidad. Sin embargo, en la categoría de los actos nulos de pleno derecho, el principio de legalidad tiene primacía frente al de conservación o al de seguridad jurídica y, en consecuencia, un acto inválido -nulo de pleno derecho- no provocará, como regla general, una situación jurídica que proteja el ordenamiento jurídico al margen de los límites –siempre inciertos– de la revisión de oficio del artículo 110 LPACAP. En cualquier caso, a medida que avancemos en este Capítulo entraremos más de lleno en los grados de invalidez y la configuración de cada uno.

Un buen ejemplo que nos sirve para apostillar lo dicho hasta ahora nos lo ofrece el acto inválido no recurrido en plazo y por ello inatacable. Si la invalidez es una valoración sobre el alcance de la ilegalidad parece que no tiene mucho sentido que el resultado de la valoración dependa del tiempo en que se haga. Creemos que el paso del tiempo no puede ser un factor determinante para convertir en válido un acto inválido<sup>96</sup>. La validez, o invalidez en este caso, es o no es, no puede hacerse depender de la conducta de quien esté legitimado para impugnarla ante la autoridad competente. Por lo tanto, la invalidez del acto subsistirá y, sin embargo, los efectos que haya podido producir ese acto inválido van a ser protegidos por el ordenamiento jurídico; en todo caso por la presunción de validez de los actos administrativos que operará siempre mientras no sea destruida. Además, detrás de esta presunción hay también razones de confianza legítima o seguridad jurídica que, en este punto adquieren más peso que la legalidad en sentido estricto.

El principio estricto de legalidad -origen de la invalidez como calificación teórica- puede ceder en favor de otros principios propios del ordenamiento jurídico como el de seguridad jurídica, confianza legítima, estabilidad presupuestaria o continuidad de servicio público, entre otros. Por supuesto, todos estos principios están incluidos en la legalidad, pero no en una legalidad estricta concebida exclusivamente como la adecuación de los actos con la norma

---

<sup>96</sup> En este sentido, cfr. CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” *op. cit.* p. 63, donde establece que “el paso del tiempo no subsana la irregularidad del acto sino que impide el ejercicio de la acción impugnatoria”. En esta línea es interesante DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Firmeza no significa validez, comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 17 de noviembre de 2016, Asunto C-348/15, Stadt Wiener Neustadt v. Niederösterreichische Landesregierung” en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017, pp. 163 a 176. No es cuestión predicable sólo del derecho administrativo, puesto que este autor en la cita nº 8 repite la misma idea en el derecho privado citando a PASQUAU LIAÑO, M., (1997), *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, p. 286, dónde añade una idea importante en este sentido como es la de que la prescripción no mira a la validez o invalidez del contrato -en nuestro caso el acto administrativo- sino que mira a la acción procesal impugnatoria de esa invalidez.

En contra, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* p. 57, “el acto inválido, en la realidad, producirá los mismos efectos que el válido, pudiendo llegar, incluso, a convertirse en válido si prescriben todas las acciones impugnatorias”.

sino de una legalidad amplia y más compleja que será la que entra en juego a la hora de declarar esa invalidez<sup>97</sup>.

En la misma línea interpretamos la técnica de la convalidación del acto inválido. Sin pretender hacer un estudio exhaustivo del régimen de la convalidación de los actos, trataremos de justificar la idea que entiende la convalidación como una protección de la eficacia del acto y no tanto de la transformación del acto inválido en válido. La profesora BELADÍEZ ROJO parte de un triple requisito para que un acto pueda ser convalidado: que exista un acto inválido, que se conserve el contenido del acto que se convalida y que la convalidación tenga efectos retroactivos<sup>98</sup>. Los dos primeros requisitos no plantean dudas de ningún tipo; no ocurre lo mismo con la necesidad de que la convalidación tenga efectos retroactivos. Trataremos de argumentarlo a continuación:

- Desde el punto de vista legislativo, el artículo 52.2 LPACAP apoya la tesis de que la invalidez es una calificación teórica, estática e inmutable, ni por el paso del tiempo, ni por la subsanación posterior. Concretamente el citado artículo establece que *“el acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos”*. Al acudir al artículo 39.3 LPACAP, el legislador vuelve a afianzar nuestra tesis de separación absoluta entre la invalidez teórica y la eficacia práctica, puesto que establece que *“excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva...”*. El artículo 39.3 no habla de validez retroactiva sino de eficacia retroactiva y confirma que la convalidación, por regla general, será con efectos *ex nunc*.

---

<sup>97</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” *op. cit.* p. 63. Habla del concepto de “compleja legalidad, por medio de la cual, al lado de las reglas que establecen requisitos de validez, se construyen normas y principios que van precisamente limitando esos requisitos, ya desde la perspectiva sustantiva, ya desde la temporal. El debate acerca de los efectos de la nulidad, o de las normas que definen esos efectos, supone discutir, a fin de cuentas, acerca de qué consideramos válido o legal”.

<sup>98</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 194.

- También nos parece cuestionable desde el punto de vista dogmático. No podemos compartir la posibilidad de convertir en válido un acto originariamente inválido, puesto que la calificación de invalidez del acto tiene sentido exclusivamente con referencia al momento de su nacimiento y respecto de las normas vigentes en aquel momento. La convalidación está mal conceptualizada como técnica que transforma un acto inválido en un acto válido<sup>99</sup> puesto que, por definición, la invalidez del acto es predicable del momento de su nacimiento como ya hemos tratado anteriormente. El acto administrativo nace válido o inválido, y aunque se presuma su validez, y esa circunstancia permanecerá siempre -mientras la invalidez no sea declarada y así se expulse del mundo jurídico-, independientemente de que sus efectos puedan protegerse por el ordenamiento jurídico.

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<sup>100</sup>. Especialmente clara en este punto es la profesora CHINCHILLA que 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*”<sup>101</sup>. La convalidación no sana la supuesta invalidez, sino que bloquea la posibilidad de discutir los efectos

---

<sup>99</sup> En relación con el concepto de “convalidación”, en la doctrina encontramos diferentes definiciones. Por un lado, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 195 considera que es “el resultado que se produce cuando un acto inválido adquiere validez”. Por otro lado, y en parecidos términos, GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 472, la define como “validar un acto inválido” o, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 699 y PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 119, consideran que convalidar es “subsana los vicios de que adolezcan” los actos administrativos.

<sup>100</sup> En esta línea, cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p.201.

<sup>101</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1989), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dirs. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. & PAREJO ALFONSO, L.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 371.

generados por un acto hipotéticamente inválido<sup>102</sup>. El carácter originario y estático de la invalidez hace imposible que ésta pueda convertirse posteriormente en validez.

Dicho lo anterior, el gran argumento en favor del carácter teórico e inmutable de la invalidez en relación con la convalidación de los actos lo constituye el privilegio de la presunción de validez de los actos administrativos. El resultado en la práctica del juego de esta presunción de validez es la existencia de una multitud de actos inválidos que funcionan como si fueran perfectamente válidos.

El artículo 39.1 LPACAP establece una presunción legal "*iuris tantum*" de invalidez cuando establece que "*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos*". Se trata de una presunción "*iuris tantum*" pues contra ella cabe prueba en contrario<sup>103</sup>.

Tanto en la convalidación por el mero transcurso del tiempo -predicable exclusivamente de los actos anulables como veremos en el epígrafe siguiente- como en la convalidación por un acto posterior de la Administración hemos defendido que la invalidez en ningún caso es subsanada porque, por definición, es inmutable. Ahora bien, hemos de dar un argumento que justifique el blindaje de los efectos producidos por los actos inválidos. La confianza legítima y la seguridad jurídica son principios del ordenamiento jurídico que fundamentan esta realidad pero, desde el punto de vista jurídico-formal, creemos que a éstos debemos sumar la presunción de validez de la que gozan todos los actos

---

<sup>102</sup> En este sentido, NIETO, A., (1994), "Estudio Preliminar"... *op. cit.* p. 17, disintiendo de la teoría de BELADÍEZ sobre la eficacia retroactiva como requisito de la convalidación que desarrolla en las páginas 195 a 197 y que NIETO considera una "solución demasiado complicada" considerando más sencillo refugiarse en la presunción de validez de los actos administrativos que equivale en sus consecuencias a la validez aún sin serlo y así no habrá necesidad de acudir a los efectos retroactivos de la convalidación.

<sup>103</sup> Cfr. RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Presunción "*iuris tantum*". Frente a este tipo de presunciones "*iuris tantum*" existen también las presunciones "*iuris et de iure*" contra las cuales no cabrá prueba en contrario. Cfr. RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Presunción "*iuris et de iure*".

administrativos desde que se dictan -o son perfectos- independientemente de su validez o invalidez.

Este juego de las presunciones trasladado al ámbito de la validez del acto administrativo se traduce en que mientras el acto no sea declarado inválido se presumirá "*iuris tantum*" su validez, pero cuando el acto se convalida, ya sea por paso del tiempo o por un acto posterior de la Administración, esa presunción "*iuris tantum*" pasa a ser "*iuris et de iure*" y, en consecuencia, no cabe prueba en contrario y los efectos jurídicos nacidos al amparo del acto estarán blindados por una presunción "*iuris et de iure*" de validez del acto del que surgieron.

Concluyendo, si contra esa presunción ya no cabe prueba en contrario el acto se comportará como un acto válido a todas luces, aunque no lo sea. Por esto, su condición de inválido sigue intacta y así seguirá por el carácter inmutable de la invalidez al igual que su presunción de validez ya no es atacable.

El hecho de que hayamos afirmado que un acto es válido cuando su conservación está garantizada por el Derecho no entra en contradicción con lo que venimos defendiendo. Consideramos que además de estar garantizada por el Derecho la conservación del acto válido, en ocasiones, puede también estar garantizada esta conservación si por razón de sus efectos, la seguridad jurídica u otros principios generales del Derecho deban primar sobre la legalidad *sensu stricto*. O también si el acto ha sido convalidado, puesto que la presunción "*iuris et de iure*" de validez fruto de la convalidación hará que se comporte en realidad como si fuera válido. Esto es lo que ocurre precisamente con los actos anulables cuando ha transcurrido el plazo y devienen firmes e inatacables. El acto anulable es inválido, pero ya no se puede declarar esa invalidez pues su presunción "*iuris tantum*" de validez se ha convertido en "*iuris et de iure*". No es que sea válido, nunca lo será, pero su validez se presumirá sin que quepa prueba en contrario que lo es.

#### **4) Anulación: un pronunciamiento necesario para la conexión invalidez-ineficacia**

Antes de entrar a analizar la ineficacia para cerrar el círculo de conceptos básicos que debemos manejar para tratar de realizar una interpretación más realista de la teoría de la invalidez, 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.

Como la gran mayoría de conceptos en este campo, la anulación tiene su origen en el derecho civil o, mejor dicho, en el derecho procesal civil. Bien es cierto que ésta es desarrollada por duplicado en el estudio de los vicios que dan lugar a la nulidad de pleno derecho y en los que dan lugar a la anulabilidad. Parece que, aunque existan diferencias innegables, este estudio separado según el tipo de vicio de invalidez fomenta de alguna manera la confusión que reina entre los tipos de vicios de invalidez y su régimen jurídico. Este desconcierto comienza con la propia expresión “acción de anulación” utilizada en derecho civil que no debemos confundir con la “anulación” que ahora tratamos de estudiar. La “acción de anulación” es utilizada por la doctrina civilista como instrumento procesal para conseguir una declaración de un vicio de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho; sin embargo, no parece que existan razones para que el concepto de anulación en la actualidad se limite sólo a los vicios de anulabilidad. Por ello, entendemos que debe tener un carácter más amplio, pues la anulación opera como un instrumento procesal para obtener la declaración de la invalidez, independientemente de si el vicio es de nulidad o de anulabilidad<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> A propósito del origen iusprivatista del término, cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* pp. 481 y 504. Se realiza el análisis de la acción de nulidad para los vicios que dan lugar a la nulidad de pleno derecho y la acción de anulación para los que dan lugar a la anulabilidad. En este mismo sentido, vid. DíEZ-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, Ed. 6ª, Civitas, Cizur Menor, pp. 578 y 595.

El concepto “anulación” tiene, por tanto, un carácter estrictamente procesal<sup>105</sup>, y por ello opera de igual manera en la teoría de la invalidez de los actos jurídicos -sean privados o públicos-. El rasgo más característico de la anulación es su indispensabilidad. A diferencia de los conceptos que hemos ido analizando anteriormente, la anulación es del todo necesaria para poder lograr que un acto inválido sea expulsado del ordenamiento jurídico<sup>106</sup> y, en consecuencia, deje de producir efectos<sup>107</sup>.

Dado el citado carácter procesal, 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 dinámico<sup>108</sup> (anulación) que será, en todo caso, una resolución de una autoridad administrativa o judicial declarativa de la invalidez del acto. La anulación actúa como el elemento que destruye la presunción de validez inherente al acto administrativo.

El acto inválido debería, potencialmente, acarrear la ineficacia, pero eso no es equivalente a decir que implica la ineficacia. Y esta es precisamente la función que cumple la anulación en la teoría de la invalidez del acto administrativo; se

---

<sup>105</sup> Se trata el concepto de anulación con autonomía de la invalidez y la ineficacia en ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), “Régimen general de...” *op. cit.* p. 30, y se destaca la anulación como una “técnica procedimental”.

<sup>106</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación...* *op. cit.* p. 61.

<sup>107</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico...* *op. cit.* p. 474. “La intervención judicial se considera imprescindible, y además, se entiende que ella no opera sobre el acto mismo, sino sobre sus efectos, con la consecuencia de que el acto nulo produce los mismos efectos que el acto regularmente celebrado, mientras el juez no lo condene”. En este mismo sentido PASQUAU LIAÑO, M. (1997), *Nulidad y Anulabilidad...* *op. cit.* pp. 264 y ss.

<sup>108</sup> En este sentido, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* *op. cit.* pp. 155 y 162 destaca el papel dinámico del factor judicial -añadiríamos también el de la autoridad administrativa en el caso los recursos administrativos- afirmando que “la ineficacia sólo vendrá anudada a la invalidez cuando, prescindiendo del binomio estático tipo negocial-acto real, se introduzca el factor dinámico contenido en la actuación judicial”. Igualmente, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* p. 58, entiende la anulación como nexo causal entre invalidez abstracta e ineficacia concreta o, en el mismo sentido, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 93.

trata de una declaración formal de invalidez por la autoridad competente para poder hacer efectiva la ausencia de efectos<sup>109</sup>.

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 acto<sup>110</sup> como condición necesaria 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, si nos ceñimos al principio estricto de legalidad, lo lógico será que se eliminen los efectos producidos y que, evidentemente, no se sigan produciendo una vez declarada la invalidez, para conseguir así reestablecer el orden jurídico viciado. Sin embargo, como ya hemos señalado, la práctica jurídica nos muestra diariamente que la realidad dista mucho de ser así por motivos de seguridad jurídica o confianza legítima principalmente.

Pero la separación entre anulación y eficacia puede ser mayor aún: la declaración de invalidez o anulación no siempre conlleva la ineficacia futura del acto. La legislación sobre contratos da buena prueba de ello y así lo reconoce el artículo 42.3<sup>111</sup> de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (en adelante,

---

<sup>109</sup> Sorprende en la reciente contribución de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 122, la idea de la necesidad de declaración –no solo de invalidez- sino de ilegalidad por el órgano competente. Tal y como venimos señalando, salvo que entendamos que en el mismo acto de declaración formal de invalidez se declare también la ilegalidad, no encontramos sentido a esta doble declaración –primero de ilegalidad y luego de invalidez- por resultar innecesaria desde el punto de vista lógico y, además, por no tener previsión normativa dentro de nuestras leyes administrativas. Únicamente tendría sentido, pero siempre en un único acto y no en dos, una declaración de ilegalidad –nunca de invalidez- en las irregularidades no invalidantes.

<sup>110</sup> Esta definición está basada en la que propone CANO CAMPOS T., (2017), “Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1919, quien discrepa, como venimos anunciando, exclusivamente en la imposibilidad de la categoría de invalidez sobrevenida que él defiende. La anulación, en nuestra opinión, siempre declara una invalidez del acto “ab origine”.

<sup>111</sup> Cfr. Artículo 42.3 LCSP: “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

LCSP) que, en relación con los efectos de declaración de nulidad o anulabilidad, determina que si la declaración de nulidad de un contrato trastornase gravemente el servicio público, pese a estar declarado por autoridad competente el contrato como inválido, continuarán los efectos del mismo hasta que se tomen medidas urgentes oportunas para evitar el perjuicio. Como venimos anunciando, estamos ante un supuesto que constata la absoluta separación entre la validez y la eficacia, puesto que en este caso la invalidez ha sido formalmente declarada y aun así se permite por la nueva ley que un contrato declarado nulo siga produciendo efectos, aunque sea de modo provisional<sup>112</sup>.

El fundamento que late detrás de este artículo no es otro que el que venimos considerando para determinar que los actos inválidos pueden comportarse como válidos. El principio estricto de legalidad -origen de la invalidez como calificación teórica- cede en favor de otros principios propios del ordenamiento jurídico como el de seguridad jurídica, confianza legítima, estabilidad presupuestaria o, en este caso concreto, el de continuidad de servicio público<sup>113</sup>.

Para concluir, resulta importante destacar que, para el ordenamiento jurídico, la anulación de un acto opera de forma muy restrictiva, puesto que en la práctica hay muchos actos con vicios invalidantes pero muy pocos son efectivamente declarados así por la autoridad competente. La invalidez es causa necesaria para la anulación del acto, pero no es suficiente. Esa declaración de invalidez sólo se producirá, en primer lugar, cuando sea impugnada por quien esté legitimado para ello por la vía correspondiente y, en segundo lugar, cuando el ordenamiento jurídico no prevea de una u otra forma su conservación<sup>114</sup>. La propia ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas tiene múltiples preceptos tras los que subyace esta

---

los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

<sup>112</sup> En este sentido, cfr. OREIRO ROMAR, J., (2018), “Comentario al Artículo 42. Efectos de la nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad” en *Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público* (dir. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, p. 364.

<sup>113</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” op. cit. p. 63.

<sup>114</sup> Cfr. ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), “Régimen general de...” op. cit. p. 31.

idea. Por ejemplo, el Capítulo III del Título III establece la incomunicación de la invalidez de los actos viciados a los posteriores independientes del mismo, la incomunicación de la invalidez de una parte del acto respecto de las restantes independientes a aquella, la posibilidad de conversión de los actos nulos que contengan elementos de otro distinto y la conservación de actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción o la convalidación de los actos<sup>115</sup>. En definitiva, de este conjunto de preceptos se deduce una interpretación estricta de la posibilidad de anular actos inválidos.

### **5) Ineficacia: el único concepto empírico de la Teoría de la Invalidez**

Por último, tras el recorrido realizado por los conceptos propios de la teoría de la invalidez, aterrizamos en el más controvertido de todos ellos: la ineficacia. Quizás no por él mismo, sino por su relación con la invalidez. La confusión histórica acerca de estos conceptos es, tal vez, el principal motivo por el cual la doctrina se ha preocupado especialmente por la creación de una teoría invalidez que intentara aclarar el panorama. Es evidente que de la relación entre validez y 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.

---

<sup>115</sup> Estamos aludiendo a los artículos 49 a 52 LPACAP: Artículo 49. Límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos. 1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero. 2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado. Artículo 50. Conversión de actos viciados. Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste. Artículo 51. Conservación de actos y trámites. El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Artículo 52. Convalidación. 1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. Ilustrativo resulta en este punto la expresión “técnicas de reducción de la invalidez” utilizada por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. 5ª, Iustel, Madrid, pp. 138 y 139, o “principio de restricción de la invalidez” utilizada por PARADA VÁZQUEZ, R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 118, ambos aludiendo a los artículos 49 a 52 LPACAP.

Como predicábamos de los conceptos anteriores, la ineficacia nace, como el Derecho en general, en el derecho privado y, por consiguiente, la confusión entre invalidez e ineficacia también trae causa en el derecho privado. En efecto, en relación con la teoría del negocio jurídico, la doctrina no ha terminado de diferenciar el plano del deber ser y el del ser de forma categórica<sup>116</sup>, e incluso ha considerado la nulidad o anulabilidad como regímenes de ineficacia y no de invalidez, como venimos viendo y como desarrollaremos en el epígrafe siguiente<sup>117</sup>.

Cierto es que ha existido un debate histórico en Derecho acerca de precisar la diferencias entre validez y eficacia<sup>118</sup>, sin embargo, consideramos que ha sido en el campo del derecho administrativo<sup>119</sup> donde más 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 exigido.

---

<sup>116</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* pp. 558 y 564. El autor comienza afirmando que “la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico”, Por último, el autor cree que “la distinción entre invalidez e ineficacia no me parece útil... puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz”, lo cual no parece ser completamente cierto como venimos y seguiremos justificando, al menos en el ámbito jurídico-administrativo.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 560. El profesor Díez-PICAZO trata de diferenciar la invalidez de la ineficacia sin éxito puesto que habla de diferentes tipos de ineficacia con regímenes jurídicos autónomos en función de la irregularidad. Evidentemente se refiere a la nulidad o anulabilidad, grados de vicios de invalidez, pero no forman parte de la ineficacia, sino que ésta podrá ser, en su caso, consecuencia de ellos.

En contra, aunque tampoco establece una distinción definitiva entre los términos, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 845, define ineficacia como “carencia de efectos jurídicos”, aunque siembra la confusión cuando habla de la ineficacia como un término más extenso que la nulidad, lo cual es difícilmente concebible puesto que no son categorías comparables en ese sentido; la nulidad es una valoración de una ilegalidad teórica y la eficacia es de todo punto empírica.

<sup>118</sup> Cfr. KELSEN, H., (1979), *Teoría General del... op. cit.* pp. 34, 141 y 143.

<sup>119</sup> Muestra de la preocupación por esta temática, no solo en España, destacamos los esfuerzos por distinguir las categorías de MAYER, O., (1949), *Tratado de Derecho... op. cit.* pp. 131 y 132, sobre el acto administrativo determina que “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”, en parecidos términos se expresa GIANNINI M. S., (1959), “Atto amministrativo”... *op. cit.* p. 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”. También en Francia realiza un estudio en profundidad sobre la eficacia de los actos irregulares FRANÇOIS, C., (2020), *L'acte juridique irrégulier... op. cit.* pp. 279 y ss.

## a) Distinción entre invalidez e ineficacia

La necesidad de distinguir invalidez de ineficacia<sup>120</sup> se presenta como una cuestión fundamental, puesto que no se puede negar que, en ocasiones, un acto válido es totalmente ineficaz y viceversa, un acto inválido produce efectos jurídicos como se vio más arriba<sup>121</sup>. Ejemplos de la primera situación son los supuestos de eficacia demorada, la suspensión de un acto, el acto recepticio emitido pero no notificado o la pérdida de su eficacia por circunstancias sobrevenidas y, ejemplo de la segunda, es el citado artículo 42.3 LCSP y, en general, todos los actos inválidos mientras no se declare su invalidez.

Resulta evidente que ambas categorías operan en diferentes planos<sup>122</sup> y, sin embargo, la confusión histórica entre ambas es igual de evidente. Ahondando en los motivos de esta confusión compartimos el argumento del profesor SANTAMARÍA PASTOR que encuentra el origen de esta falsa asociación conceptual 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 otro<sup>123</sup>. 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.

---

<sup>120</sup> En este sentido, entendiendo esta confusión como origen de la problemática, cfr. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* pp. 28 y 55, quien considera que la identificación entre nulidad y no producción de efectos ha llevado a hacer un replanteamiento de la cuestión de la invalidez.

<sup>121</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 158.

<sup>122</sup> Cfr. BUENO ARMIJO, A. y PIZARRO NEVADO, R., (2018), "Eficacia y ejecución de los actos administrativos" en *Derecho Administrativo, Tomo II, Régimen jurídico básico y control de la Administración* (dirs. REBOLLO PUIG, M. & VERA JURADO, D. J.), Ed. 3ª, Tecnos, Madrid, p. 123. Para distinguir a la validez de la eficacia utiliza la idea de que un acto válido será potencialmente eficaz, en un mundo teórico, sin embargo, un acto eficaz ya no es potencial, sino que ha modificado en algún sentido la realidad jurídica.

<sup>123</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 160, lo describe como "una confusión de lo tendencial con lo real".

Estamos ante categorías independientes la una de la otra y la razón fundamental es su operatividad en niveles distintos<sup>124</sup>. La invalidez es una calificación teórica resultante de comparar el acto y la norma, siempre que de esa comparación se deduzca un desajuste no protegible por el ordenamiento jurídico. La ineficacia, por el contrario, tiene que ver con la producción de efectos jurídicos de un acto, ya sea válido o inválido. Es una realidad empírica<sup>125</sup> posterior a la validez o invalidez del acto, y es constatable en si un acto ha modificado el mundo jurídico y fáctico -eficacia- o no -ineficacia<sup>126</sup>.

Si la eficacia es un dato empírico, merece la pena plantearse en qué concepto jurídico descansa su fundamento. Como hemos demostrado, es independiente de la validez, y por ello debemos plantearnos qué es lo que permite a un acto ser eficaz. El presupuesto de la eficacia nunca va a ser la validez, sino la perfección del acto<sup>127</sup>, es decir, la existencia<sup>128</sup> del mismo con la apariencia mínima<sup>129</sup> para ampararse en el supuesto del artículo 39.1 LPACAP. No quiere decir que todos los actos desde su perfección produzcan efectos, pues no existirían la perfección y la eficacia como conceptos diferentes<sup>130</sup>, sino que desde

---

<sup>124</sup> Cfr. CORPACI, A., "Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime" en *Diritto Pubblico*, nº 2, 2015, p. 677.

<sup>125</sup> Sobre el carácter empírico de la eficacia, vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 159, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 58, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 43, CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 171.

<sup>126</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 42.

<sup>127</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 175.

<sup>128</sup> "La manifestación primaria de la existencia del acto administrativo es su eficacia y ejecutividad. La existencia, y no la validez, es ya condición suficiente para que el acto sea ejecutivo y eficaz". Vid. CANO CAMPOS, T., "La presunción de validez de los actos administrativos" en *REALA*, nº 14, 2020, p. 9.

<sup>129</sup> Esa "apariencia mínima" a que nos referimos parece que es a lo que se refiere, dentro de la doctrina italiana, TRIMARCHI, M., (2013), *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Edizioni ETS, Pisa, p. 291, cuando considera que la eficacia del acto depende del "*giudizio di riconoscimento operato dai suoi destinatari*". 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.

<sup>130</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 173, sobre la no identificación entre eficacia y vigencia -existencia o perfección- del acto, siendo la vigencia un concepto más amplio que la eficacia. No todo acto perfecto es eficaz, aunque pudiera potencialmente serlo.

el momento de la perfección, el acto está capacitado para producir efectos<sup>131</sup>, independientemente de su validez. De hecho, el propio artículo 39 nos muestra la escisión entre validez y eficacia puesto que constituye una presunción de validez de todos los actos administrativos (“*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos*”), pero seguidamente, y esta vez sin presunciones, de modo imperativo, determina que serán eficaces independientemente de su validez (“*y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*”).

## **b) El concepto empírico de ineficacia**

Respecto al concepto de ineficacia<sup>132</sup>, para que encajen todas las piezas de la teoría de la invalidez de los actos que venimos desarrollando, sólo tiene sentido definirlo desde el punto de vista empírico y práctico pues, de lo contrario, solo sembrará confusiones.

La eficacia es, por lo tanto, el conjunto de efectos realmente producidos por el contenido de un acto jurídico que provoca una modificación del mundo jurídico y de los hechos<sup>133</sup>. Por el contrario, la ineficacia es la no producción de efectos de un acto jurídico. 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 empírico.

---

<sup>131</sup> Desde este punto de vista, ARAUJO-JUÁREZ, J., (2020), *La nulidad del acto administrativo*, Ediciones Olejnik, Argentina, p. 36, define la eficacia del acto administrativo como la “posibilidad de producir los efectos jurídicos que persigue”.

<sup>132</sup> La RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: eficacia. 2ª acepción, define “eficacia” como la capacidad para producir efectos que es característica de los actos administrativos. También sobre el concepto de ineficacia de los actos administrativos, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1965), voz “Ineficacia de los actos administrativos” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII, Seix, Barcelona, p. 445 y ss. Sin encontrarnos con una radical distinción entre ineficacia e invalidez, puesto que va analizando el comportamiento de la eficacia en función de los vicios de invalidez, sí destacamos el reconocimiento tácito de ambas categorías como independientes. Por ejemplo, en relación con la nulidad absoluta se precisa de una declaración judicial que destruya la presunción de validez del acto nulo y produzca lo que denomina ineficacia insubsanable.

<sup>133</sup> Vid. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 171.

Precisamente por su fundamento práctico no podemos estar de acuerdo con el concepto que parte de la doctrina maneja como es el de “ineficacia jurídica”<sup>134</sup>, según el cual el acto 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, dado el nivel de desajuste entre el acto y la norma, que el ordenamiento jurídico no lo proteja, no podemos definir el acto ineficaz como aquel no exigible jurídicamente. La identidad entre una y otra definición es evidente e implica volver a caer en el error de identificar invalidez e ineficacia. Buena muestra de esta confusión conceptual se percibe en el profesor BOCANEGRA SIERRA que establece “*lo que sucede con los actos nulos, en donde la nulidad implica la ineficacia*”<sup>135</sup>.

Esta afirmación no puede ser cierta puesto que nulidad -y anulabilidad- son grados de vicios de invalidez, como veremos en el epígrafe siguiente; y el acto nulo o anulable está amparado en la presunción de validez y producción de efectos. En conclusión, como hemos visto anteriormente, el acto nulo producirá efectos mientras su nulidad no sea declarada<sup>136</sup>.

Despejadas todas las dudas respecto al “modo de ser” empírico de la ineficacia y a su carácter independiente de la invalidez, para culminar con su análisis creemos necesario detenernos, como ya hemos anticipado, en la conexión -que no confusión- entre ambas categorías. El ensamble se produce

---

<sup>134</sup> Este concepto de ineficacia es defendido y por GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, pp. 249 y ss. y por BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* pp. 121 y 122. Ambos autores, quizá por una traducción demasiado literal del derecho administrativo alemán, limitan el concepto de acto administrativo a las declaraciones de voluntad e identifican con 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.

<sup>135</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 122.

<sup>136</sup> En contra, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 249, defiende que la eficacia se encuentra en el plano del “deber ser” puesto que se traduce como fuerza jurídica de obligar. Argumento que podemos rebatir simplemente asomándonos a la infinita jurisprudencia que declara la invalidez -nulidad o anulabilidad- de los actos y, conjuntamente, ordena la eliminación de sus efectos producidos del mundo jurídico. Que un acto inválido produce efectos o puede producirlos desde que se dicta es, precisamente, la realidad que nos obliga a tratar de desarrollar una teoría de la invalidez de los actos jurídicos partiendo de las aclaraciones conceptuales. Como venimos diciendo, no podemos caer en la ya denunciada confusión del plano del “deber ser” con el plano del “ser”.

conceptuando la ineficacia como una sanción frente a un acto declarado inválido. Si la invalidez es una valoración teórica, y potencialmente puede conllevar la ineficacia del acto, será necesaria la previa declaración de invalidez del acto por la autoridad pública competente para que imponga la sanción de ineficacia<sup>137</sup>. Por lo tanto, la ineficacia sólo es consecuencia de la invalidez cuando ésta sea declarada por la autoridad competente. La anulación -producida mediante una declaración formal de invalidez- se convierte pues, en el nexo jurídico entre invalidez e ineficacia, sin olvidar que es un porcentaje mínimo el de los actos administrativos que se declaran inválidos.

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 producción de efectos porque no existe. No debemos confundir esta situación con el concepto de “ineficacia jurídica” criticado líneas arriba, puesto que en la ineficacia empírica que defendemos es necesaria la previa declaración de invalidez para bloquear la posible exigibilidad que tuviera el acto si no hubiera sido declarado inválido. Si la invalidez no hubiera sido declarada, el acto inválido -independientemente de la gravedad de su vicio- podría desplegar efectos.

---

<sup>137</sup> Entendiendo la ineficacia como la sanción consecuencia de una invalidez declarada, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 56, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 43.

En contra, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 163, considera que “la invalidez es una sanción que necesita ser actualizada para dar lugar a la ineficacia”. Ahora bien, seguidamente determina que el acto inválido por sí mismo no es ineficaz, sino que es “tendencialmente ineficaz” o con “una eficacia claudicante”, entendemos que tras la declaración de la autoridad judicial o administrativa correspondiente. CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” *op. cit.* p. 66, donde también se identifica la declaración de invalidez como análoga al de las sanciones pues implica un juicio de reproche.

- Cuando el acto declarado inválido ya haya producido efectos. En este caso el contenido de la sanción de ineficacia exige la destrucción 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<sup>138</sup>, exige su destrucción –de los efectos, se entiende- pues en teoría no debería haberlos producido<sup>139</sup>.

Como conclusión al análisis de la categoría de la eficacia, hay que destacar, en primer lugar, su carácter empírico puesto que sólo puede entenderse como el reflejo que produce el contenido de un acto jurídico en el mundo jurídico y/o fáctico. En segundo lugar, y tan importante como lo anterior, se trata de una categoría independiente de la invalidez porque operan en planos diversos (teórico y práctico) y la práctica jurídica nos ofrece miles de ejemplos de actos válidos no eficaces y viceversa. Y, por último, pese a que se trate de categorías independientes, pueden relacionarse entre sí, y esa conexión sólo se producirá por la anulación -mediante la declaración formal de invalidez del acto- por la autoridad competente. En este caso, la consecuencia sancionadora de la anulación será la ineficacia y se producirá la adecuación entre el “ser” y el “deber ser” al que aspira el ordenamiento jurídico.

---

<sup>138</sup> Decimos “en ocasiones” porque como venimos afirmando, el ordenamiento jurídico no solo opera por el principio estricto de legalidad, sino por otros principios (que también en sentido amplio se integran en la legalidad) como el de seguridad jurídica o confianza legítima cuando un acto inválido ha desplegado unos efectos que se consideran dignos de protección puesto que su destrucción podría tener más perjuicios que beneficios.

<sup>139</sup> En este sentido, destaca el doble momento en que puede operar la sanción de ineficacia antes de la producción efectiva de consecuencias o a posteriori, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* op. cit. p. 43, y CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” op. cit. pp. 80 y 81.

### III.- CLASIFICACIÓN DE LOS VICIOS INVALIDANTES: LAS DIFERENCIAS MATERIALES Y PROCESALES JUSTIFICADORAS DE LA GRADUACIÓN

#### 1) La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad como técnicas procedimentales

Una vez estudiados los conceptos propios de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, nos adentramos en este momento en el análisis de las categorías de vicios que producen la invalidez de un acto. Nulidad, anulabilidad y, para parte de la doctrina, inexistencia se configuran como 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 pronto, debemos diferenciar estos conceptos de la invalidez y la ineficacia.

Como venimos anunciando en el desarrollo de nuestro esquema dogmático de la teoría de la invalidez de los actos, la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico puede dar lugar a su invalidez. La invalidez se configura como una categoría jurídica unitaria que no admite graduaciones; el acto administrativo es válido o inválido, no pueden existir términos. En efecto, se trata de determinar, valorando una ilegalidad concurrente en el acto, si el sistema jurídico-administrativo protege y conserva el acto y sus efectos o si, por el contrario, el desajuste entre acto y norma no merece tal protección. No caben, por tanto, modulaciones en la invalidez.

A pesar de ello, la ciencia jurídica ha creado técnicas procedimentales<sup>140</sup> con regímenes jurídicos diferentes para lograr la declaración de invalidez por parte de la autoridad competente en función del vicio invalidante presente en cada

---

<sup>140</sup> Supuso un importante paso al frente en la teoría de la invalidez de los actos moderna la conceptualización de la nulidad y anulabilidad como técnicas procedimentales, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 169, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 58 o CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevinida... op. cit.* p. 209, entre otros.

caso. Dicho esto, la primera aclaración que debemos tener en cuenta al respecto es que no existirán grados de invalidez, sino grados de vicios de invalidez<sup>141</sup>.

Si definimos la invalidez como categoría unitaria, lo mismo se desprende de la ineficacia. Ésta no puede graduarse en función del tipo de vicio invalidante que la ocasione, puesto que la ineficacia es la no producción de efectos jurídicos. Lo que se busca con la declaración de invalidez es la expulsión del acto del ordenamiento jurídico y su ineficacia, y ésta se consigue por cualquiera de las técnicas procedimentales previstas por el legislador, como se desarrollará más adelante. En definitiva, nulidad y anulabilidad son técnicas procedimentales previstas por el legislador para lograr -mediante la anulación- la invalidez e ineficacia de los actos<sup>142</sup>.

Ha sido sin duda el derecho privado el caldo de cultivo perfecto para que inexistencia, nulidad y anulabilidad se presenten como categorías antagónicas entre sí que se identifican como un “modo de ser” del acto cuyos regímenes jurídicos son radicalmente opuestos. En el campo del derecho administrativo, quizás el primer gran aporte a la doctrina moderna de la invalidez de los actos que rompió con toda la doctrina clásica se lo debemos al profesor francés JAPIOT quien, a principios del siglo XX se atrevió a negar la idea de la nulidad como un concepto material<sup>143</sup> o, dicho de otra manera, como un “modo de ser” del acto<sup>144</sup>. En su opinión, a la que nos unimos, la nulidad se configura como un mecanismo

---

<sup>141</sup> Sobre la categorización de los vicios, y no de la invalidez, cfr. ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), “Régimen general de...” *op. cit.* p. 34.

<sup>142</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación...* *op. cit.* p. 40. “Igualmente contribuye de modo definitivo a la comprensión del fenómeno de la nulidad el análisis que hace de la naturaleza procesal de las distintas categorías de ineficacia. Las categorías jurídicas nulidad y anulabilidad no constituyen un modo de ser del acto, una cualidad intrínseca, sino técnicas instrumentales del ordenamiento. Son categorías de naturaleza procesal que constituyen el nexo de unión entre la invalidez y la ineficacia”. La expresión “nexo de unión” debe entenderse en este momento en sentido amplio pues, como venimos defendiendo, la anulación es el verdadero nexo de unión entre invalidez e ineficacia. Ahora bien, esa anulación -concepto procesal- se consigue mediante una pretensión de declaración de nulidad o anulabilidad del acto. Dicho de otra manera, sólo se obtendrá la anulación de un acto si en él concurre un vicio de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad.

<sup>143</sup> Cfr. JAPIOT, R., (1909), *Des nullités en...* *op. cit.* pp. 271 y ss.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 285, “la nullité n’est point une manière d’être de l’acte” o “la nullité n’est pas in actu”.

procesal consistente en un derecho de crítica (“*droit de critique*”) contra los efectos del acto<sup>145</sup>.

No existe un motivo para no hacer extensiva esta idea tanto a la nulidad como a la anulabilidad, ambas se configuran como técnicas procedimentales al servicio de quien tenga interés en que un determinado acto viciado pueda declararse inválido e ineficaz, pero en ningún caso son cualidades intrínsecas del acto jurídico<sup>146</sup>. Precisamente porque no son inherentes al acto, mediante las técnicas de nulidad y anulabilidad se permite atacar y expulsar el acto y sus efectos del mundo jurídico puesto que el acto viciado, como ya hemos dejado claro, produce efectos. Si la nulidad o anulabilidad fuese un “modo de ser” del acto, éste no podría producir efectos<sup>147</sup> y sin embargo los produce mientras no sea declarada invalidez, ya sea vía nulidad o anulabilidad.

En conclusión, debemos desterrar la idea material<sup>148</sup> de la nulidad o anulabilidad para poder encajar estas categorías en la teoría de la invalidez del acto ya que sólo encuentran sentido configuradas como técnicas procesales al servicio del interesado para eliminar sus efectos. Conceptuamos la nulidad y la anulabilidad como técnicas procedimentales al servicio de lograr una declaración de invalidez, sin embargo, siendo rigurosos, no podemos olvidar que los presupuestos para poder activar estas técnicas procesales son los supuestos de hecho que el legislador prevé en cada caso para el ejercicio de una u otra de estas técnicas procedimentales.

---

<sup>145</sup> *Íbidem*, p. 298, “la nullité se traduit toujours par une attaque dirigée contre les conséquences d’un acte”.

<sup>146</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 168 y 169.

<sup>147</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 75.

<sup>148</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* p. 39.

## **2) El fundamento y las consecuencias de la clasificación bipartita de los vicios de invalidez: nulidad y anulabilidad**

Tanto en derecho privado como en derecho público, lo más normal es encontrarnos en todos los manuales la clasificación<sup>149</sup> bipartita nulidad-anulabilidad para referirse a los vicios de invalidez de los actos o de los negocios jurídicos<sup>150</sup>. Sin embargo, antes de entrar a analizar el gran número de errores preconcebidos en esa clasificación y su antagonismo ficticio nos detendremos a analizar la “inexistencia” como categoría autónoma que, a nuestro juicio, nada aporta, salvo confusión, a la teoría de la invalidez que venimos desarrollando.

### **a) La inexistencia: un concepto empírico y extrajurídico**

#### **i) Los orígenes de la categoría en el derecho privado**

El concepto<sup>151</sup> de inexistencia tiene su origen en la doctrina civilista francesa<sup>152</sup> para buscar una solución a las vulneraciones más groseras y flagrantes de la ley que, sin embargo, no estuviesen previstas taxativamente en

---

<sup>149</sup> Sobre las distintas clasificaciones o jerarquizaciones de lo que el autor llama “técnicas de ineficacia” encontramos un desarrollo tanto histórico como de derecho comparado en el que no podemos detenernos en la obra de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 248 a 277, aquí podemos encontrar la categoría de inexistencia, teorías en favor de la nulidad o anulabilidad como categorías únicas y, al fin, la clasificación bipartita nulidad-anulabilidad como la que más se ajusta tanto al legislador como a la doctrina española moderna.

<sup>150</sup> La LPACAP no es una excepción y, como adelantamos más arriba, su Capítulo III del Título III “De los actos administrativos” lleva por rúbrica “Nulidad y anulabilidad”, enumerando en el artículo 47.1 los supuestos de nulidad de pleno derecho y en el artículo 48 los motivos de anulabilidad.

<sup>151</sup> Sobre los orígenes de la aparición y evolución de esta figura en el derecho privado en DE LOS MOZOS, J. L., (1987), *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*, Montecorvo, Madrid, pp. 91 y ss. Y en relación con el concepto mismo de inexistencia, cfr. PUIG BRUTAU, J., (1962), voz “Inexistencia” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII, Seix, Barcelona, pp. 490 y 491.

<sup>152</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 561, CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español... op. cit.* pp. 848 a 852.

ella. La finalidad de esta categoría fue, pues, eminentemente práctica. Con la publicación del Código Civil francés se planteó si el matrimonio entre personas del mismo sexo podría considerarse válido o no. Siendo inflexibles, 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 de forma explícita. 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<sup>153</sup>.

La inexistencia en el derecho privado -y por extensión- en el derecho público se presenta como un concepto metafísico y de contenido negativo. De ahí la problemática que suscita a la hora de integrarse como categoría dentro de la teoría de la invalidez<sup>154</sup>. 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 concepto material de inexistencia es, en nuestra opinión, el único concepto de inexistencia defendible. Sólo tiene sentido hablar de inexistencia material en aquellos actos o negocios jurídicos que carezcan por completo de todos los elementos esenciales, es decir, que no tengan ni siquiera la más mínima apariencia de tales. Es por ello que este concepto de inexistencia no encuentra fácilmente acomodo entre categorías propias del Derecho dado su carácter puramente físico o empírico.

Ahora bien, la doctrina francesa plantea un concepto jurídico de inexistencia que tendría lugar cuando el acto o negocio carece de alguno de sus elementos

---

<sup>153</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 464, DELGADO ECHEVERRÍA, J. & PARRA LUCÁN, M. A., (2005), *Las nulidades de... op. cit.* pp. 42 a 47.

<sup>154</sup> Cfr. ALBALADEJO M., (2009), *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. 18ª, Edisofer, Madrid, p. 772 y 777. El autor no analiza la categoría de inexistencia como categoría autónoma, sino integrada como una subespecie dentro de los motivos de nulidad del negocio jurídico. La inexistencia se relaciona con la ausencia de algún elemento esencial del negocio jurídico. Ante un negocio que no existe, entiende el autor, no parece lógico cuestionarse su validez o invalidez.

esenciales y no de todos. Es decir, califica como inexistente el negocio o el acto gravemente viciado o defectuoso pero que mantiene una apariencia de tal. Se trata así de justificar, de manera forzada, un concepto de inexistencia de carácter jurídico que poco o nada difiere de la nulidad de pleno derecho<sup>155</sup>. En definitiva, la mera apariencia de un acto o negocio jurídico provoca su existencia y, potencialmente, su producción de efectos. Por este motivo parece que carece de sentido abrir un debate sobre su inexistencia.

Solamente podría justificar su utilidad la inexistencia del acto cuando ni tan siquiera éste tenga apariencia de tal, es decir, cuando estemos ante la evidencia de que no hay acto administrativo, en definitiva, en situaciones límite<sup>156</sup>. Por lo tanto, la utilidad del concepto pasa por ser absolutamente extrajurídico y empírico<sup>157</sup>. En el momento que existe apariencia de acto, por mínima que sea, debemos considerarlo existente.

El fundamento de este planteamiento radica en que en virtud del principio de presunción de validez de los actos administrativos (artículo 39.1 LPACAP), éstos desplegarán sus efectos desde su perfección, independientemente que sean válidos o inválidos. Su mera apariencia es suficiente para desplegar eficacia, y será necesaria, como venimos insistiendo, una declaración judicial para hacer cesar sus efectos. Para las ilegalidades más graves el ordenamiento prevé la

---

<sup>155</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* pp. 464 y 465. El autor entiende que “resulta prácticamente imposible distinguirlo de la nulidad, ya que no se ofrece criterio seguro para calificar la especialidad del supuesto de hecho” y que “la razón de haberse mantenido el concepto, a pesar de lo insistente y fundado de las críticas, se encuentra en su utilidad, sus servicios prestados en el pasado y los que se adivinan que puede prestar en el futuro”.

<sup>156</sup> Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 454.

La misma idea se deduce de parte la doctrina italiana que considera que la categoría de la inexistencia, en el derecho en general y en el derecho administrativo en particular, no puede ser diferente a la de la nulidad puesto que el acto que tenga una apariencia mínima de tal ya no puede considerarse inexistente. 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. Cfr. CERULLI IRELLI, V., “Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, p. 226 y MORBIDELLI, G., “Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, p. 661. En palabras de PONTE, D., (2015), *La nullità dell’atto amministrativo. Procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, p. 37, sólo podría tener sentido la inexistencia de forma independiente a la nulidad de pleno derecho en casos “di scuola o macroscopici”.

<sup>157</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* p. 45.

consecuencia de la nulidad de pleno derecho, para el resto la anulabilidad y para las de escasa gravedad, 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 derecho.

Descartamos, como seguiremos justificando a continuación, un concepto jurídico de inexistencia por no presentar diferencias sustanciales con la categoría de la nulidad y, en consecuencia, sólo consideramos defendible una inexistencia de carácter material que poco tiene que aportar a la teoría de la invalidez de los actos pues, lo que no existe, no es ni válido ni inválido.

## **ii) La inexistencia en el derecho administrativo: su imposible distinción jurídica de la nulidad de pleno derecho**

Al igual que en derecho privado, ha sido el derecho francés el que más trascendencia ha dado al concepto de inexistencia dentro de los grados de invalidez del acto administrativo. En derecho administrativo francés, algunos autores -ALCINDOR<sup>158</sup> o LAFERRIERE- principalmente- recurren 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 contenciosa<sup>159</sup>. Asumiendo la teoría de la inexistencia, se podría declarar la invalidez del acto transcurrido el plazo el recurso y tanto en vía civil como en vía contencioso-administrativa. En definitiva, se trataba de una cláusula de cierre<sup>160</sup> que permitía asegurar la posibilidad de

---

<sup>158</sup> Cfr. ALCINDOR, L. (1912), *Essai d'une theorie des nullités des actes en droit administratif*, París.

<sup>159</sup> En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 257, y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 66 y 67.

<sup>160</sup> Esta idea la desarrolla WEIL, P., (1958), *Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif*, p. 53, aludiendo a la teoría de la inexistencia como "válvula de seguridad" para escapar de las reglas procesales cuando la gravedad del vicio lo justificara.

expulsar un acto administrativo gravemente viciado del ordenamiento jurídico aun cuando hubiera expirado el plazo para recurrirlo.

En el derecho administrativo español, sin embargo, no ha cuajado la categoría de la inexistencia hasta el punto de que el término “inexistencia” no tiene un reconocimiento legal expreso<sup>161</sup>. Uno de los primeros trabajos que trata de incorporar la categoría de inexistencia a la teoría de la invalidez del acto administrativo -no con demasiada claridad- es el del profesor FERNÁNDEZ DE VELASCO<sup>162</sup>. Se trata de una aproximación poco sistematizada pues realiza una escala casuística en la que diferencia varios grados de invalidez diferentes considerando la inexistencia como uno de ellos que entraría en juego cuando concurren en el acto defectos de fondo que impliquen un abuso de poder o de atribuciones. A pesar de que este trabajo supuso una de las primeras aproximaciones de la doctrina española a la categoría de la inexistencia, consideramos que debemos detenernos en posiciones de quienes, en una época más moderna, consideran la inexistencia como un concepto jurídicamente útil.

Reconocen la necesidad de esta categoría GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ<sup>163</sup> 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 expresamente dentro de los supuestos que son necesariamente

---

<sup>161</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirs. LEGUINA VILLA, J. & SÁNCHEZ MORÓN, M.), Tecnos, Madrid, p. 194. La ley solo contempla como categorías de invalidez la nulidad y la anulabilidad, por lo que “no cabe ya seguir hablando de la inexistencia del acto administrativo como un hipotético tipo de invalidez que vendría a añadirse a las dos categorías contempladas por la ley (nulidad y anulabilidad)”. Exactamente “nulidad y anulabilidad” es el título del Capítulo III del Título III de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>162</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., (1929), *El acto administrativo... op. cit.* pp. 215 y 221. En este trabajo trata de establecer una escala de irregularidades del acto administrativo ordenándolas de mayor a menor gravedad. Pese a la poca sistemática de esta casuística, sí podemos deducir que, en todo caso, la categoría de la inexistencia se reconoce como la consecuencia que sufrirá el acto administrativo que vulnere el ordenamiento jurídico de forma más burda o grosera.

<sup>163</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 663. Creen en la necesidad del término para los supuestos más manifiestos y graves de ausencia de requisitos elementales del acto administrativo para que éste pueda ser considerado como tal, y superar así la regla “*pas de nullité sans texte*” propia del carácter tasado y restrictivo que preside la categoría de la nulidad.

tasados. Afirman los citados autores que en el resto de actos susceptibles de ser calificados como inexistentes, esta figura puede ser obviada, puesto que el acto no tendrá ninguna apariencia<sup>164</sup>. Precisamente por ello, si no hay apariencia de acto administrativo, es decir, si no se ha producido su perfección, consideramos que no será necesario tomarlo en cuenta y mucho menos adoptar resolución administrativa ni judicial para apartarlo del tráfico jurídico.

Estamos de acuerdo en la idea de obviar el acto inexistente que ni siquiera tiene apariencia de acto administrativo, pues es absolutamente irrelevante para el derecho. Ahora bien, reservar esta categoría a los actos que carecen de sus elementos esenciales no nos parece correcto. Esta idea es totalmente 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 derecho por dos razones fundamentales: en primer lugar, se fundamenta en la gravedad de la infracción del acto y, en segundo lugar, requeriría 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.

Por su parte, el profesor BOQUERA OLIVER<sup>165</sup> diferencia también entre la inexistencia cuando el acto carece de todos sus elementos esenciales -la cual es irrelevante para el mundo jurídico- y la inexistencia que se produce cuando faltan sólo alguno o algunos de los elementos esenciales del acto administrativo.

---

<sup>164</sup> En este sentido, cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. 16ª, Tecnos, Madrid, p. 567. Al hilo de la presunción de validez de los actos, el autor entiende que esta presunción de validez cede cuando ni siquiera existe apariencia de acto, es decir, es inexistente. Evidentemente, el autor aquí se está refiriendo a la inexistencia de carácter material que no puede ser relevante para el derecho, pues no se puede entrar a valorar la invalidez o validez de un acto que no existe.

<sup>165</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. Mª., (1993), *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. 7ª, Civitas, Madrid, pp. 83 y ss. Considera como elementos esenciales del acto administrativo la causa, la voluntad, la forma, el contenido y el fin. Ante la ausencia de todos, algunos o alguno de ellos el acto será inexistente. Ahora bien, diferencia en el trato jurídico que merece el acto que carece de todos los elementos esenciales que no es relevante para el derecho, del acto que carece de alguno o algunos elementos. En este último caso es donde el autor cree que la inexistencia tiene su radio de acción y tendrá como consecuencia la nulidad de pleno derecho.

En este segundo supuesto, prosigue su razonamiento, hay una apariencia de acto administrativo por lo que éste se beneficia de la presunción de validez y desplegará las consecuencias de un acto administrativo válido mientras no se declare lo contrario. Lo original de este planteamiento radica en que el autor considera la nulidad de pleno derecho como el efecto de la inexistencia. Es decir, la dualidad existencia-inexistencia está en un plano diferente al de validez-invalidez. La inexistencia no es un grado de invalidez, junto con la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, sino una categoría previa que tiene que ver con la realidad material y no con las consecuencias jurídicas.

No podemos compartir tampoco esta tesis que considera aplicable la inexistencia a la ausencia de alguno de los elementos esenciales del acto por un doble motivo: desde un punto de vista lógico, no puede ser inexistente un acto al que se le reconoce una apariencia y la producción de efectos jurídicos. Afirmar esto nos lleva a complicar innecesariamente esta materia cuando la función del jurista es tratar de dar respuestas sistematizando y definiendo correctamente las categorías. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, se antoja imposible tratar de diferenciar esta inexistencia de la nulidad de pleno derecho pues ambas dan respuesta a las ilegalidades más groseras. Pero en ningún caso puede considerarse la inexistencia en el plano de la ilegalidad, puesto que para valorar si un acto es legal o ilegal la primera premisa necesaria es que el acto exista<sup>166</sup>.

Por consiguiente, la categoría de la inexistencia sólo podría ser útil como grado de invalidez, posibilidad que descartamos puesto que no aporta nada<sup>167</sup> nuevo a la nulidad de pleno derecho<sup>168</sup> ni desde el punto de vista procesal ni desde el sustantivo o material.

---

<sup>166</sup> Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho... op. cit.* pp. 167 y 168. Se hace hincapié en la idea de que la no existencia del acto ya impide pronunciarse sobre su validez o no.

<sup>167</sup> “La inexistencia aparece como un verdadero mito del derecho en la medida en que constituye una creación artificiosa y metajurídica que no solo carece de sustento en la realidad sino que la contradice”, Vid. CASSAGNE, J. C., (2019), *El acto administrativo... op. cit.* p. 236.

<sup>168</sup> En este sentido, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 68, manifiesta que la consagración de la nulidad de pleno derecho en el sistema español desde 1958 es la causa

En el ámbito procesal la inexistencia no aporta nada nuevo a la nulidad, puesto que ésta puede reclamarse en cualquier tiempo gracias a la figura de la revisión de oficio prevista en el artículo 106 de la LPACAP y puede ser controlada también por la jurisdicción ordinaria al contemplar nuestro ordenamiento la protección interdictal frente a la vía de hecho<sup>169</sup>. Esta vía de hecho -que analizaremos más detenidamente cuando se analice la causa de nulidad relativa a la omisión total y absoluta de procedimiento- constituye una protección al administrado<sup>170</sup> frente a actos administrativos que carezcan por completo de procedimiento o de competencia, supuestos todos ellos recogidos en la lista tasada de motivos de nulidad del acto administrativo (art. 47.1, letras b) y e) LPACAP). Estamos ante una prueba más de la nula aportación de la categoría de la inexistencia a la de nulidad de pleno derecho.

Lo mismo ocurre en el plano material pues, como veremos a continuación, la nulidad se prevé para los vicios más graves que puedan concurrir en el acto administrativo. La doctrina partidaria de mantener la categoría de la inexistencia considera que entraría en juego cuando el acto carezca de sus elementos o requisitos esenciales. Ahora bien, si analizamos las causas de nulidad tasadas

---

por la cual en España la figura de la inexistencia no puede tener arraigo. La principal razón, sigue su razonamiento, es la identidad de funciones que ambas figuras tienen, puesto que ambas se basan en la necesidad de tener un medio para la expulsión de actos administrativos especialmente graves y mediante la nulidad de pleno derecho se consigue al no tener límite temporal para impugnar ese tipo de actos. En Francia, la situación era diferente puesto que no se contempla un mecanismo de revisión de oficio ni una acción no sometida a plazo. Razonamiento análogo que reproduce BACA ONETO V. S., (2007), "La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano", en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (coords. DANÓS ORDOÑEZ, J., & otros), Palestra Editores, Lima, pp. 253 y 254. En el mismo sentido, cfr. PARADA VAZQUEZ, R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 107. Se insiste en la inexistencia como concepto metajurídico e inútil por su nula aportación a la categoría de la nulidad de pleno derecho, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* pp. 201 y 210. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 205.

<sup>169</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 260.

<sup>170</sup> Cfr. artículo 125 Ley de Expropiación Forzosa, "Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupará o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida".

del artículo 47.1 LPACAP nos daremos cuenta que enumeran precisamente los defectos o vicios más graves que concurren en los elementos esenciales - subjetivos, objetivos y formales-. Una vez más, la inexistencia queda inútil y vacía de contenido.

Parece que sólo podría tener sentido mantener la categoría de la inexistencia en los ordenamientos jurídicos que no tengan reconocida la nulidad de pleno derecho o la tengan de modo limitado, y este no es el caso del ordenamiento jurídico español<sup>171</sup>.

En conclusión, la figura de la inexistencia debe ser conocida por la posible utilidad que puede tener en el plano material -para diferenciar lo que existe de lo que no-. Ahora bien, en su plano jurídico, es plenamente absorbida por la categoría de la nulidad de pleno derecho porque no realiza ninguna innovación que la haga merecedora de ser estudiada separadamente<sup>172</sup>. Esto no significa que pueda obviarse el concepto de inexistencia, pues doctrinalmente es útil por el origen y evolución histórica del término y porque cumple una función relevante en los ordenamientos jurídicos que no tengan una nulidad de pleno derecho paralela a la del derecho español<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 261. Además de considerar la inutilidad de la inexistencia advierte que la inexistencia es un sucedáneo de la nulidad y que de admitir el concepto se corre el peligro de incurrir en graves equívocos.

<sup>172</sup> Cfr. BOCKSANG HOLA, G. (2013). *L'inexistence juridique des actes administratifs*. Mare&Martin, París, p. 149 y 150. De forma muy gráfica, tal vez pecando de simple, en el análisis que el autor realiza sobre la inexistencia en derecho comparado, al llegar al análisis del sistema español equipara absolutamente la inexistencia y la nulidad de pleno derecho y usa las categorías indistintamente. Ejemplo de esto son "L'inexistence juridique – la nullité stricto sensu -, dénommée l'occasion "nulidad de pleno derecho", est pleinement en vigueur en Espagne et présente une portée considérable, tantôt en droit privé, tantôt en droit public" y "Il est intéressant de constater que chacun de ces sujets a joué un rôle important en Italie, où l'inexistence juridique, telle qu'en Espagne, a été consacrée par voie législative". También en esta misma línea, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 180.

<sup>173</sup> Vid. BACA ONETO V. S., (2007), "La inexistencia..." *op. cit.* p. 260. Se reclama la necesidad de una figura como la inexistencia en el derecho peruano por tratarse de un sistema insuficiente que no regula la nulidad de pleno derecho y, por tanto, no abre una vía para poder revisar actos administrativos ilegales una vez transcurrido el plazo legalmente previsto.

## **b) El factor delimitador de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad**

Una vez justificada la inutilidad de la categoría de la inexistencia, creemos necesario motivar también el porqué de la existencia de dos técnicas procedimentales aptas para declarar la invalidez y posterior ineficacia del acto viciado. Conviene aclarar cuál es el criterio delimitador entre ambas, pues solo conociendo éste, podremos posteriormente analizar el régimen jurídico diferenciado que ostentan la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

Pese a que identificamos la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad como técnicas procedimentales, no podemos obviar que sus diferentes regímenes jurídicos procesales se fundamentan en un motivo material o de fondo<sup>174</sup>. Es este fundamento material el que trataremos de determinar en este epígrafe pues, el legislador, en función del criterio delimitador de ambas técnicas decide qué supuestos tasados son susceptibles de impugnarse mediante la técnica de la nulidad de pleno derecho, cuáles son impugnables mediante la técnica de la anulabilidad e, incluso, qué vicios -debido a su nimiedad- tendrán el carácter de no invalidantes.

En el ámbito del derecho privado ha venido siendo habitual que el criterio delimitador entre nulidad y anulabilidad sea la ineficacia<sup>175</sup>. Mientras el negocio nulo es ineficaz sin necesidad de impugnación, el negocio anulable requiere que el interesado ejercite una acción de anulación. Entiende parte de la doctrina civilista que el acto inexistente o nulo no produce efectos o si los produce no serán del acto como tal, sino consecuencia de los hechos afectados por el acto nulo<sup>176</sup>. Incluso se llega a afirmar que el acto o negocio anulable no es inválido, sino sólo susceptible de invalidación si se impugna por el perjudicado<sup>177</sup>. Tal y como venimos razonando a lo largo del Capítulo, esta idea de origen iusprivatista

---

<sup>174</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 209.

<sup>175</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 466.

<sup>176</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 851.

<sup>177</sup> *Íbidem*, p. 853.

confunde invalidez con ineficacia. Frente a ello, hay que recordar nuevamente que el negocio inválido es eficaz mientras no sea declarado como tal y sancionado, en su caso, con la ineficacia. La ineficacia queda, por tanto, descartada como factor delimitador de ambas técnicas invalidantes<sup>178</sup>.

Otro criterio delimitador de la nulidad y la anulabilidad con origen en el derecho privado es la ausencia de requisitos esenciales<sup>179</sup> o no en el acto o negocio jurídico. Hemos definido más arriba la invalidez como la discordancia entre el acto y la norma que provoca, en función de la importancia de esa contradicción, una desprotección del acto por parte del ordenamiento jurídico. En función de lo anterior, si la discordancia afectase a un requisito esencial del acto podríamos estar ante un acto nulo y, de lo contrario, ante un acto meramente anulable. No podemos negar que, a diferencia de la tesis expuesta anteriormente -que basa la diferencia entre nulidad y anulabilidad en la ineficacia-, nos encontramos ante un argumento más razonable para encontrar el factor delimitador entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Sin embargo, la ausencia de un requisito esencial como criterio delimitador, lejos de solucionar la cuestión que estamos tratando la complica aún más<sup>180</sup>, pues la determinación de qué elementos se consideran esenciales en el acto o en el negocio jurídico no es una cuestión pacífica. Razón por la cual entendemos que no es recomendable construir el factor delimitador de estas técnicas sobre un concepto no exento de dudas o críticas<sup>181</sup>. Esta tesis no soluciona la cuestión relativa a identificar el criterio delimitador entre la nulidad y la anulabilidad, sino que la condiciona a

---

<sup>178</sup> En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 218. El autor descarta también la ineficacia como criterio delimitador fundamentalmente por la confusión que eso supone entre invalidez e ineficacia, entendiéndolo que “la ineficacia material de los actos y negocios jurídicos viene condicionada por las reglas de la posesión. Quien es poseedor puede hacer materialmente eficaz su acto inicialmente y quien no lo es no puede hacerlo”. En definitiva, invalidez e ineficacia pueden actuar independientemente la una de la otra.

<sup>179</sup> 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 ZANOBINI, G., (1958), *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Ed. 8ª, Giuffrè, Milano, pp. 302 y ss.

<sup>180</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 271.

<sup>181</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 220.

resolver una cuestión previa que es la de reconocer qué elementos del acto son esenciales y cuáles no.

Ya en el campo del derecho administrativo, el legislador en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no establece ningún criterio general delimitador de actos nulos y actos anulables, limitándose a enumerar los supuestos tasados de nulidad<sup>182</sup>. A continuación, transcribimos la literalidad de los artículos 47 y 48 de la ley antes citada pues nos servirá de punto de partida en nuestro camino hacia hallar el criterio delimitador de ambas técnicas:

*Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.*

*1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Los que tengan un contenido imposible.*

*d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

---

<sup>182</sup> No deja de sorprender la crítica que recientemente realiza al régimen legal, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Proposiciones sobre la..." *op. cit.* pp. 136 y ss, poniendo incluso en duda la utilidad de la existencia de las dos categorías –nulidad y anulabilidad- considerando que estamos ante una tipificación insuficiente por varias razones; en primer lugar, por considerar al artículo 48 demasiado genérico y, en segundo lugar, porque el legislador olvida en los supuestos de nulidad alguna de las más graves infracciones relativas al contenido de los actos manteniendo, supuestos de nulidad referentes a la incompetencia y a la ausencia de procedimiento a los que encuentra poco sentido en la actualidad tal y como están redactado por el legislador quien, sin embargo, no alude a los supuestos de ausencia completa de potestad o ausencia de sustrato personal (destinatario) del acto administrativo. A todo ello aludiremos en el análisis concreto de cada supuesto de nulidad en los próximos Capítulos.

e) 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.

f) 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.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2. 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.

#### *Artículo 48. Anulabilidad.*

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

De la mera lectura de algunas expresiones literales contenidas en los artículos 47 y 48 pueden colegirse algunas pistas sobre el criterio delimitador

que subyace entre ambas categorías. En los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 encontramos expresiones como “manifiestamente”, “total y absolutamente” o “requisitos esenciales”. Del mismo modo, el artículo 48 diferencia entre anulabilidad e irregularidad no invalidante entendiendo que prevalecerá la segunda categoría salvo que “el acto carezca de los requisitos formales indispensables”. De la interpretación del juego de estos dos artículos llegamos a una triple conclusión:

- La categoría de la nulidad de pleno derecho es tasada<sup>183</sup> y excepcional<sup>184</sup>. La anulabilidad, por el contrario, se configura como una categoría residual que opera cuando el acto sea contrario al ordenamiento jurídico y no incurra en una causa nulidad de pleno derecho ni tampoco constituya una irregularidad no invalidante. La práctica jurídico-administrativa demuestra que, cuantitativamente hablando, los actos nulos de pleno derecho son los menos, seguidos de los anulables y las irregularidades no invalidantes por motivos formales o temporales que, siendo las más numerosas, en nada afectarán a la validez ni a la eficacia del acto.
- Además del carácter excepcional de la nulidad, interpretamos que los vicios que acarrearán nulidad de pleno derecho están, en mayor medida, relacionados con el contenido del acto o con el fondo de la decisión. Aun así, no podemos obviar, evidentemente, que las causas históricas de nulidad de pleno derecho son la competencia y el procedimiento, y ambas están previstas actualmente por el legislador como motivos de nulidad. Sin embargo, y profundizaremos en los dos próximos Capítulos sobre esta idea, se observa una clara evolución en el

---

<sup>183</sup> Del modelo tasado o de lista de la nulidad de pleno derecho GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* op. cit. p. 458, realiza una crítica considerando que la redacción de los supuestos por el legislador deja demasiadas dudas interpretativas acerca de su alcance, denunciando además la oportunidad perdida por la Ley 30/1992 para delimitar más claramente el alcance de cada motivo de nulidad.

<sup>184</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 391 o BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto...* op. cit. pp. 117 y 118.

legislador favorable a primar la corrección del contenido del acto frente a sus aspectos subjetivos -competencia- y formales -procedimiento-. Hasta tal punto es así, como desarrollaremos en el Capítulo III, que es prácticamente imposible encontrar una declaración de nulidad de un acto administrativo basado exclusivamente en un vicio de procedimiento si su contenido hubiera permanecido idéntico si se hubieran respetado las formas. Además, por si esto fuera poco, el legislador establece que un acto sólo será anulable -ni siquiera nulo- si carece “*de los requisitos formales indispensables*”.

Anticipándonos al desarrollo de la cuestión que tiene lugar en el epígrafe tercero del Capítulo III, la nulidad de pleno derecho del acto dictado con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido no tiene por objeto salvaguardar el procedimiento en sí mismo considerado, sino la corrección de la decisión administrativa. La función del procedimiento es garantizar la corrección material de la actuación administrativa, para de este modo salvaguardar los derechos de los ciudadanos afectados y contribuir a la satisfacción del interés general<sup>185</sup>. Todos estos motivos son motivos de fondo, y el carácter formal del procedimiento se protege sólo en la medida en que constituye la garantía de la corrección del fondo de la decisión<sup>186</sup>. De todo esto se desprende un carácter instrumental de la forma al servicio de la corrección del contenido del acto.

Algo similar ocurre con el vicio el vicio de incompetencia manifiesta. La competencia, como desarrollaremos ampliamente en el epígrafe segundo del Capítulo III, se configura como el elemento subjetivo principal del acto administrativo por el que se confiere la atribución de funciones, la habilitación legal y la potestad a un sujeto de la

---

<sup>185</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 118.

<sup>186</sup> En este sentido, GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* p. 640.

Administración para que actúe cuando concurren los elementos de hecho previstos en la norma<sup>187</sup>. Se trata de un requisito previo y necesario para que un órgano pueda actuar<sup>188</sup>. Como tendremos ocasión de ver más adelante, es complicado encontrar una declaración de nulidad de un acto administrativa basada exclusivamente en motivos de competencia si el contenido del acto es conforme a derecho.

En definitiva, la nulidad como máxima sanción va fundamentalmente referida a proteger el fondo de las decisiones dejando la forma en un segundo plano pues, en palabras de la profesora BELADÍEZ ROJO, *“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”*<sup>189</sup>.

- La tercera consecuencia que inferimos sobre la diferencia entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad es de carácter valorativo e intangible. El legislador reserva la nulidad de pleno derecho a las violaciones normativas de carácter más grave. Expresiones como “total y absolutamente” respecto del procedimiento o “requisitos esenciales” respecto a la adquisición de derechos o facultades invitan a pensar que la anulabilidad podría resultar cuando la violación del procedimiento exista, pero no sea total y absoluta o que la falta de requisitos no esenciales tampoco conduciría inexorablemente a la nulidad. Sin duda, la idea de que la nulidad se reserva a las vulneraciones más graves o importantes del ordenamiento jurídico es

---

<sup>187</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 274, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 686 a 689.

<sup>188</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 116.

<sup>189</sup> *Íbidem*, p. 117.

un lugar común en la doctrina<sup>190</sup> y, por ello, su régimen jurídico es más favorable a la expulsión de los actos nulos del mundo jurídico que el de la anulabilidad.

Pese a que será el legislador en todo caso quien tenga la última palabra y decida qué vicios son merecedores de la nulidad de pleno derecho y cuales anulables, parece claro que la gravedad es un denominador común a los motivos de nulidad de pleno derecho<sup>191</sup>. Pero es igualmente claro que no puede ser el criterio único para delimitar la nulidad de la anulabilidad pues existen supuestos igualmente graves sancionados con la anulabilidad por no encontrar cobijo en ningún supuesto tasado de nulidad de pleno derecho. Además, se trata de un concepto absolutamente indeterminado y nuestra tarea como juristas será, en la medida de lo posible, acotar al máximo el factor delimitador que venimos buscando<sup>192</sup>. Por este motivo, la gravedad es imprescindible para delimitar los supuestos de nulidad, pero no es el único factor, sino que habrá que complementarlo con otros para tratar de afinar al máximo el tan ansiado criterio delimitador.

Un intento de complementar la gravedad con otro criterio lo lleva a cabo el profesor GARCÍA LUENGO quien, importando la “*evidenztheorie*” del derecho alemán, considera que el vicio que dé lugar a la nulidad de pleno derecho debe ser, cumulativamente, grave y evidente<sup>193</sup>. Desde el punto de vista de la

---

<sup>190</sup> Entendiendo la gravedad de los vicios como factor delimitador entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 220, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 270, BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>, (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 114, CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 210, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 87, GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Ed. 17<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, p. 549, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 685.

<sup>191</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 254 o ALENZA GARCÍA, J. F., (2017), *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, p. 53.

<sup>192</sup> En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 270, considera que “las divergencias surgen en el momento de materializar dogmáticamente esta diversa gravedad”.

<sup>193</sup> Sobre el desarrollo de la “*evidenztheorie*” como criterio delimitador de los vicios de nulidad véase GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 111 y ss.

gravedad, ésta se concreta en que el vicio o infracción debe afectar a los principios dominantes del Estado de Derecho que tengan rango constitucional<sup>194</sup>. Cumulativamente, el vicio ha de ser evidente, notorio o manifiesto, entendiendo que esta evidencia debe ser apreciable por un ciudadano medio que conoce todas las circunstancias propias del supuesto de hecho y la propia resolución administrativa<sup>195</sup>.

No consideramos correcta esta construcción<sup>196</sup>, o no al menos para aplicarla a nuestro ordenamiento jurídico<sup>197</sup>. Mientras que la exigencia de la gravedad como afección a los principios constitucionales sí puede considerarse útil para delimitar la nulidad de pleno derecho, no ocurre lo mismo con la evidencia. Confiar en el hombre medio -que conoce las circunstancias de hecho y la resolución- la capacidad suficiente para enjuiciar un acto como nulo de pleno derecho se antoja poco menos que imposible. La complejidad de la ciencia del Derecho no permite, ni debe permitir, dejar al arbitrio del “hombre medio” la responsabilidad de identificar un acto como nulo de pleno derecho. Un ejemplo puede ayudar a entender esta idea: un acto administrativo que lesione la vida o la integridad física podría, probablemente, ser identificado como evidente por un “hombre medio”. Más complicado nos parece que un “hombre medio” sea capaz de comprender la evidencia o notoriedad de un acto administrativo atentatorio contra la libertad de cátedra, la libertad y la seguridad o el derecho que asiste a

---

<sup>194</sup> *Íbidem*, p. 119.

<sup>195</sup> *Íbidem*, pp. 129 y 157.

<sup>196</sup> También critica esta “evidenztheorie” BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 89, considerando que creer que la gravedad y, sobre todo, la evidencia del vicio impedirá a un sujeto confiar en la validez del acto y se producirá su ineficacia “ipso iure” no deja de ser algo irreal que forma parte del mito de que el acto nulo es ineficaz, cayendo una vez más en la confusión entre invalidez e ineficacia. También critica la indeterminación del concepto “evidencia” y “ciudadano medio”.

<sup>197</sup> Incluso el propio GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 204, parece plantearse para el supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos de contenido imposible, que cuando la imposibilidad física se traduzca en una imposibilidad por razones técnicas “falta, por tanto, en estos casos, el criterio de la evidencia de la infracción y debemos plantearnos si cabe afirmar aquí una nulidad sin atención al mismo. Conclusión que aparentemente parece venir impuesta en nuestro sistema por la propia ley”. Finalmente, mediante una interpretación algo forzada, concluye que incluso en estos supuestos se requiere el criterio de la evidencia, aunque, a nuestro juicio, parece que es difícilmente defendible que una cuestión técnica de cierta complejidad pueda ser evidente, y menos, para un ciudadano medio.

los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa o moral de acuerdo con sus propias convicciones<sup>198</sup>. A mayor abundamiento, si tratamos de delimitar al máximo los conceptos indeterminados, no creemos que sea buena idea incluir “evidencia” u “hombre medio” pues ambos son interpretables y su desarrollo por la doctrina añadirá más confusión de la que ya existe.

Igualmente, no se sostiene el criterio de la evidencia puesto que deja al margen de la nulidad de pleno derecho los actos cuyos vicios sean muy graves, pero sean ocultos. Llevando esta idea a sus últimas consecuencias podemos entenderla como un incentivo a la ocultación de los vicios graves, pues si se consigue y expiran los plazos de impugnación, se esfumará la posibilidad de declarar el acto nulo de pleno derecho.

Dejando a un lado el criterio de la evidencia por no ser compatible con la nulidad de pleno derecho tal y como está conceptuada en el derecho español, seguimos tratando de encontrar el factor delimitador que justifique el régimen procesal privilegiado que tiene la nulidad frente a la anulabilidad. Junto con la gravedad del vicio, la mayor parte de la doctrina encuentra el factor delimitador en el concepto de “orden público”<sup>199</sup>.

Debemos acotar lo máximo posible este gran concepto de orden público pues, siendo indeterminado, no debe ser infinito. Partimos de una definición<sup>200</sup> reciente de orden público proveniente de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo que entiende el orden público como “*el conjunto de principios*

---

<sup>198</sup> *Íbidem*, p. 90, rechaza que la evidencia pueda ser aplicada a otra de las causas de nulidad de pleno derecho del ordenamiento jurídico administrativo español, como es la de la falta de consignación presupuestaria por el carácter técnico de la misma.

<sup>199</sup> Así lo defienden, entre otros, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 209, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 207 a 219, LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos (artículos 62 a 67)” en *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)* (dir. PENDÁS GARCÍA, B), Praxis, Barcelona, p. 499, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 90.

<sup>200</sup> De entre las definiciones de orden público de la doctrina destacamos la del profesor SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 212, para quien el orden público es “lo indisponible, lo intocable, lo que por principio no admite discusión en cuanto conquista histórica, lo que convierte en intolerables las infracciones, motivando una reacción particularmente enérgica del ordenamiento”.

*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”<sup>201</sup>.*

A la gravedad del vicio como factor diferencial cuantitativo hemos de sumar la afección al orden público como elemento cualitativo, no sin antes tratar de matizar y acotar en la medida de lo posible ese factor cualitativo referido a lo “fundamental e irrenunciable de nuestro ordenamiento jurídico”:

- En primer lugar, el concepto de orden público exige que los intereses en juego sean de carácter general, es decir, que traspasen la frontera de los intereses particulares para amenazar el interés general<sup>202</sup>. Conscientes de que el interés general es otro concepto jurídico indeterminado entendemos que, en este punto, basta considerar que el vicio del acto afecte más allá de los meros intereses individuales de sus destinatarios, o de terceros interesados o, incluso, de intereses colectivos, para poder considerarlo de orden público. Como veremos posteriormente, esto justifica que la legitimación de la acción de anulabilidad sea mucho más restringida que la acción de nulidad<sup>203</sup>.
- En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, siguiendo en este punto al profesor T. R. FERNÁNDEZ, el orden público exige que los intereses en juego excedan de la esfera de disponibilidad jurídica del individuo<sup>204</sup>. 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

---

<sup>201</sup> STS de 24 de enero de 2018, FD 5, (rec. 98/2017) y STS de 17 de diciembre de 2019, FD 5, (rec. 2679/2017).

<sup>202</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 222 y LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 500.

<sup>203</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 61.

<sup>204</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 223 y 224.

una afección al orden jurídico constituido como pilar del sistema. La importancia de la materia susceptible de la nulidad de pleno derecho nunca puede quedarse en la esfera de la disposición individual; solamente un consenso general podría cambiar las bases constitutivas del orden jurídico general que se identifican con el orden público.

- Y, por último, entendemos necesario que el vicio que afecte al orden público debe caracterizarse también porque no se debilite con el paso del tiempo, sino que se fortalezca. Es decir, el reproche del vicio que atenta contra lo fundamental e irrenunciable del sistema jurídico-administrativo debe mantenerse en el tiempo. Ello justifica, como veremos en el siguiente epígrafe, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, es decir, que el plazo de impugnación del acto nulo esté, en principio, permanentemente abierto.

En resumen, la gravedad del vicio, su afección al interés general en contraposición a los intereses particulares en juego, que la materia vulnerada exceda de la esfera jurídica de lo individualmente disponible<sup>205</sup> por considerarse básica para el funcionamiento armónico del sistema jurídico, y que el vicio se configure como intemporal, en el sentido de que no disminuya su importancia ni gravedad por el paso del tiempo, constituyen el conjunto de requisitos necesarios para calificar un vicio como nulo de pleno derecho<sup>206</sup>.

Podríamos pensar que todo el desarrollo sobre la gravedad y la afección al orden público de los vicios es un debate estéril, pues, en el ordenamiento jurídico administrativo español es el legislador quien diseña una lista tasada con las infracciones susceptibles de ser calificadas como nulas de pleno derecho. Es, en definitiva, la voluntad del legislador el único factor determinante para decidir qué

---

<sup>205</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2019), *La nulidad de los actos administrativos*, Ed. 2ª, Ediciones Olejnik, Argentina, p. 112. (El autor reitera en esta reciente obra los mismos argumentos en relación con la teoría de la nulidad de los actos administrativos que los ya expuestos en “La doctrina de los vicios de orden público” que venimos citando).

<sup>206</sup> En este sentido, cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1930.

actos serán nulos de pleno derecho y cuáles no. Sin embargo, consideramos imprescindible reconocer un denominador común identificable en todos los puestos de nulidad, independientemente de que éstos se subordinen a una voluntad legislativa que operará por motivos de oportunidad<sup>207</sup>.

Del trasfondo de la legislación administrativa podemos deducir que el orden público es el bien jurídico que se desea proteger mediante la nulidad de pleno derecho. Pese a estar ante un concepto jurídico indeterminado, consideramos acertado el criterio delimitador del “orden público”, pues la evolución de las sociedades y del Derecho no permiten encontrar la “fórmula matemática” delimitadora entre nulidad y anulabilidad. Sería un error basarla en un concepto totalmente determinado pues con los vaivenes del legislador y el desarrollo del Derecho pronto quedaría obsoleto e inservible. Es, por tanto, necesario abstraer la idea de nulidad a un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido se interpretará en función de las peculiaridades del momento y el caso concreto.

En consecuencia, al analizar los elementos valorativos que concurren en las causas concretas de nulidad de pleno derecho, es esencial saber que lo determinante es el orden público y la gravedad. Así podremos identificar mejor si estamos ante un acto nulo o meramente anulable. Al margen del -ya anunciado- papel totalmente determinante del legislador para la configuración de las causas de nulidad, entendemos que bajo el prisma del orden público deben interpretarse los supuestos de nulidad actualmente en vigor y, por supuesto, las posibles futuras causas de nulidad que pueden aparecer<sup>208</sup>. Es labor de la doctrina la interpretación y delimitación, conforme a criterios de actualidad, de este concepto jurídico indeterminado para que siga siendo imprescindible a la hora de decidir qué instituciones del sistema jurídico deben ser protegidas con

---

<sup>207</sup> Interesante reflexión en este punto nos ofrece FORSTHOFF, E., (1958), *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 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.

<sup>208</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 90 y 91.

los mecanismos procesales más enérgicos -nulidad- y asegurar así los pilares básicos de funcionamiento del mismo.

Gran importancia en este punto tiene también el poder judicial puesto que el dogmatismo debe aplicarse baremando en cada caso concreto los intereses en juego<sup>209</sup>. Tratándose de la nulidad de pleno derecho es difícil encontrar “fórmulas mágicas”; por ello la valoración caso por caso se antoja crucial para decidir si un vicio es o no de orden público<sup>210</sup>.

En fin, lejos de ser un problema, constituir el orden público, junto con la gravedad, como base para determinar las causas de nulidad no solo es correcto, sino que es necesario<sup>211</sup>. Éste debe ser la guía a través de la cual debe hacerse toda la labor interpretativa para poder extraer de los supuestos legales las realidades que constituirán o no vicios vulneradores del orden público<sup>212</sup>. La interpretación de conceptos indeterminados permitirá actualizar las instituciones básicas del derecho y dar respuesta a los nuevos retos que van surgiendo con la evolución de las sociedades. La adaptación del concepto “orden público” para la resolución de los nuevos problemas es una labor interpretativa que debe desarrollar, de forma responsable, la doctrina, el legislador y el poder judicial.

---

<sup>209</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* p. 613.

<sup>210</sup> Hasta sus últimas consecuencias lleva esta idea SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 274, quien aboga por declarar abierta la enumeración de las causas de nulidad por el legislador para dejar en manos de la prudencia del juez la determinación de otros posibles motivos de nulidad de pleno derecho. En esta misma línea, vid. JAPIOT, R., (1909), *Des nullités en... op. cit.* pp. 333 y ss., considera que el rol del juez debe ser activo en el ejercicio de su poder de apreciación para determinar qué materias son susceptibles de nulidad radical y su rol será pasivo en materia de nulidad relativa.

En nuestra opinión, parecen ir demasiado lejos estas posiciones, puesto que dar a los jueces el poder de creación de causas de nulidad de pleno derecho generaría demasiada inseguridad jurídica. Aunque tampoco podemos negar que la interpretación que los jueces realizan del artículo 47.1 LPACAP es fundamental para determinar en la práctica qué es nulo y que no.

<sup>211</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 213, para quien “la relatividad esencial del concepto no es producto de una imprecisión técnica, sino una exigencia de su propia estructura”.

<sup>212</sup> Sobre la imposibilidad de encontrar fórmulas infalibles en este punto y la importancia de la labor interpretativa, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 685.

### **c) Los distintos regímenes jurídicos de la nulidad y de la anulabilidad como técnicas procedimentales**

La gravedad y el orden público como factor delimitador de carácter material entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad se va a ver reflejado en los diferentes regímenes jurídicos de cada categoría. La nulidad de pleno derecho ostenta un régimen jurídico mucho más privilegiado que el de la anulabilidad<sup>213</sup>. Por la amenaza que representa un acto viciado de nulidad para el sistema por el hecho de contravenir el orden público, el ordenamiento jurídico está interesado en poner menos barreras a la hora de expulsar ese acto o revocar sus efectos.

En el ámbito del derecho administrativo los diferentes regímenes jurídicos cobran aún más importancia pues la Administración Pública goza de los privilegios de autotutela declarativa y, sobre todo, ejecutiva que se ven reflejados en la presunción de validez y producción de efectos de los actos administrativos. Estos privilegios favorecen la eficacia del acto viciado, lo cual podría resultar perjudicial mientras no sea declarada su invalidez. Precisamente por esto, conviene diferenciar la nulidad y la anulabilidad como técnicas procedimentales al servicio de la protección del ordenamiento jurídico<sup>214</sup>. Éstas adquieren un papel protagonista en la pugna existente entre la legalidad y la seguridad jurídica, que podrá resolverse en favor de uno u otro principio en función de si estamos ante un vicio de nulidad o de anulabilidad.

Analizaremos en este epígrafe los regímenes jurídicos de la nulidad y la anulabilidad con origen en el derecho privado, así como las grandes confusiones que han llegado hasta nuestros días en esta materia. Concluiremos analizando

---

<sup>213</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 59.

<sup>214</sup> Resume esta idea con admirable claridad el profesor SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 187: "La teoría de la nulidad y de la anulabilidad no puede concebirse como una exposición de los diferentes tipos de vicios de los actos jurídicos, sino como el régimen jurídico-formal de la eliminación de los actos irregulares. Nulidad y anulabilidad son, pues, puros conceptos en los que se resumen regímenes procesales diversos, alternativamente aplicables según la diversa relevancia jurídica de las irregularidades".

las diferencias reales entre ambos regímenes que, al contrario de lo que planteaba la teoría clásica, son menos de las que *a priori* podría imaginarse.

### **i) La concepción clásica: un antagonismo infundado**

Como anticipamos en la introducción, el afán sistematizador de los juristas medievales receptores del derecho romano consiguió crear un sistema tan aparentemente perfecto como realmente contradictorio en lo que se refiere a la teoría de la invalidez de los actos y negocios jurídicos. No es objeto de este estudio el análisis pormenorizado de las causas que llevaron a esta situación en el derecho privado; baste ahora simplemente con exponer el resultado de esta construcción que presenta a la nulidad y a la anulabilidad como categorías antagónicas. El derecho privado presenta estos conceptos como “modo de ser” del acto, prescindiendo de su configuración como técnica procedimental. La confusión entre el “deber ser” y el “ser” dio origen a las confusiones que llegan en muchos casos hasta nuestros días.

Por un lado, la concepción iusprivatista reserva la categoría de la nulidad de pleno derecho para aquellos actos o negocios jurídicos que contravienen la ley de forma grave<sup>215</sup>. De esta categoría se predica<sup>216</sup>:

---

<sup>215</sup> Los mejores ejemplos los encontramos en el Código Civil, así el artículo 6.3 Cc establece que “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*” y el artículo 1255, en la misma línea a propósito de los contratos reza “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

<sup>216</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* pp. 475 y ss, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 200, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 87 a 89. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 110 a 112, DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 96, HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* p. 35, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* pp. 175 y 176.

El acto nulo lo es “*ab initio*”, nunca produce efectos jurídicos pues la nulidad equivale a que nunca fue producido. La ineficacia del acto nulo tiene efectos “*ex tunc*”, es decir, desde el momento en que el acto nulo tuvo su origen.

Esta nulidad obra de pleno derecho, esto es, no requiere una declaración expresa, judicial o extrajudicial, para consagrar su invalidez puesto que opera “*ipso iure*”. Si por su apariencia de acto válido éste requiriera de una resolución judicial<sup>217</sup>, ésta será declarativa, nunca constitutiva pues el acto es nulo desde su nacimiento. Además, la nulidad tiene efectos “*erga omnes*”, esto es, frente a todos, no solo respecto de las partes del negocio jurídico.

La nulidad de pleno derecho que se predica de un acto o negocio jurídico es perpetua e insubsanable, no cabe en ningún caso su convalidación ni confirmación (“*quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*”). Precisamente de la idea de perpetuidad de la nulidad se desprende su imprescriptibilidad<sup>218</sup> que se traduce en la posibilidad de impugnarla en cualquier tiempo, sin sometimiento a plazo alguno. Asimismo, la nulidad puede ser alegada por cualquier persona y frente a cualquiera que tenga interés en ella, no está circunscrita exclusivamente a las partes. La radicalidad de estas consecuencias jurídicas de la nulidad se justifica en el otorgamiento de una máxima protección al ordenamiento jurídico frente a los ataques más graves.

En el otro extremo, como categoría contrapuesta, el derecho privado entiende que la anulabilidad<sup>219</sup> se predica de negocios o actos jurídicos que sin carecer de elementos esenciales o contravenir las leyes, sí tienen defectos de capacidad o vicios de consentimiento. En este caso el negocio en principio es válido y produce efectos, pero surge la posibilidad de declarar su ineficacia. Lo característico de este grado de invalidez es lo siguiente<sup>220</sup>:

---

<sup>217</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 855.

<sup>218</sup> Cfr. BETTI E., (2000), *Teoría general del... op. cit.* p. 412.

<sup>219</sup> La anulabilidad en derecho privado se regula mayoritariamente en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil.

<sup>220</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* pp. 499 y ss, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 200, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad*

Al contrario que la nulidad de pleno derecho que protege el orden público o interés general, la anulabilidad es una medida de protección exclusiva para los intereses de la parte vulnerados<sup>221</sup>. No tendrá entonces eficacia “*erga omnes*” sino exclusivamente para quienes han sido partes del negocio. El negocio o acto existe realmente y despliega efectos<sup>222</sup>, por lo que su ineficacia tampoco es “*ab initio*” sino desde que es declarada. A diferencia de la nulidad, la anulabilidad tendrá efectos “*ex nunc*” y no “*ex tunc*”<sup>223</sup>.

De lo anterior se infiere que, en todo caso, es necesaria una declaración judicial que tendrá efectos constitutivos, y no declarativos, de la ineficacia del acto anulable. De no ser por una declaración judicial el acto o negocio seguiría produciendo efectos.

Al tratarse de un mecanismo de protección de parte, el ejercicio de la acción está mucho más restringido que en la nulidad y corresponde exclusivamente a las partes del negocio anulable<sup>224</sup>. Este es el fundamento por el cual la nulidad de pleno derecho -mecanismo de protección del interés general y del orden público- tiene una legitimación en favor de cualquier interesado y la anulabilidad requiere que la solicite solo quien ha sido parte del negocio jurídico.

No solo se restringe la legitimación, sino también el plazo para el ejercicio de la acción que está sujeto a cuatro años<sup>225</sup>. Pasado el plazo la acción prescribe y el negocio se convalidará automáticamente, es decir, que el negocio o acto por

---

*de... op. cit.* pp. 89 y 90. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 112 y 113, HERNÁNDEZ GALILEA J. M., (1995), *La nueva regulación... op. cit.* p. 35.

<sup>221</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación” en *RAP*, nº 133, 1994, p. 159.

<sup>222</sup> Esta es la posición de la doctrina privatista mayoritaria, aunque en contra de esta concepción de la anulabilidad puede cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. & PARRA LUCÁN, M. A., (2005), *Las nulidades de... op. cit.* p. 54, donde defiende que el contrato anulable debe considerarse “originariamente inválido e ineficaz”. Igualmente se acepta que esta no es la doctrina mayoritaria y tampoco la defendida por la jurisprudencia.

<sup>223</sup> Cfr. ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), “De las disposiciones y actos administrativos (Título V – Capítulo IV)” en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, p. 263.

<sup>224</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE J. R., (2013), “De la nulidad...” *op. cit.* p. 9241.

<sup>225</sup> El artículo 1301 del Código Civil dispone que “la acción de nulidad sólo durará cuatro años”.

el simple paso del tiempo corregirá sus vicios de capacidad o voluntad originales cobrando plena validez y eficacia.

Pues bien, en el siglo diecinueve, esta es la herencia que encuentra el recién nacido derecho administrativo y que, en principio, da por buena. Los estudios y análisis de la doctrina posterior van poniendo de manifiesto las carencias de este sistema y obligan a ir separándose, poco a poco, de los mitos de esta teoría clásica de la invalidez para hacerla más coherente y más capaz de resolver los problemas reales.

## ii) **Desmontando los mitos de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad como categorías antagónicas**

Como venimos recordando a lo largo de todo el capítulo, la herencia recibida -y mal interpretada- del derecho privado concebía la invalidez del acto como una cualidad intrínseca al mismo y no como una técnica procesal al servicio de expulsar el acto del mundo jurídico y revocar sus efectos. Precisamente por tratar la nulidad como un “modo de ser” del acto se derivaron una serie de atributos de ésta que pasamos a analizar y cuestionar:

- El efecto inmediato de la nulidad (*quod nullum est nullum producit effectum*<sup>226</sup>), también conocido como el efecto “*ipso iure*” de la nulidad o su ineficacia “*ab initio*”. Todos estos brocados latinos vienen a significar lo mismo, es decir, que el acto nulo, por el hecho de ser nulo y nacer gravemente viciado no produce efectos jurídicos. No resulta particularmente complicado realizar una crítica fundada al supuesto carácter “*ipso iure*” de la nulidad, pues basta echar un vistazo a la

---

<sup>226</sup> Sobre el origen y sentido del aforismo latino, vid. DOMINGO, R. & RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., (2000), *Reglas jurídicas y aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*, Aranzadi, Pamplona, p.115.

realidad jurídica para ver, como ya hemos tenido ocasión de señalar, que los actos inválidos también producen efectos. Aun así, realizaremos dos observaciones a partir de la idea perfectamente plasmada por la profesora BELADÍEZ, quien considera que “*el que un acto sea nulo de pleno derecho no quiere decir que no produzca efectos, sino que no debe producirlos*”<sup>227</sup>.

Desde el plano legislativo, el artículo 39.1 LPACAP establece, utilizando la forma imperativa del verbo, lo cual no es baladí, que los actos producirán efectos desde la fecha en que se dictan, salvo que en ellos se disponga otra cosa. Este es el artículo básico que obliga a que el acto produzca efectos desde que se dicte, pero existen muchos otros que permiten la producción de efectos del acto nulo. Destacamos también el artículo referente a los límites de la revisión de oficio - artículo 110 LPACAP<sup>228</sup>- puesto que el propio legislador impide la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho en determinadas circunstancias, lo cual implica que esos actos se comportarán como actos válidos, sin serlo, y desplegarán efectos amparándose en el artículo 39.1 LPACAP. Por último, en esta misma línea, ya citamos más arriba el artículo 42.3 LCSP que decreta, por razones de interés público, la continuación de los efectos del contrato nulo hasta que se adopten las medidas urgentes para solucionar la situación<sup>229</sup>.

Desde el punto de vista dogmático, este carácter “*ipso iure*” de la nulidad es incompatible con el régimen jurídico previsto por el legislador para la invalidez, pues supone partir del error de confundir

---

<sup>227</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 243 y 244.

<sup>228</sup> El artículo 110 LPACAP relativo a los límites de la revisión de oficio establece que “Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

<sup>229</sup> Se puede ver también una crítica en este sentido al carácter ipso iure de la nulidad mediante un análisis legislativo en CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 216.

el plano del “deber ser” con el plano del “ser” y, en consecuencia, fusionar la invalidez con la ineficacia<sup>230</sup>. Para el sector doctrinal que defiende el carácter automático de la nulidad de pleno derecho<sup>231</sup>, el acto nulo no tiene obligatoriedad jurídica y puede ser desobedecido por su destinatario. La gravedad del vicio de nulidad es tal, que éste nace muerto y no puede, por su naturaleza, ser eficaz pues no es jurídicamente vinculante. Como ya hemos analizado más arriba y sin ánimo de insistir innecesariamente en la misma idea, baste concluir que la ineficacia es una sanción y no puede entenderse sino de forma exclusivamente empírica. El acto administrativo se presume válido y es eficaz, y sólo existe una vía para poner de manifiesto esa invalidez y eliminar sus efectos, que no es otra que la declaración de invalidez por la autoridad competente que, normalmente, irá acompañada de la sanción de ineficacia<sup>232</sup>.

- Continuando con la necesidad de pronunciamiento por parte de la autoridad competente para poner de manifiesto la invalidez, la teoría clásica de la invalidez del acto jurídico determina el carácter declarativo de la resolución que declara un acto nulo y el carácter constitutivo de la resolución que constata un acto anulable. Consideramos que estamos ante una distinción superflua y errónea.

En primer lugar, la invalidez es un concepto -como ya hemos defendido- originario y teórico. En este sentido, la puesta de manifiesto de la invalidez tiene carácter declarativo, pues se valora una realidad

---

<sup>230</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 175.

<sup>231</sup> En este sentido se pronuncian, como ya hemos analizado más arriba, vid. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 247 y ss., BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* pp. 116 y ss.

<sup>232</sup> En este mismo sentido, aludiendo a que la invalidez y la ineficacia se mueven en planos diferentes, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 78. Por desgracia, en el plano del “deber ser” los actos inválidos no producen efectos, pero en la vida real sí los producen y por eso tiene sentido desarrollar una teoría de la invalidez de los actos que relacione los conceptos de invalidez e ineficacia mediante la declaración de la autoridad competente.

preexistente desde el momento del nacimiento del acto como es su invalidez<sup>233</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista de la eficacia, la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos genera la necesidad de que exista una declaración de invalidez para que pueda dejar de producir efectos jurídicos. Por esto, la resolución o sentencia que declare la nulidad o anulabilidad del acto tendrá carácter constitutivo en cuanto determinará al cese de sus efectos o incluso restablecerá la situación a un momento anterior al dictado del acto nulo o anulable<sup>234</sup>.

En definitiva, la resolución que califique un acto inválido será siempre declarativa por el carácter originario de la invalidez, mientras que en lo relativo al tratamiento de los efectos producidos o por producir del acto inválido, será constitutiva, pues sin la declaración no podría afectarse a la realidad material producida por el acto inválido. En palabras del profesor SANTAMARÍA PASTOR, “*la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción y sentencia no depende del vicio, sino de la situación de hecho creada por el negocio inválido*”<sup>235</sup>. Por lo tanto, esta distinción del carácter declarativo o constitutivo de la nulidad o anulabilidad no tiene demasiada trascendencia práctica y, además, es una prueba más acerca de la confusión conceptual entre invalidez e ineficacia.

- Íntimamente relacionado con el carácter constitutivo y declarativo de la nulidad o la anulabilidad se encuentra el debate entre la eficacia “*ex tunc*” de la nulidad de pleno derecho y la eficacia “*ex nunc*” de la anulabilidad. La teoría clásica fundamenta la eficacia “*ex tunc*” de la nulidad en que ésta se retrotrae al momento en que el acto fue dictado

---

<sup>233</sup> Sobre el carácter erróneo e innecesario de esta distinción, cfr. CANO CAMPOS T. (2017), “Validez e invalidez...” *op. cit.* p. 1921.

<sup>234</sup> *Íbidem*, p. 1920.

<sup>235</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 179.

por estar viciado gravemente. Por el contrario, proclama la eficacia “*ex nunc*” de la anulabilidad, pues surte efecto desde el momento en que es declarada, no retrotrae sus efectos al nacimiento del acto.

Carece absolutamente de fundamento esta distinción. Si un acto es declarado inválido, y la invalidez es originaria, esa declaración tendrá que tener, en principio, efectos retroactivos<sup>236</sup>. Los efectos producidos por el acto inválido, atendiendo al principio de legalidad estricta, deberían ser destruidos retroactivamente<sup>237</sup>, independientemente de que se trate de un acto nulo o anulable<sup>238</sup>. Ahora bien, puede ocurrir que ciertos efectos producidos por determinados actos puedan ser conservados en virtud otros principios (interés general, seguridad jurídica, confianza legítima...) distintos al de legalidad estricta<sup>239</sup>. Queda fuera de toda duda que para la conservación de los efectos producidos al amparo de un acto inválido, nada tendrá que ver que el

---

<sup>236</sup> “Lo lógico, y lo que el principio de legalidad exige, es que se considere inválido desde el momento en que infringe el ordenamiento jurídico y que desde ese momento se produzcan las consecuencias de su invalidez” determina CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida...* *op. cit.* p. 218.

<sup>237</sup> En este sentido, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* p. 63. Desmintiendo la contraposición entre la eficacia *ex tunc* de la nulidad y la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 126, considera que la declaración de invalidez –vía nulidad o anulabilidad– “incide también sobre los efectos ya producidos en el pasado: no eliminándolos (lo que es imposible), sino obligando a crear (en el futuro) efectos nuevos y de sentido contrario a los que tuvieron lugar en tiempo pretérito (efecto reprisnatorio).

<sup>238</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 81.

<sup>239</sup> Especialmente claro es el ejemplo que ofrece MARTÍN REBOLLO, L., (2020), *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las leyes administrativas*, 4ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 743 y 744: es nulo de pleno derecho el nombramiento como catedrático a una persona que no posea el título de doctor, sin embargo, a nadie se le ocurre anular todos los exámenes realizados y corregidos por ese profesor entre su nombramiento y la declaración de nulidad del mismo. Al margen de los razonamientos jurídicos, que los hay, el autor alude a “la naturaleza de las cosas y el sentido común”.

vicio sea de nulidad o de anulabilidad<sup>240</sup> pues, en principio, el alcance de la invalidez tendrá que ser retroactivo<sup>241</sup>.

En definitiva, la retroactividad o irretroactividad de la declaración de invalidez no depende del tipo de vicio que la provoque -nulidad o anulabilidad- sino de las circunstancias fácticas del caso o del contenido concreto que pueda tener la resolución.

El propio Tribunal Supremo se ha pronunciado también a favor de terminar con la vinculación automática entre la nulidad y sus efectos “*ex tunc*” y la anulabilidad y sus efectos “*ex nunc*”, llegando a afirmar que *“es cierto que en la doctrina, si no con unanimidad sí con habitualidad, se viene repitiendo que la nulidad de pleno derecho opera ex tunc en tanto que la anulabilidad juega ex nunc. Esta idea habría que matizarla pero desde luego es de advertir que incluso en los supuestos en los que el vicio apreciado en el acto administrativo sea de anulabilidad no podrán mantenerse las consecuencias perjudiciales para el administrado que se hayan producido con anterioridad a la sentencia que anula el acto”*<sup>242</sup>, en clara alusión a lo

---

<sup>240</sup> Relativizando la doctrina clásica que considera que la anulabilidad tiene efectos “*ex nunc*”, cfr. TARDÍO PATO, J. A., “Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad”, en *REDA*, nº 184, 2017, pp. 7/38 y 20/38 (versión electrónica), considera que “la anulación por vicios de anulabilidad genera efectos *ex tunc* como regla general, sin perjuicio de que caben excepciones por la incidencia de determinados principios generales del Derecho”. Y concluye que “siempre cabrá modular o restringir los efectos retroactivos de la anulación, de modo excepcional, en atención a las circunstancias concurrentes y de determinados Principios Generales del Derecho. Es el caso de la posible incidencia del principio de la confianza legítima” u “otros principios jurídicos como los de buena fe, proporcionalidad o enriquecimiento sin causa”.

<sup>241</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 185, considera que la retroactividad o irretroactividad del pronunciamiento sobre la nulidad o anulabilidad constituye una consecuencia de la eficacia práctica del negocio que es ajena al mecanismo de la invalidez y, por ello, no puede fundamentar la distinción entre nulidad y anulabilidad.

<sup>242</sup> STS de 26 de septiembre de 1988, FD 3, (ES:TS:1988:11715) en un asunto relativo a la anulación por vicio de anulabilidad del establecimiento de unas tarifas en virtud de las cuales se perciben indebidamente unas sumas de dinero. El Tribunal Supremo entiende que, si bien deben anularse las nuevas tarifas por un vicio de anulabilidad, las sumas percibidas indebidamente se deberán devolver desde la imposición de las nuevas tarifas y no desde la declaración de invalidez de las mismas. Incorpora textualmente la misma cita la STS de 29 de abril de 2009, FD 6, (rec. 157/2007). Sin citar textualmente, la misma idea se reproduce en las STS de 21 de junio de 2013,

que venimos argumentando más arriba de que serán las circunstancias del caso concreto las que determinen la eficacia “*ex tunc*” o “*ex nunc*” de la resolución, pero no el tipo de vicio de invalidez<sup>243</sup>.

- Otro de los mitos que se predica de la nulidad de pleno derecho es su carácter “*erga omnes*”, es decir, que cabe oponerla en contra o a favor de cualquiera. Por su parte, la anulabilidad solo tiene eficacia “*inter partes*” y no cabe oponerla frente a terceros.

La oponibilidad se predica, en principio, de la ineficacia del acto, pero no de la invalidez<sup>244</sup>. Es necesaria la previa declaración de la invalidez por el órgano competente –autoridad administrativa o judicial- para poder oponer la ineficacia del acto frente a terceros. Como venimos insistiendo, la ineficacia es una sanción que se impone al acto inválido, independientemente de si la invalidez se declara vía nulidad radical o vía anulabilidad pues, como concepto empírico no admite graduaciones en este sentido.

- Por último, analizaremos también qué hay de cierto en que el acto nulo no admite convalidación mientras que el acto anulable sí es susceptible de convalidación.

---

FD 11, (rec. 6443/2011) o STS de 16 de marzo de 2016, Fallo, (rec. 547/2015), todas ellas relativas a la declaración de invalidez -vía anulabilidad- de procesos selectivos.

<sup>243</sup> En este mismo sentido se pronuncia la reciente STS de 2 de julio de 2020, FD 2, (rec. 51/2018): “Pues bien, esta distinción en la producción de los efectos jurídicos entre la declaración de nulidad y la anulación, que tiene sus raíces en el derecho romano y en el derecho civil (donde tampoco rige absolutamente, basta una lectura de los efectos de la nulidad de los contratos prevista en los artículos 1300 a 1314), en el campo del derecho administrativo no tiene cobertura legal, aunque haya sido acogida por gran parte de la doctrina. Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad y de la mera anulación, vendrán determinados por lo que en cada momento disponga la ley. Y de momento no existe ninguna norma que disponga que la declaración de nulidad suponga siempre la aplicación retroactiva de sus efectos”.

<sup>244</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 183 y 184. Además de considerar que la oponibilidad es predicable de la ineficacia y no de la invalidez, el autor considera que éste no puede ser un factor diferencial entre nulidad y anulabilidad porque el carácter “*erga omnes*” de la nulidad no constituye una regla absoluta.

Antes de entrar en el fondo del asunto -si un vicio de nulidad puede ser o no subsanado-, debemos poner de manifiesto que el legislador administrativo español veta esa posibilidad en el artículo 52 LPACAP donde establece que “*la Administración podrá convalidar los actos anulables*”, y ratifica esta idea cuando trata de la convalidación de los vicios de incompetencia, pues matiza que deberá tratarse de un vicio de incompetencia “*no determinante de nulidad*”. Por ello, atendiendo al derecho positivo, el diccionario del español jurídico, define la convalidación como el “*procedimiento administrativo que canaliza el ejercicio de la potestad jurídico-pública consistente en validar actos anulables de las administraciones públicas, subsanando los vicios de que adolecieren*”<sup>245</sup>.

Consecuencia de lo anterior, podremos considerar este apartado como una propuesta “*de lege ferenda*” pues la realidad es que el legislador no permite la posibilidad de convalidar actos nulos de pleno derecho<sup>246</sup>.

Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo, pues no es objeto del presente trabajo, sí creemos conveniente definir la convalidación como la posibilidad de que un acto inválido adquiera la exigibilidad de uno válido<sup>247</sup>. Como analizamos más arriba, y en coherencia con nuestra exposición, la invalidez es originaria e inmutable, por lo que la convalidación no otorga validez al acto inválido, sino que lo hace exigible y protege sus efectos<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Procedimiento administrativo de convalidación de actos administrativos anulables.

<sup>246</sup> En este sentido, cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 214, quien, independientemente de que crea que los vicios de nulidad de pleno derecho puedan, en ocasiones, ser subsanados, destaca la prohibición por parte del legislador de esta técnica para los actos viciados de nulidad.

<sup>247</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 181.

<sup>248</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1989), *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 371.

Aclarado lo anterior, parece que la gravedad del vicio que provoca la nulidad de pleno derecho y su afcción al orden público son argumentos de peso suficientes para concluir que no se puede convalidar un acto nulo. Siendo realistas, es evidente que por estos motivos la convalidación de un acto nulo de pleno derecho constituiría una auténtica excepción<sup>249</sup>. Sin embargo, sí consideramos que puede ser positivo dejar esa ventana abierta puesto que lo que debe tenerse en cuenta a la hora de convalidar un acto es si el defecto o vicio que en él concurre puede ser corregido o no, independientemente de su calificación jurídica como nulo o anulable<sup>250</sup>.

Solamente se podrá justificar teóricamente la imposibilidad de convalidación del acto nulo considerando que éste ha nacido muerto, tal y como ya hemos descrito más arriba, pues si el acto nace muerto o herido de muerte, no se podrá convalidar lo que no existe. No nos detendremos en este punto pues ya hemos argumentado con anterioridad que el acto nulo nace con la presunción de validez y produce efectos desde que es dictado y que negar esto supone ponerse una venda ante la realidad jurídica.

---

En contra, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 193, quien obviando el carácter inmutable de la invalidez define la convalidación como “un resultado que se produce cuando un acto inválido adquiere invalidez”. Sin embargo, al margen de la discrepancia en la definición de la técnica de la convalidación, es muy interesante el planteamiento de la profesora Beladiez, quien entiende la convalidación como un resultado al que se puede llegar por diversos medios o técnicas. Así, destaca la subsanación, -a la que también alude el propio legislador en el artículo 52.1 LPACAP “1a Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”- como un medio para obtener la convalidación mediante la eliminación o corrección de defectos del acto inválido, y el transcurso del tiempo, admitiendo que, si bien subsanación y transcurso del tiempo son las causas más comunes, no son ni mucho menos las únicas.

<sup>249</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 83.

<sup>250</sup> En este sentido, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 243, “para determinar si procede o no esta técnica de convalidación lo que hay que tener en cuenta es si el defecto puede ser corregido, siendo irrelevante la calificación jurídica que se otorgue a la invalidez del acto”.

Lo que deberá llevarse a cabo a la hora de convalidar o no un acto nulo es un juicio de proporcionalidad<sup>251</sup> entre la gravedad del vicio y el resto de principios jurídicos por los que se considera conveniente no expulsar el acto nulo ni revocar sus efectos sino mantener la situación jurídica creada a su amparo<sup>252</sup>. Volvemos otra vez al sempiterno pulso entre la legalidad estricta y una legalidad más compleja donde entran en juego la seguridad jurídica o la confianza legítima entre otros principios<sup>253</sup>.

En conclusión, admitiendo que la posibilidad de convalidar un acto nulo de pleno derecho es muy excepcional -puesto que la técnica de la nulidad trata de combatir los vicios más graves y que afecten al orden público como pilar del sistema jurídico-, en nuestra opinión no es descabellado dejar abierta la puerta a la convalidación puesto que, en un caso concreto y ante un vicio concreto, puede resultar más ventajoso para el ordenamiento jurídico convalidar un acto nulo que expulsarlo del ordenamiento jurídico y revocar sus efectos para volver a dictar otro acto válido.

Independientemente de lo anterior, lo que sí podemos afirmar es que la imposibilidad de convalidar el acto nulo no se presenta como factor

---

<sup>251</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 182.

<sup>252</sup> Esto es precisamente lo que ocurre en el derecho canónico, donde a diferencia del derecho administrativo no se restringe la posibilidad de convalidación a los actos anulables. En efecto, en derecho canónico pueden convalidarse tanto los actos anulables como los actos nulos, excepto que la ley prevea expresamente que son insanables. Por ejemplo, el canon 1620 determina los ocho supuestos en los que una sentencia adolece de nulidad insanable y el canon 1622 los supuestos de sentencias nulas sanables.

<sup>253</sup> En opinión de BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 247, el fundamento último de la convalidación de los actos nulos, y no solo los anulables, es el principio de conservación, según el cual, cuando un acto admita dos interpretaciones, habrá que optar siempre por la más favorable a su conservación.

En contra, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 312 y 313, quien parte de la idea, ya rebatida, de que el acto nulo no es jurídicamente vinculante para el particular y por ello ineficaz. Por ello, entiende imposible convalidar un acto nulo pues el interés público obliga a su desaparición y nunca a dotar de eficacia retroactiva a un acto que no ha existido por el hecho de ser nulo.

diferencial entre nulidad y anulabilidad. La prohibición de convalidación del acto nulo impuesta por el legislador se fundamenta más en razones históricas<sup>254</sup> que en coherencia dogmática. Conforme a nuestra construcción de la teoría de la invalidez, nada impide que el vicio de nulidad sea subsanado. Todo dependerá del vicio concreto de que se trate y si es factible o no subsanarlo, pero nunca de la calificación de ese vicio como nulo o anulable.

Una vez desmitificados los diversos factores diferenciales entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad que ha venido defendiendo la doctrina partidaria de la teoría clásica de la invalidez de los actos jurídicos, trataremos, a continuación, de buscar las que, en nuestra opinión, son las verdaderas diferencias entre ambas categorías y que se fundamentan en la diferencia material presente entre los vicios de nulidad y de anulabilidad, esto es, la gravedad y la afección al orden público.

### **iii) Las diferencias reales entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad**

Habiendo analizado ya las falsas diferencias entre la técnica procesal de la nulidad y la de la anulabilidad, nos centraremos ahora en sus diferencias reales. El fundamento de estas diferencias entre ambas técnicas radica en que la razón de ser de la nulidad de pleno derecho es la protección del conjunto de principios e instituciones fundamentales del ordenamiento jurídico, esto es, el orden público. Razón por la cual, el régimen procesal será más ventajoso o privilegiado para lograr la expulsión del acto jurídico nulo que la del acto anulable que, contraviniendo igualmente el ordenamiento jurídico, no pone en jaque sus principios o instituciones esenciales. Este régimen procesal privilegiado se

---

<sup>254</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 242.

materializa, principalmente, en cuatro diferencias básicas entre el régimen de nulidad y anulabilidad en derecho administrativo: la posibilidad de enjuiciamiento de oficio por la propia Administración, el mayor número de vías de impugnación de los particulares, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y un régimen privilegiado de suspensión del acto nulo impugnado.

- Enjuiciamiento “*ex officio*”: En principio predicable tanto del derecho privado como del derecho público, la posibilidad de enjuiciamiento de oficio de los actos jurídicos nulos de pleno derecho constituiría una absoluta excepción al principio de justicia rogada<sup>255</sup>. La excepcional gravedad y trascendencia de los vicios de nulidad justificaría la intervención de la autoridad de oficio, sin necesidad de requerimiento por parte de los particulares. Si bien esta idea es desarrollada por el profesor DE CASTRO en el ámbito del derecho privado, en su obra ya hace extensiva su aplicación a otros órdenes jurisdiccionales citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1949 según la cual “*la nulidad debe ser apreciada, aun de oficio, por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes*”<sup>256</sup>.

Sin embargo, la situación en la práctica es muy diferente, ya que no encontramos en la legislación privada ni pública diferencias reales a la hora de apreciar de oficio los vicios de nulidad o los de anulabilidad<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 187, destaca el carácter excepcional y a la vez prototípico de la posibilidad que tienen los jueces de estimar de oficio una causa de nulidad, sin necesidad de previa solicitud de parte. Del mismo modo, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 85, destaca esta particularidad, pues mientras que en la anulabilidad el juez puede hacer ver a los particulares que existe un vicio pero no lo podrá entender así si las partes no se lo solicitan, en la nulidad de pleno derecho es obligación del juez determinarlo por sí mismo cuando lo perciba.

En nuestra opinión, esta idea es plenamente cierta en vía administrativa, pero habría que matizarlo en vía judicial puesto que entraría en juego el principio de congruencia de las resoluciones judiciales.

<sup>256</sup> En este sentido, cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 476.

<sup>257</sup> Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de... op. cit.* p. 98. A modo de ejemplo, el artículo 33.2 LJCA no establece diferencias entre nulidad y anulabilidad ni contempla la posibilidad de su apreciación de oficio: “Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la

Ni en la jurisdicción civil ni en la contencioso-administrativa se hallan ejemplos de apreciación de oficio de vicios de nulidad por los tribunales. Deducimos, en consonancia con lo anterior, que en derecho privado, pese a que hay pronunciamientos judiciales que defienden la apreciación de oficio de la nulidad, como el señalado más arriba, ni el legislador nos da supuestos de esa facultad judicial, ni la práctica jurídica nos muestra ejemplos en este sentido. Es decir, que el enjuiciamiento de oficio de los vicios de nulidad frente a la justicia rogada para los vicios de anulabilidad no parece una diferencia real entre nulidad y anulabilidad en derecho privado<sup>258</sup> ni en derecho administrativo<sup>259</sup>.

En el procedimiento administrativo, sin embargo, sí se presenta una peculiaridad: la figura de la revisión de oficio. Mediante esta figura, la apreciación de oficio de las causas de nulidad de pleno derecho en sede administrativa por las propias Administraciones Públicas es obligatoria. Según el artículo 106 LPACAP, éstas declararán de oficio, en cualquier momento, la nulidad de los actos administrativos en los supuestos previstos en el artículo 47.1 (donde consta la lista tasada de causas de nulidad de pleno derecho). Sin embargo, para las causas de anulabilidad, la Administración no tiene esa facultad de autotutela,

---

cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas". Aquí, el juez no apreciará de oficio la causa de nulidad o anulabilidad, sino que ofrece a las partes esa posibilidad previa sugerencia judicial.

<sup>258</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad..." *op cit.* p. 163. Reconoce que el juez está habilitado para apreciar motivos de nulidad y también de anulabilidad, pero esto no significa que pueda realizar por sí mismo la declaración de invalidez del acto no impugnado, sólo podrán ser impugnados por los afectados.

<sup>259</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., (2018), "La invalidez del acto administrativo" en *Derecho Administrativo. Tomo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración* (dirs. REBOLLO PUIG, M. & VERA JURADO, D. J.), Ed. 3ª, Tecnos, Madrid, p. 108, quien considera que, al margen de la excepción de la revisión de oficio como medio de impugnación de actos nulos, "tanto los vicios de nulidad como los de anulabilidad los puede invocar cualquiera que tenga legitimación y a este respecto las reglas de legitimación son las mismas en ambos casos".

sino que tendrá que acudir a la vía de declaración de lesividad de los actos para, posteriormente, impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta figura de la revisión de oficio - exclusivamente de actos nulos de pleno derecho-, en la que no podemos entrar ahora, ha sido objeto de no pocas críticas<sup>260</sup> pero, a nuestro juicio, cumple una importante función en el ordenamiento jurídico administrativo y apuntala las diferencias entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad.

El fundamento de esta diferencia entre nulidad y anulabilidad reside en el interés del propio ordenamiento jurídico en expulsar los actos nulos por la especial nocividad de sus vicios y, para tratar de facilitar este objetivo, permite a la propia Administración que, por sí misma, aprecie esas causas de nulidad. Es innegable que esta facultad afecta a la seguridad jurídica, ahora bien, en nuestra opinión, se encuentra plenamente justificada tratándose de vicios de nulidad de pleno derecho por un doble motivo. En primer lugar, porque en este campo la legalidad debe situarse un nivel por encima de la seguridad jurídica pues, conviene recordar, que mientras un acto nulo de pleno derecho está produciendo efectos, las bases fundamentales del sistema están siendo vulneradas. Y, en segundo lugar, porque la posibilidad de revisión de oficio de actos nulos no es ilimitada. Aunque bien es cierto que los límites son difusos, el artículo 110 LPACAP entiende que las facultades de revisión “*no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras*

---

<sup>260</sup> En este sentido, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 212, considera incomprensible que la revisión de oficio sólo sea aplicable a los actos nulos de pleno derecho y no a los actos anulables. También encontramos una crítica al sistema de la revisión de oficio en CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 212, pues destaca que no debe olvidarse que, en materia de tributaria, los actos anulables sí son revisables de oficio, lo que pone en tela de juicio la coherencia del sistema. Dejando a un lado las críticas de cómo esté configurado el sistema de la revisión de oficio, en nuestra opinión esta figura cumple un papel capital en favor de la autoconservación del ordenamiento jurídico.

*circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.*

Como veremos a continuación, el mecanismo de revisión de oficio de los actos administrativos es el núcleo central del que se desprenden las diferencias procesales entre la técnica de la nulidad y la de la anulabilidad. No solo se permite la apreciación de oficio de los vicios de nulidad, sino que además abre una vía nueva al particular para reaccionar contra actos nulos más allá de los recursos administrativos y judiciales y amplía notablemente el plazo para hacer valer esa nulidad<sup>261</sup>.

- Vías procesales de impugnación del particular: una vez analizada la posibilidad y la justificación de que la Administración pueda, de oficio, apreciar las causas de nulidad, nos centraremos en la posición del administrado a la hora de impugnar un acto nulo o un acto anulable. Aquí también encontraremos diferencias.

El administrado podrá utilizar los recursos, tanto administrativos como jurisdiccionales, para impugnar los actos, ya sean nulos o anulables. Sin embargo, respecto de los actos nulos de pleno derecho se abre una tercera vía<sup>262</sup> de reacción que el legislador encuadra en el ámbito

---

<sup>261</sup> El sistema jurídico-administrativo no es completamente coherente con la posibilidad de revisión de actos nulos en todo caso. Así, el artículo 36.5 de Ley General de Subvenciones excepciona la posibilidad de revisión de oficio cuando concurra una causa de reintegro. Y el artículo 37.1.a) reconoce como causa de reintegro la “obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido”. Este supuesto de hecho es plenamente subsumible en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.f) LPACAP. Nos referiremos a ello, tratando de encontrar una justificación a esta “brecha” del sistema cuando estudiemos en el Capítulo II en profundidad este motivo de nulidad.

Algo parecido ocurre en la Ley de Contratos del Sector Público. Su artículo 41 prevé la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación conforme a lo establecido en la LPACAP, mientras que, por su parte, el artículo 59.3 dispone que “no procederá la revisión de oficio de la resolución –del recurso especial en materia de contratación- ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso”.

<sup>262</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 212.

de la revisión de oficio. De este modo, el artículo 106 LPACAP contempla la posibilidad, no solo de que la Administración declare la nulidad de un acto por iniciativa propia sino también a solicitud del interesado<sup>263</sup>.

Esta solicitud del interesado es un privilegio de la técnica de la nulidad de pleno derecho, pues la posibilidad de impugnación de los actos anulables se agota en la vía de los recursos, tanto administrativos como judiciales.

Conviene detenerse en delimitar el concepto de interesado para poder identificar si estamos ante una acción popular o no. Parece evidente que no estamos ante una acción popular puesto que el interesado al que se refiere la ley deberá tener un derecho subjetivo o un interés legítimo en la apreciación de la causa de nulidad<sup>264</sup>. Precisamente por esto, no podemos entender que la legitimación del particular es mayor para las causas de nulidad que para las de anulabilidad<sup>265</sup>. En ambos casos se exige una conexión o un interés entre el reclamante y el acto impugnado.

Es interesante traer en este punto la opinión del profesor SANTAMARÍA PASTOR, quien considera que “*la acción de nulidad es, por esencia, una acción pública o popular*”<sup>266</sup>. En efecto, si la nulidad radical o de pleno derecho se identifica con la afección al orden público y excede

---

<sup>263</sup> Sobre este particular, vid. ALENZA GARCÍA, J. F., (2017), *Revisión, revocación y rectificación...* op. cit. pp. 79 y ss.

<sup>264</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación...* op. cit. pp. 212 y 213, DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de...* op. cit. p. 98 y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* op. cit. p. 86.

<sup>265</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” op. cit. p. 162.

<sup>266</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. pp. 194 y 195. Pese a identificar la acción de nulidad como pública o popular, reconoce el autor que el legislador restringe esta legitimación, e incluso, acaba reconociendo la “legitimación objetiva no obsta a la naturaleza de la técnica de nulidad, cuya nota básica e irremplazable es el enjuiciamiento de oficio”.

de la disponibilidad jurídica del individuo, parece lógico que la acción de nulidad fuese una acción pública. Sin embargo, se antoja complicado imaginar la situación de un particular que impugne un acto nulo sin tener ningún tipo de conexión o interés en él. La extensión de la legitimación en función del vicio -afección al orden público- justificaría una acción popular. Ahora bien, en función de la situación concreta generada por el acto administrativo no parece realista establecer una legitimación ilimitada u objetiva para los actos nulos de pleno derecho, de hecho, el legislador no lo determina así para ningún supuesto.

La aparición de una tercera vía para reaccionar contra un acto nulo, más allá de los recursos administrativos y judiciales, sí supone una diferencia procesal entre la nulidad y la anulabilidad, pero no la legitimación que requerirá una conexión con el objeto del recurso.

- Imprescriptibilidad de la acción de nulidad: Si en algo está de acuerdo la doctrina, clásica y moderna, iusprivatista y iuspublicista, es en la imprescriptibilidad<sup>267</sup> de la acción de nulidad frente a la prescriptibilidad de la acción de anulabilidad<sup>268</sup>. Esta característica es común en derecho administrativo y en derecho privado. El mecanismo de la revisión de oficio, exclusivo del derecho administrativo, fundamenta que las diferencias procesales entre nulidad y anulabilidad en derecho administrativo sean mayores que en derecho privado, donde quedan reducidas exclusivamente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente a la prescriptibilidad de la acción de anulabilidad.

---

<sup>267</sup> Entre otros, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 195, BELADÍEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad..." op. cit. p. 164, GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* op. cit. p. 467, CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida...* op. cit. p. 213, DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de...* op. cit. pp. 98 y 99.

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo coincide en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Vid, entre otras, STS de 22 de mayo de 2019, FD 4, (rec. 1137/2017) o STS de 10 de julio de 2019, FD 4, (rec. 1184/2017).

<sup>268</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., (2018), "La invalidez del acto...", op. cit. p. 110.

El fundamento de esta distinción tan asumida radica también en la íntima conexión entre la nulidad de pleno derecho y el orden público. La nulidad trata de proteger la esencia del sistema jurídico, lo que se encuentra fuera de la disponibilidad individual de los sujetos y precisamente por ellos, el acto nulo debe permanecer en una situación de inseguridad permanente<sup>269</sup>. El vicio de nulidad debe ser siempre susceptible de revisión para conseguir el fin último que no es otro que mantener una realidad jurídica ausente de actos inválidos, particularmente los de máxima gravedad.

Sin embargo, la imprescriptibilidad de la acción no está exenta de problemas. No genera debate la idea de que el ordenamiento jurídico ofrezca más facilidades para la expulsión de los actos nulos que para la de los actos meramente anulables, puesto que el vicio de nulidad es más grave y nocivo contra el sistema<sup>270</sup>. Ahora bien, dejar permanentemente abierta la puerta a una posible revisión es generar una inseguridad jurídica difícilmente defendible. El legislador, consciente de esta situación, trata de paliar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad con dos técnicas:

Por un lado, la presencia de actos nulos de pleno derecho no modifica los plazos previstos en la ley para la interposición de recursos administrativos -reposición y alzada principalmente- ni contencioso-administrativos. El Tribunal Supremo, no sin titubeos aislados<sup>271</sup>, ha

---

<sup>269</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 203.

<sup>270</sup> Cfr. ALENZA GARCÍA, J. F., (2017), *Revisión, revocación y rectificación... op. cit.* p. 83.

<sup>271</sup> Reconociendo que se trataba de una orientación jurisprudencial no definida, la STS de 24 de octubre de 1994, FD 6, (rec. 5103/1991), consideró que “ha de prevalecer, en este caso, el principio general de ineficacia insubsanable de los actos nulos de pleno derecho, recogido en las conocidas máximas «quod nullum est nullum producit effectum» y «quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere», y, por consiguiente, se ha de rechazar aquella causa de inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado y debemos reconocer que los actos impugnados son radicalmente nulos por haber sido declaradas nulas de pleno derecho las normas que les daban cobertura, y así resulta inoperante la extemporaneidad en la interposición

reforzado esta idea considerando que *“la posible concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho no es motivo para que deje de apreciarse la extemporaneidad del recurso, pues si en la actuación administrativa existe un vicio de nulidad la vía a seguir para invocarlo en cualquier momento sería la del artículo 102 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en tanto que la interposición del recurso contencioso-administrativo debe atenerse al plazo legalmente previsto. De manera que el hecho de que en el proceso la parte actora alegue una causa de nulidad de pleno derecho no impide que deba declararse la inadmisibilidad del recurso si éste es extemporáneo, porque lo que no está sometido a plazo es el ejercicio de la acción de nulidad en vía administrativa ( artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y no la impugnación judicial de los actos y disposiciones, que en todo caso está sujeta a plazo (artículo 46 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”*<sup>272</sup>.

Por otro lado, como adelantamos al analizar la revisión de oficio de actos nulos, el legislador administrativo en el artículo 110 LPACAP<sup>273</sup> limita las facultades de revisión cuando su ejercicio contravenga la equidad, la buena fe, los derechos de los particulares o las leyes por razones de prescripción de acciones, tiempo transcurrido u otras circunstancias. Ciertamente es que tampoco podemos interpretar este precepto como un límite temporal absoluto a la acción de nulidad, pues

---

del recurso contencioso-administrativo cuando las normas que amparan los actos administrativos impugnados han sido declaradas nulas de pleno derecho”. En concordancia con lo que venimos defendiendo, el Alto Tribunal parte de la confusión entre invalidez e ineficacia considerando que el acto nulo no produce efectos. Entiende que no cabe alegar la extemporaneidad del recurso puesto que el acto nulo nace muerto y no produce efectos y, en consecuencia, los tribunales se limitan a certificar esa nulidad, pudiéndolo hacer extemporáneamente pues el acto nulo no ha generado consecuencias en la práctica jurídica.

<sup>272</sup> STS de 12 de mayo de 2011, FD 5, (rec. 2672/2007) o STS de 20 de diciembre de 2013, FD 5, (rec. 894/2011).

<sup>273</sup> Sobre la cuestión del plazo y los límites de la revisión de oficio, cfr. BUENO ARMILLO, A., (2018), “La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 20, 2018, p. 358.

la prescripción de la acción solo requerirá el paso de un determinado plazo y, sin embargo, en este supuesto se exigen requisitos adicionales al mero transcurso del tiempo<sup>274</sup>.

En conclusión, aunque la acción de nulidad es imprescriptible<sup>275</sup>, tanto los plazos para la interposición de recursos como los límites a la revisión de oficio reducen de alguna manera la inseguridad jurídica que genera poder reaccionar contra un acto jurídico indefinidamente.

- Régimen de la suspensión de la ejecución de actos impugnados: por último, aludiremos a otra diferencia entre nulidad y anulabilidad que trae causa en el artículo 117.2.b) LPACAP, según el cual el órgano competente para resolver el recurso, previa ponderación del perjuicio que causaría al interés público o a terceros y el que ha podido causar consecuencia de su eficacia inmediata, podrá suspender la ejecución del acto impugnado si *“la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley”*. No alude a la anulabilidad, por lo que es una facultad exclusiva para los actos nulos de pleno derecho.

Quizás no sea una diferencia tan importante como las otras tres analizadas anteriormente, puesto que si las otras tres se comportan de forma imperativa (revisión de oficio, solicitud de revisión de oficio por parte del particular e imprescriptibilidad de la acción de nulidad), en este supuesto el órgano competente “podrá”, discrecionalmente y

---

<sup>274</sup> Defiende esta idea CANO CAMPOS, T., (2017), “El laberinto de...” *op. cit.* pp. 72 y 73.

<sup>275</sup> Así lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en STS de 26 de junio de 2007, FD 5, (rec. 7019/2003), cuando manifiesta que el actual artículo 106 LPACAP “concede una acción para que, fuera de todo recurso de naturaleza administrativa, ordinario o extraordinario, y sin sujeción a los plazos de interposición de los mismos, la Administración autora de un acto o disposición general inicie el procedimiento revisorio en él reglado, lo siga por todos sus trámites y lo ultime con una resolución en el que la pretensión de nulidad ejercitada sea objeto de una decisión, contra la que, si es desistimatorio, pueda el interesado acudir a la oportuna revisión judicial”.

previa ponderación de los intereses en juego determinar o no la suspensión de la ejecución del acto viciado de nulidad.

El fundamento último, al igual que en los anteriores supuestos analizados es tratar de obstaculizar la materialización de los efectos de los actos nulos de pleno derecho<sup>276</sup> por ser especialmente gravosos para la conservación del orden público, cosa que no ocurre con los vicios de anulabilidad.

Ponemos fin de este modo a la diferenciación de los regímenes procesales de las técnicas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, no sin antes hacer hincapié en que el uso de una u otra técnica procesal dependerá de la naturaleza del vicio, pero no implica consecuencias jurídicas o empíricas diferentes. Son dos técnicas al servicio de la legalidad de la actuación administrativa, y así, 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.

El motivo de la diferenciación de las técnicas es la naturaleza del vicio, pues se reserva un régimen privilegiado para aquellos vicios que constituyen una amenaza a los principios fundamentales del sistema jurídico. En los vicios que dan lugar a la nulidad de pleno derecho primará la legalidad sobre la seguridad jurídica, mientras que en los vicios de anulabilidad primará la seguridad jurídica sobre la legalidad<sup>277</sup>. Por ello se explica que la nulidad presente una acción imprescriptible, un régimen privilegiado de suspensión de la ejecución de actos nulos y la revisión de oficio, por la cual, la Administración de oficio o a solicitud del interesado, en cualquier momento, podrá restablecer la legalidad vulnerada por el acto nulo de pleno derecho.

---

<sup>276</sup> En este sentido, cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* p. 213.

<sup>277</sup> Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de... op. cit.* p. 99.

Como conclusión a este epígrafe traemos a colación una reflexión de 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”*<sup>278</sup>.

Y dentro del derecho administrativo español, en esta misma línea, el profesor GARRIDO FALLA entendía que *“la teoría de las nulidades en Derecho administrativo ha de estar siempre presidida por un cierto dogmatismo ampliamente corregido por la apreciación de los intereses en juego. Únicamente así podrá determinarse si en un caso concreto la existencia de un vicio de legalidad da lugar a un acto nulo, simplemente anulable, o irregular pero válido”*<sup>279</sup>.

#### **IV.- LA PECULIARIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU REPERCUSIÓN EN LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO**

La aparición del derecho administrativo en los albores del siglo diecinueve presenta nuevos desafíos sobre el control de la legalidad de la actuación administrativa. Para dar respuesta a esta situación la teoría de la invalidez es importada de modo casi idéntico a como estaba diseñada en el derecho privado. Como venimos afirmando, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es muy similar para toda la ciencia del Derecho; ahora bien, la singularidad del derecho administrativo obliga a adaptar la teoría de la invalidez a las peculiaridades de éste.

---

<sup>278</sup> Vid. LUZTESCO, G., (1978), *Teoría y práctica de las nulidades* (trad. ROMERO SÁNCHEZ M. y LÓPEZ DE LA CERDA J.), Ed. 3ª, Porrúa, México, p. 240.

<sup>279</sup> Vid. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 213.

La autonomía de la voluntad, emblema del derecho privado, se difumina por completo en el derecho público. La “*potestas*” inherente a la Administración Pública cobra un protagonismo que influirá, entre otras facetas, en la teoría de la invalidez de los actos. Que el acto administrativo sea una manifestación del poder público produce el fundamento teórico de la ejecutividad del mismo.

Lo que trataremos de analizar en este momento son precisamente las peculiaridades del derecho administrativo que provocan que la incorporación al mismo de la teoría de la invalidez de los actos no pueda hacerse de modo automático. Como veremos a continuación, esto no significa que la teoría de la invalidez cambie absolutamente sus paradigmas y modifique sus conceptos esenciales, sino que debe interpretarse a la luz de las originalidades del derecho público.

### **1) ¿La nulidad de pleno derecho como regla general en derecho privado y excepción en derecho público?**

Antes de analizar las peculiaridades del derecho administrativo en sentido estricto consideramos importante analizar el papel que la nulidad de pleno derecho ocupa en la teoría de la invalidez en el derecho privado.

Comenzando por la primera parte del enunciado de este epígrafe debemos analizar si realmente en derecho privado el acto contrario a la ley se sanciona por regla general con la nulidad de pleno derecho<sup>280</sup>. En principio, y partiendo de la base del artículo 6.3 del Código Civil, en derecho privado la regla general es la nulidad de pleno derecho (“*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”). El legislador establece el derecho objetivo como límite a la autonomía de la voluntad y todo acto que conculque la ley será sancionado con la nulidad de pleno derecho. Existe un sector de la

---

<sup>280</sup> Así lo entiende ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), “De las disposiciones...” *op. cit.* p. 264.

doctrina que defiende como una de las grandes diferencias de la teoría de la invalidez entre el derecho público y el derecho privado el juego que presenta la categoría de la nulidad de pleno derecho. En el derecho privado constituye la regla general y en el derecho público la excepción basándose, principalmente, en el citado artículo 6.3 del Código<sup>281</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión no se puede afirmar esta idea con rotundidad si atendemos a la configuración misma de la categoría de la nulidad absoluta en el ámbito del derecho privado. El papel central que ocupa el juego de la autonomía de la voluntad de las partes provoca que las normas de carácter imperativo y prohibitivo sean la excepción y, en consecuencia, los actos susceptibles de vulnerarlas no supondrán la regla general de los actos inválidos.

No podemos olvidar que la nulidad de pleno derecho se configura como una técnica procedimental al servicio de la expulsión del mundo jurídico de aquellos actos que vulneren el ordenamiento jurídico de forma más grave y, adicionalmente, afecten a los pilares del mismo -orden público-. Por ello, se hace complicado entender su aplicabilidad como regla general a la vulneración del derecho objetivo<sup>282</sup>. La inseguridad jurídica que genera la nulidad de pleno

---

<sup>281</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 115 y 658, BELADÍEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad..." *op. cit.* pp. 158 y 183, VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho... op. cit.* p. 169, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 210, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 44, MEILÁN GIL, J. L. & GARCÍA PÉREZ, M., (2018), *Norma y Acto Administrativos*, Iustel, Madrid, pp. 303 y 324, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 177.

También entre la doctrina italiana encontramos un reciente trabajo que considera que en derecho administrativo la regla general es la anulabilidad y la excepción la nulidad de pleno derecho, "a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità". Cfr. PONTE, D., (2015), *La nullità dell'atto... op. cit.* p. 20.

<sup>282</sup> El profesor SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 243 ofrece un argumento más en esta línea. Así, considera que el artículo 6.3 del Código Civil no puede considerarse la base para justificar la nulidad de pleno derecho como regla general en derecho privado si se relaciona con el artículo 1255 del mismo texto legal ("*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*"). En este sentido, el autor entiende que el legislador diferencia entre vulnerar la ley y vulnerar el orden público y deduce que el fundamento de la nulidad de pleno derecho no es la vulneración de la ley -anulabilidad- sino del orden público. Considerando demasiado forzado este argumento, sí ratificamos la reflexión inmediatamente posterior que impide aplicar al ámbito del derecho público la teoría de la ineficacia del derecho privado "a pies juntillas" pues el acto administrativo no nace de la autonomía de la voluntad de las partes sino como manifestación del poder público.

derecho dada la imprescriptibilidad de su acción lleva a una interpretación restrictiva de esta categoría y a la imposibilidad de su aplicación analógica<sup>283</sup>.

Como venimos defendiendo, la propia razón de ser de la categoría de la nulidad es incompatible con considerarla la regla general, y en este mismo sentido se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo. Traemos a colación la Sentencia de 26 de noviembre de 1968 (Ar. 5542, Ponente: F. Bonet Ramón) que establece lo siguiente:

*“Que el apartado 1º del art. 4 del CC (actual 6.3 CC) se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo”<sup>284</sup>.*

En función de lo comentado hasta ahora, parece que es más realista considerar que la sanción de la nulidad de pleno derecho tenga que ser considerada como una categoría excepcional tanto en derecho privado como en derecho público. Debe ser una categoría reservada a los supuestos más graves

---

<sup>283</sup> Cfr. DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico... op. cit.* p. 473. Justifica la interpretación restrictiva de la nulidad de pleno derecho en el Derecho Civil citando varias sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre las que destaca las STS de 8 de abril de 1958 y STS 8 de marzo de 1966 en las cuales se dice “sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión del acto de que se trata haya siempre de llevar consigo la sanción de nulidad”. La misma idea se mantiene en la STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1982, Cdo. 4, (ES:TS:1982:90).

<sup>284</sup> Defendiendo la misma idea, vid. STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1982, CDO 4, (ES:TS:1982:90).

y a las violaciones a la ley más groseras y, en consecuencia, nunca puede constituir la regla general pese a la interpretación que se pueda hacer a priori del artículo 6.3 del Código Civil. El criterio de excepcionalidad de la nulidad de pleno derecho es igualmente aplicable en derecho administrativo que en derecho privado<sup>285</sup>.

En el ámbito del derecho administrativo, la unanimidad de la doctrina en este punto es incuestionable<sup>286</sup>, y se encuentra fuertemente respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ya desde los primeros pronunciamientos se impone la excepcionalidad de la nulidad de pleno derecho. Coinciden varios autores en citar una ejemplar Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1936 (Ar. 295)<sup>287</sup> que ha servido como base al posterior desarrollo jurisprudencial de la invalidez del acto administrativo y se expresa como sigue:

*“en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, debiendo tenerse en cuenta, antes de llegar a una solución tan drástica y extrema, el conjunto de circunstancias concurrentes, como son las relativas a la importancia de los vicios existentes, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive y de la situación o posición de los interesados en el expediente”*<sup>288</sup>.

En conclusión, tal y como hemos razonado en el epígrafe anterior, la nulidad de pleno derecho está íntimamente relacionada con los vicios que afectan al orden público y, por ello, su acción no prescribe. Por lo tanto, que la regla general sea la anulabilidad y no la nulidad de pleno no deriva de exigencias legislativas

---

<sup>285</sup> BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 92.

<sup>286</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 51 y 52, entendiendo que el legislador administrativo ha optado por la anulabilidad como regla general fundamentalmente por el principio de seguridad jurídica y la protección de la función estabilizadora del acto administrativo que, necesariamente, tiende a adquirir firmeza.

<sup>287</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J. L. & GARCÍA PÉREZ, M., (2018), *Norma y Acto... op. cit.* p. 312 y GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 45.

<sup>288</sup> Éste es considerado como un *“leading case”* en la teoría de la invalidez del acto administrativo en derecho español, por ello hay numerosas sentencias posteriores que hacen referencia a su contenido. A título de ejemplo destacamos, entre otras, STS 10 de mayo de 1989, AH 3, (ES:TS:1989:13878) o STS de 30 de julio de 1991, FD 11, (rec. 151/1990).

ni académicas, sino que es consecuencia de la naturaleza de las categorías. La gravedad y la afcción al orden público que exige la nulidad de pleno derecho tiene que abarcar, por su propia naturaleza, un grupo reducido de supuestos tanto en derecho público como en derecho privado<sup>289</sup>.

## 2) ¿La presunción de validez del acto administrativo como factor diferenciador de la teoría de la invalidez en derecho privado y derecho público?

Una de las características más reconocibles del acto administrativo es su presunción de validez, sin embargo, la doctrina no es unánime en este punto al analizar el fundamento ni las consecuencias que ésta puede tener en la teoría de la invalidez de los actos administrativos.

Entendemos necesario empezar el análisis de la presunción de validez del acto *-favor acti-* acudiendo a su consagración legal en el artículo 39.1 LPACAP que establece que “*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*”. Más allá de debates terminológicos, se debe tener presente que es la voluntad de la ley la que determina la presunción de validez de los actos administrativos<sup>290</sup>. Esta

---

<sup>289</sup> En este sentido, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 273.

<sup>290</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 557 a 560 y 626, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho Administrativo I*, Ed. 5ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 739 a 740 y 905 a 908, PARADA VÁZQUEZ, R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 72, REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez” en *REDA*, nº 128, 2005, p. 587 y ss, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* p. 140, GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de... op. cit.* p. 548, GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* pp. 443 y ss, VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho... op. cit.* p. 170, GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* pp. 719 y ss., SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 568. Podemos encontrar el concepto de presunción de validez expresado como “favor acti”, presunción de legitimidad o ejecutividad, refiriéndose siempre a los artículos 38 y 39.1 LPACAP, esto es, a la aptitud que tiene el acto administrativo de provocar efectos desde el momento en que se dicta. En definitiva, ser ejecutivo.

presunción de validez significa que el acto administrativo desde que se perfecciona<sup>291</sup> se entenderá válido mientras una autoridad administrativa o judicial no declare lo contrario, al margen de la conformidad o no entre el acto y el ordenamiento jurídico<sup>292</sup>. Se trata, en definitiva, de una presunción *iuris tantum*<sup>293</sup> que se podrá destruir mediante una resolución administrativa o judicial<sup>294</sup>. Mientras esto no ocurra, la ley ampara que la Administración Pública unilateralmente genere, mediante un acto administrativo, derechos, obligaciones o deberes en sus destinatarios<sup>295</sup>. En virtud de esta presunción se impone al destinatario la carga de recurrir el acto administrativo si quiere obtener su anulación y el cese de sus efectos<sup>296</sup>.

Existen voces en la doctrina, como la de los profesores GONZÁLEZ NAVARRO<sup>297</sup> o SANTAMARÍA PASTOR<sup>298</sup>, que consideran, sin embargo, la presunción de validez

---

<sup>291</sup> En este sentido, vid. por no caer en reiteraciones innecesarias, todo lo expuesto sobre la perfección del acto administrativo en el epígrafe relativo a las Aclaraciones Conceptuales.

<sup>292</sup> Cfr. CANO CAMPOS T. (2017), “Validez e invalidez...” *op. cit.* p. 1871.

<sup>293</sup> Cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (2019), *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. 4ª, Atelier, Barcelona, p. 349 o GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, p. 232.

<sup>294</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La presunción de...” *op. cit.* p. 593, CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida...* *op. cit.* p. 186, NIETO, A., (1994), “Estudio Preliminar”... *op. cit.* p. 16.

<sup>295</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., “La presunción de validez de los actos administrativos” en *REALA*, nº 14, 2020, pp. 23 y 24.

<sup>296</sup> Cfr. ESCUIN PALOP, V., (2018), “Presunción de validez y eficacia de los actos administrativos inválidos. Principio y técnicas de su conservación” en *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. I (dir. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.), Aranzadi, Cizur Menor, p. 224, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II*, *op. cit.* p. 140, DOMÉNECH PASCUAL, G., (2010), “El principio de presunción de validez” en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (dir. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.), La Ley, Madrid, p. 1034, o REBOLLO PUIG, M., “La presunción de...” *op. cit.* p. 618. Este último autor destaca que no solo los particulares cargan con la necesidad de recurrir si desean apartarse del acto administrativo, sino también otras Administraciones a las que pueda afectar. Incluso la propia Administración autora del acto, no solo tendrá la carga, sino el deber de revisar si el contenido del acto es conforme a derecho o no.

<sup>297</sup> Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* *op. cit.* p. 447. En este sentido afirma, con total claridad que “es contra toda razón presumir la validez de los actos administrativos cuando con toda normalidad los poderes públicos actúan tantas veces, (...) desligados de la ley y del derecho” y “no siendo, pues, ni razonable ni necesaria la presunción de validez de los actos de la Administración, debe ser borrada de los textos jurídicos”.

<sup>298</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* pp. 128 y 129, quien critica esta presunción de validez por varios motivos. En primer lugar, considera que la carga de impugnar los actos administrativos no se deduce de su presunción de validez “sino del hecho elemental de que el acto surte efectos obligatorios per se”. Además considera que “las presunciones son mecanismos deductivos que operan en el terreno de los hechos, no de las

como irrazonable e innecesaria pues la práctica administrativa nos muestra en numerosas ocasiones actos administrativos contrarios a las normas jurídicas. Bastaría con reconocer que la Administración Pública goza de autotutela declarativa para que ésta pueda presumir la validez de sus actos. No podemos compartir este razonamiento por un doble motivo:

- En primer lugar, porque por el hecho de que en la práctica jurídica proliferen los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, no puede obviarse el artículo 39.1 LPACAP que, utilizando un tiempo imperativo, dispone que los actos se presumirán válidos y producirán efectos. El legislador ha sido tajante en este punto.
- Y, en segundo lugar, porque si la autotutela declarativa es la potestad de crear, modificar y extinguir unilateralmente situaciones jurídicas, como el propio profesor GONZÁLEZ NAVARRO<sup>299</sup> sostiene, podríamos compartir que la presunción de validez pueda ser innecesaria por repetitiva, pero en ningún caso irrazonable puesto que la autotutela declarativa reclama necesariamente la presunción de validez de los actos administrativos. Si no se presumen válidos difícilmente van a poder crear, modificar o extinguir unilateralmente situaciones jurídicas.

No se puede concebir la autotutela declarativa de la Administración sin reconocer la presunción de validez de sus actos. Precisamente mediante la autotutela declarativa la Administración no necesita acudir a un procedimiento declarativo para que sus actos puedan tener eficacia<sup>300</sup>. Son dos atributos inescindibles -la presunción de validez y la autotutela declarativa- de la actuación administrativa.

---

valoraciones jurídicas” y, por último, afirma que tal presunción sólo sirve para mantener “un grado aceptable de obediencia a los actos administrativos” apoyado en el mensaje subliminal que incluye el art. 39 LPACAP de que “en principio, los actos administrativos son ajustados a derecho”.

<sup>299</sup> Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 447.

<sup>300</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 72.

Podemos reconocer un triple fundamento de la presunción de validez de los actos administrativos que demuestra su utilidad en nuestro sistema jurídico:

- a) Desde el punto de vista de la Administración Pública, la presunción de validez de los actos administrativos como consecuencia lógica de la autotutela declarativa es un privilegio o prerrogativa de la Administración Pública<sup>301</sup> en tanto en cuanto ésta es integrante del poder público. La validez presunta del acto, también llamada legitimidad, se fundamenta precisamente en que emana de una autoridad pública igualmente legítima<sup>302</sup>. Precisamente el carácter de Administración Pública exige, tal y como indica el artículo 103 de la Constitución, que ésta sirva con objetividad los intereses generales y actúa con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Esta satisfacción de los intereses generales y la eficacia que preside el actuar administrativo<sup>303</sup> son también fundamentos de la presunción de validez de los actos administrativos<sup>304</sup>.
  
- b) Ahora bien, coincidiendo con el profesor REBOLLO PUIG, además de un privilegio del poder público, desde el punto de vista del administrado la presunción de validez es una garantía y una exigencia para el orden y

---

<sup>301</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* pp. 139 y 140, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 95, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho... op. cit.* p. 735.

<sup>302</sup> Hablan en idénticos términos sobre la presunción de validez y la presunción de legitimidad GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 558, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* p. 140, y este mismo autor en (1972) *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos...*, cit. p. 409.

<sup>303</sup> Vid. CANO CAMPOS, T., (2017), “¿Por qué se presume la validez de los actos administrativos?” en *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Vol. 1 (coords. MÍGUEZ MACHO, L. & ALMEIDA CERREDA, M.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, p. 529. Fundamenta la presunción de validez en la seguridad jurídica para la estabilidad de los derechos y obligaciones de los ciudadanos y en el principio de eficacia que preside la actuación administrativa.

<sup>304</sup> Cfr. GUAITA, A., “Eficacia del acto administrativo” en *RAP*, nº 25, 1958, p. 172 y 174. El autor encuentra un fundamento de carácter político a la ejecutividad de los actos administrativos que son “los intereses públicos, piedra cardinal sobre la que se asienta toda la construcción del derecho administrativo”.

la seguridad jurídica<sup>305</sup>. Constituye un límite a la Administración que, en principio, no puede desconocer ni apartarse de los actos que dicta sin el oportuno procedimiento. Es una idea que se extiende no solo al ordenamiento jurídico público, sino también privado, donde no se puede entender que los actos no tengan la vocación de ser válidos, producir efectos y perdurar en el tiempo. Parece imposible imaginar una situación en la que la totalidad de los actos jurídicos, públicos o privados, deban ser sometidos a revisión -administrativa o judicial- para confirmar que en efecto pueden tener efectos en la práctica.

- c) Por último, existe un fundamento constitucional -además del puramente legal ya citado más arriba del artículo 39.1 LPACAP donde imperativamente se declara la presunción de validez de los actos- que se recoge en el artículo 103 de la Constitución donde se apunta que la Administración “actúa” con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, *ergo* se desprende también la presunción de validez de sus actos<sup>306</sup>.

Ahora bien, es igualmente trascendente aceptar la presunción de validez de los actos administrativos como diferenciarla de la mal llamada presunción de legalidad<sup>307</sup>. Como ya vimos en un epígrafe anterior a propósito de las categorías

---

<sup>305</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La presunción de...” *op. cit.* p. 637.

<sup>306</sup> Cfr. LAFUENTE BENACHES, M., (1991), *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, p. 38 o BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., “Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo” en *RAP*, nº 135, 1994, p. 48.

<sup>307</sup> No es extraño, por desgracia, encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresiones como “presunción de legalidad de los actos administrativos”. A modo de ejemplo la STS de 8 de septiembre de 2011, FD 6, (rec. 5943/2008), determinó que “todo acto administrativo, expresión jurídica por antonomasia del ejercicio de las facultades administrativas, cualquiera que sea el órgano o Administración que lo dicte, goza de la presunción de legalidad que le atribuye específicamente el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 – hoy artículo 39.1 LPACAP- y que, en todo caso, exige una valoración por parte del órgano jurisdiccional llamado a controlar su legalidad en orden a si dicha presunción ha sido eficazmente desvirtuada”. En ningún caso el artículo 39.1 establece una presunción de legalidad, sino una presunción de validez. Se trata de una confusión terminológica, pues validez y legalidad son conceptos distintos. Desgraciadamente no es una confusión aislada, sino que puede observarse en varias sentencias, por ejemplo, STS de 1 de julio de 2013, FD 6, (rec. 2350/2011), STS de 22 de marzo de 2013, FD 3, (rec. 2446/2010) o STS 28 de mayo de 2012, FD 5, (rec. 3126/2009), entre muchas otras. También en la doctrina es utilizada la expresión “presunción de legalidad”, erróneamente a nuestro juicio, aunque los efectos de utilizar una u otra expresión son los mismos, vid. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., (2018), “Presunciones legales, disposiciones supletorias y verdades interinas. La presunción de validez de los actos administrativos” en *Estudios de*

que entran en juego en la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, la validez y la legalidad son dos conceptos diferentes. Todo acto inválido es ilegal pero no todo acto ilegal es inválido. La ilegalidad no es otra cosa que el desajuste entre la norma y el acto, ahora bien, de este desajuste puede surgir la invalidez del acto o no. La ilegalidad es un factor, no el único, para determinar si un acto es o no inválido<sup>308</sup>. La calificación de un acto como inválido, además de una constatación de su ilegalidad, requerirá analizarlo conforme a otros principios jurídicos como el de proporcionalidad, seguridad jurídica o prevalencia del interés general sobre el particular, entre otros.

Como se ha explicado más arriba, una prueba evidente en el derecho administrativo de la diferencia entre la invalidez y la ilegalidad la constituye la existencia de las irregularidades no invalidantes<sup>309</sup>. La presunción de validez del acto administrativo cumple además una función restrictiva de cara a la posibilidad de declarar la invalidez de los actos<sup>310</sup>. No todos los actos contrarios a la ley van a ser sancionados con la invalidez, ya sea nulidad de pleno derecho o anulabilidad, sino sólo aquellos que revistan una especial gravedad. El legislador, con base en los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, entiende que determinadas vulneraciones de la ley no tienen trascendencia práctica y no deben tener fuerza invalidante pues generaría un

---

*Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Tomo II* (coords. VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. & DESCALZO GONZÁLEZ, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1293 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 557.

<sup>308</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "La presunción de..." *op. cit.* p. 596, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 64.

<sup>309</sup> Sobre las irregularidades no invalidantes recogidas en los artículos 48.2 y 48.3 LPACAP, vid. nota 62.

<sup>310</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 117 y 118. Con la expresión "el legislador reconoce la existencia de infracciones o irregularidades carentes en absoluto de trascendencia" el autor deduce del principio de presunción de validez del acto el fundamento de la existencia de estas vulneraciones a la ley sin consecuencias invalidantes. El autor además de fundamentar las irregularidades no invalidantes en la presunción de validez de los actos administrativos, entiende que también en esta presunción se fundamentan la incomunicación de la invalidez de los actos viciados a los posteriores independientes, la incomunicación de la invalidez de una parte del acto respecto de las restantes que sean independientes de aquélla, la posibilidad de conversión de actos nulos que tengan elementos de otro distinto o la posibilidad de convalidación de actos anulables mediante la subsanación de sus vicios (artículos 49 a 52 LPACAP).

perjuicio mayor invalidar el acto que no hacerlo, por ejemplo, un acto administrativo dictado fuera de plazo, salvo que el plazo tenga carácter esencial.

Analizada e interpretada la presunción de validez del acto administrativo, así como sus consecuencias en el sistema jurídico administrativo, continuamos tratando de encontrar las peculiaridades que puede presentar la teoría de la invalidez de los actos en el derecho público. Si ya vimos que la afirmación de la nulidad de pleno derecho como regla general en derecho privado y excepción en derecho público era ficticia, conviene preguntarnos si esta presunción de validez del acto administrativo puede conformar una diferencia entre el acto jurídico-público y el jurídico-privado y, en consecuencia, entre la invalidez en derecho privado y en derecho público.

En prácticamente ningún caso podemos afirmar que los actos jurídico-privados gocen también de la autotutela declarativa. El fundamento de ésta es que la Administración, autora de los actos jurídico-públicos, forma parte del poder público y es precisamente esa situación de superioridad frente al particular la que justifica la prerrogativa o el privilegio de la autotutela declarativa o ejecutividad de sus actos.

Sin embargo, aunque los particulares no gocen de autotutela declarativa, consideramos que existen motivos suficientes en la legislación civil<sup>311</sup> y en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>312</sup> para afirmar que de

---

<sup>311</sup> El Código Civil da buena muestra en varios artículos en materia de contratos. Valgan como ejemplo el artículo 1254 CC “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”, el artículo 1258 CC “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*” y el artículo 1277 CC “*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*”. De todos ellos se deduce una presunción de legitimidad o validez de los contratos que desplegarán sus efectos en la medida que no sean impugnados ante una autoridad judicial.

<sup>312</sup> Es ilustrativa, por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 1979, CDO 3, (ES:TS:1979:53), en la que podemos encontrar que “*todo negocio jurídico que aparezca debidamente formalizado lleva ínsito en la expresión del consentimiento un principio de prueba sobre su realidad y obligatoriedad, simplemente establece que <un vínculo de derecho contractual, cualesquiera que sean los vicios de su inicial formación, debe respetarse y estimarse válido hasta que se resuelva por los Tribunales su nulidad, máxime cuando se está en presencia de un acto real y existente, no simulado>*”.

los actos privados también cabe presumirse su validez<sup>313</sup>. El fundamento no sería el del privilegio de la Administración como poder público, sino que sería la propia idiosincrasia del acto jurídico que nace, única y exclusivamente, para tener efectos. Por razones de economía y de seguridad jurídica sería inviable un sistema legal que obligara a que una autoridad pública homologue todos y cada uno de los actos jurídicos para que puedan ser éstos llevados a la práctica<sup>314</sup>.

En contra de esta idea, el profesor REBOLLO PUIG entiende que no cabe hablar de presunción de validez de los actos privados por el mero hecho de que el particular no puede por sí mismo declarar la invalidez y tiene que acudir a una autoridad judicial<sup>315</sup>. A nuestro juicio, esta realidad es consecuencia directa de la ausencia de autotutela de los particulares, pero no de la no presunción de validez de sus actos. No solo en esto radica la diferencia, sino también en que el particular podrá negarse a cumplir un contrato de compraventa nulo sin tener que declarar su invalidez ni acudir al juez, mientras que la Administración no puede negarse sin motivo a pagar el precio de un contrato que considere nulo.

Entendemos que el fundamento de la confusión entre presunción de validez y autotutela declarativa radica en considerar que la nulidad opera *ipso iure* y sin necesidad de declaración judicial en derecho privado, mientras que, en derecho público, por la presunción de validez de los actos, éstos desplegarán efectos mientras no se haya declarado su nulidad. No podemos compartir esta idea puesto que la categoría de la nulidad -con todas sus características y consecuencias- se configura y opera de forma muy similar en derecho privado y en derecho público. La eficacia *ipso iure* de la nulidad de pleno derecho no es real en la práctica: hasta que no sea declarada, los actos desplegarán sus efectos.

---

<sup>313</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, J., (1995), *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, p. 115.

<sup>314</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 73. El autor defiende la presunción de validez de los actos privados “*presumiéndose que son válidos los contratos, los testamentos o los actos dictados por las organizaciones privadas, pues no hay, en principio, razón alguna para dudar de su legitimidad*”.

<sup>315</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “La presunción de...” *op. cit.* p. 635.

En definitiva, no entendemos que la presunción de validez de los actos jurídicos sea el factor diferencial entre la invalidez en el derecho privado y la invalidez en el derecho público, pues, como hemos razonado, la presunción de validez es predicable de todo acto jurídico -público y privado-. La autotutela de la Administración Pública es un fundamento de la presunción de validez de los actos administrativos, pero no es el único. Existe otro, que es compartido por los actos jurídico-públicos y jurídico-privados y que se deduce de la propia lógica del ordenamiento jurídico. Todo acto jurídico que emane de una persona física o jurídica, privada o pública, está encaminado a producir una consecuencia jurídica y desplegará efectos<sup>316</sup> mientras una autoridad no declare lo contrario. Entender el derecho de forma inversa nos llevaría a un verdadero caos en la práctica ya que todas las autoridades públicas deberían pronunciarse sobre la validez o invalidez de los actos jurídicos antes de que puedan desplegar sus efectos. La presunción de validez del acto jurídico es una premisa absolutamente necesaria para el normal desarrollo de un Estado de Derecho.

### **3) Los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva como verdaderos factores diferenciales de la teoría de la invalidez en derecho privado y en derecho público**

Como hemos analizado en el apartado anterior, la autotutela declarativa es una característica propia de la actuación de la Administración Pública y no de los particulares; ahora bien, esto no impide que los actos jurídicos privados gocen también de cierta presunción de validez. Sin embargo, los privilegios de la Administración no se detienen en la autotutela declarativa, sino que van más allá con la autotutela ejecutiva de la Administración<sup>317</sup>. Esto supone, sin lugar a

---

<sup>316</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 164 y 165. El profesor expone esta misma idea con expresiones del tipo "*inercia jurídica, de la fuerza intrínseca de los hechos*", "*vocación de eternidad de los actos*", "*tendencia innata del Derecho hacia la paz jurídica*".

<sup>317</sup> Sobre el concepto de autotutela ejecutiva de la Administración, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 560

dudas, una diferencia sustancial entre los actos jurídico-públicos y los privados que, presumiéndose válidos, prácticamente nunca van a gozar de autotutela declarativa, ni mucho menos ejecutiva<sup>318</sup>.

Centrándonos ahora en la autotutela ejecutiva de la Administración, ha habido entre la doctrina mucha confusión terminológica que trataremos de aclarar sin entrar en demasiado detalle puesto que no es este el objeto principal del trabajo. Además, pese al desconcierto conceptual, es el legislador quien nos determina el alcance de la citada autotutela ejecutiva en el artículo 99 LPACAP que establece que *“las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial”*.

Como sinónimos de la autotutela ejecutiva de la Administración a la que alude el artículo 99 aparecen entre la doctrina expresiones como “ejecutoriedad de los actos administrativos”<sup>319</sup>, “acción de oficio”, “privilegio de decisión ejecutoria” o “ejecución forzosa”. Sin entrar en discusiones que pueden resultar estériles en

---

y 561, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho... op. cit.* pp. 740 a 742, PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* pp. 75 a 79, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (2019), *Derecho Administrativo... op. cit.* pp. 365 a 369, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* pp. 151 y 152, GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de... op. cit.* pp. 597 y 598, GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* pp. 1033 a 1038, VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho... op. cit.* p. 170, GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* pp. 723 y 724, SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 562.

<sup>318</sup> A modo de curiosidad, hacemos referencia en este punto a los supuestos aislados de autotutela privada reconocido en el artículo 592 del Código Civil, por el cual, en relación con las distancias entre construcciones y plantaciones determina que *“...si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad”*. Otro ejemplo sería el del artículo 612 del Código Civil relativo al derecho a perseguir y recuperar la posesión de un enjambre de abejas.

<sup>319</sup> Es interesante la puntualización de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 120, quien considera que el uso del término “ejecutividad” es desaconsejable y perturbador pues el término “ejecutoriedad” es mucho más expresivo “porque el uso acumulativo de estos de estos significados tiende a confundir los conceptos de eficacia y ejecutoriedad, que aluden a fenómenos totalmente diversos, como es notorio: una cosa es la imposición de un deber jurídico de cumplimiento –eficacia-, y otra muy distinta la posibilidad de llevar a la realidad este deber cuando el destinatario del acto opone resistencia, activa o pasiva –ejecutoriedad-”.

este momento<sup>320</sup>, todas las expresiones están aludiendo a la capacidad que tiene la Administración Pública para llevar a la práctica el contenido de sus actos aún contra la voluntad de sus destinatarios si éstos no cumplieren voluntariamente, pudiendo llegar incluso a hacer uso de la fuerza<sup>321</sup>. Lo más destacable de esta potestad de autotutela ejecutiva es la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar sus actos por sí misma<sup>322</sup>, sin necesidad de acudir al auxilio judicial, situación absolutamente impensable en los actos privados. En efecto, los actos privados también son ejecutorios, pero no podrán ejecutarlos por sí mismos, sino mediante la fuerza de un tercero, pues los particulares no tienen autotutela ejecutiva.

Del análisis comparado de dos de los más importantes privilegios de la Administración Pública -autotutela declarativa y autotutela ejecutiva- entendemos que la autotutela ejecutiva supone un paso más en la posibilidad de la Administración de dotar de eficacia a sus actos. En efecto, la autotutela declarativa, también llamada ejecutividad, es un privilegio de la Administración por el cual sus actos generan derechos y obligaciones en sus destinatarios desde el momento en que se dictan o, dicho de otro modo, la potestad de crear, modificar y extinguir unilateralmente situaciones jurídicas. La autotutela ejecutiva supone ir más allá, es decir, permite exigir, incluso coactivamente mediante actuaciones materiales, esos efectos jurídicos generados por el acto administrativo si el destinatario no cumple sus obligaciones voluntariamente<sup>323</sup>.

Realizaremos una puntualización en este aspecto. Así como la ejecutividad se predica de todos los actos administrativos, la ejecutoriedad sólo tiene sentido en los actos de gravamen que impongan obligaciones cuyo contenido pueda ser

---

<sup>320</sup> Sobre las confusiones terminológicas puede consultarse BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>. (1993), *Estudios sobre el acto...* op. cit. pp. 495 a 503, BARCELONA LLOP, J., (1995), *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución...* op. cit. pp. 42 y ss., GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* op. cit. p. 1034.

<sup>321</sup> Cfr. LAFUENTE BENACHES, M., (1991), *La ejecución forzosa...* op.cit. p. 31.

<sup>322</sup> Cfr. CASSAGNE, J. C., (2019), *El acto administrativo...* op. cit. p. 299.

<sup>323</sup> Sobre la diferencia entre ejecutividad y ejecutoriedad, Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>. (1993), *Estudios sobre el acto...* op. cit. p. 515.

incumplido por sus destinatarios<sup>324</sup> y que estén eximidos de autorización judicial<sup>325</sup> como, por ejemplo, la entrada en un domicilio. Existen un grupo de actos administrativos que no necesitan del privilegio de ejecución forzosa puesto que por sí solos producen el resultado perseguido, no requieren de una actuación material de su destinatario para su ejecución<sup>326</sup>.

Por consiguiente, la autotutela declarativa es el presupuesto de la ejecución forzosa de los actos administrativos<sup>327</sup>. No tendría sentido ejecutar forzosamente un acto administrativo si no se presume su validez.

Definida la autotutela ejecutiva de la Administración, merece la pena ahora detenerse en su fundamento<sup>328</sup>, pues nos dará la clave para terminar de convencernos de que ésta es la principal diferencia -junto con la autotutela declarativa- entre los actos de origen público y los de origen privado<sup>329</sup>. Intentaremos fundamentarla desde un doble punto de vista:

- Desde un punto de vista subjetivo el fundamento del privilegio de autotutela ejecutiva reside exclusivamente en la especial condición del

---

<sup>324</sup> En este sentido, Cfr. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* p. 723 o MENÉNDEZ P., (2019), "La invalidez de los actos administrativos", en *Lecciones de Derecho Administrativo* (dirs. MENÉNDEZ P. & EZQUERRA, A.), Ed. 1ª, Civitas, Cizur Menor, p. 339.

<sup>325</sup> Cfr. GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de... op. cit.* p. 600.

<sup>326</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida... op. cit.* pp. 177 y 178. El autor realiza una diferenciación interesante entre "actos autosuficientes" y "actos legitimación". Los primeros carecen del privilegio de autotutela ejecutiva puesto que no la necesitan, y cita como ejemplo la nacionalización de una persona o la inscripción en un registro inmobiliario. Los segundos, sin embargo, necesitan de una actuación de su destinatario -voluntaria- o subsidiariamente de la Administración -ejecución forzosa- para poder cumplir el objetivo del acto administrativo. Valga como ejemplo de los segundos el pago de una sanción, se requiere el pago efectivo de la misma para que el acto administrativo se vea satisfecho. Si no paga voluntariamente el sujeto sancionado, será la Administración la que pueda hacer valer esa ejecución forzosa mediante, por ejemplo, el apremio sobre el patrimonio del sancionado.

<sup>327</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 252.

<sup>328</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. Mª., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 518, parte de un triple fundamento que se ha ido manejando por la doctrina: el primero de ellos es la presunción de legitimidad de los actos -esta opción la descartamos puesto que la presunción de legitimidad de los actos no es fundamento sino presupuesto de la ejecutoriedad-, el segundo fundamento que ha manejado la doctrina es el concepto de poder público como ente responsable de velar por los intereses públicos y el tercer fundamento tiene que ver con la necesidad de llevar a efecto rápidamente la voluntad administrativa, se trata de una concreción en el fondo del fundamento segundo.

<sup>329</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 73.

sujeto autor de los actos administrativos, es decir, el actuar de la Administración como manifestación del poder público<sup>330</sup>.

- Ahora bien, no podemos quedarnos sólo con el fundamento de la especial posición que ocupa en el ordenamiento jurídico la Administración Pública, sino que tenemos que justificar cuál es el motivo de esa posición superior de la Administración frente a los particulares. Al igual que con la autotutela declarativa creo que es oportuno en este punto volver al artículo 103 de la Constitución según el cual “*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. Es precisamente esa función de la Administración la que fundamenta sus privilegios<sup>331</sup>.

El Tribunal Constitucional afina todavía más y fundamenta este privilegio de autotutela concretamente en el principio de eficacia<sup>332</sup> mencionado en el citado artículo 103<sup>333</sup>. Por lo tanto, desde un punto de vista objetivo, es esta previsión constitucional de actuar eficazmente en aras del interés público la que justifica que el ordenamiento jurídico privilegie los actos administrativos y les dote de ejecutividad y ejecutoriedad. En definitiva, se está privilegiando la

---

<sup>330</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 94.

<sup>331</sup> Concretamente, LAFUENTE BENACHES, M., (1991), *La ejecución forzosa... op.cit.* p. 33, considera que la ejecución forzosa es “una consecuencia de la necesaria imperatividad del acto administrativo, dictado por la Administración para dar satisfacción a los intereses generales que demandan su realización”.

<sup>332</sup> Sobre el principio de eficacia de la actuación administrativa, vid. PAREJO ALFONSO, L., (1995), *Eficacia y Administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, *in totum*.

<sup>333</sup> STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, (rec. 486/1997), “Reiteradamente hemos declarado que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E.”. En el mismo sentido, STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4, (rec. 2416/1990) o ATC 48/2004, de 12 de febrero, FJ 2, (rec. 7037/2002).

consecución del interés público<sup>334</sup> de forma eficaz como labor principal de la Administración Pública frente al interés individual que pueden perseguir los particulares mediante actos jurídico-privados. No podemos olvidar que esta ejecutoriedad no es definitiva puesto que la actuación administrativa, aunque privilegiada, puede ser objeto de revisión jurisdiccional<sup>335</sup>.

Es precisamente este privilegio el que permite distinguir los actos de particulares de los actos administrativos pues, como afirmó el profesor GUAITA, *“los particulares no pueden ejecutar sus propias decisiones cuando sean controvertidas -habrá que estarse a lo que el juez resuelva- no sólo por la inseguridad y el peligro para la tranquilidad y el orden público que ello supondría, sino también y precisamente porque el acto de un particular, discutido por otro, en modo alguno cabe reputarlo como legítimo ni más legítimo que el de su*

---

<sup>334</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, J., (1995), *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución... op. cit.* p. 111. En relación con el fundamento de la ejecutoriedad considera fundamental *“la posición institucional del sujeto a quien se le atribuyen”* -la Administración- y prosigue razonando la justificación objetiva *“si la Administración no tuviera a su cargo la defensa y consecución del interés público como misión prioritaria no haría falta que el ordenamiento le habilitara para dictar actos con eficacia jurídica distinta a la de otros sujetos de derecho, no haría falta que el ordenamiento la configurara institucionalmente de forma diferente a los privados”*. En esta misma línea, GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de... op. cit.* p. 598, entiende que esa satisfacción del interés general no se puede ver ni condicionada ni demorada por carecer la Administración de medios para imponer su voluntad.

<sup>335</sup> También el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en esta idea considerando, entre otras, en la anteriormente citada STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, (rec. 486/1997), que *“la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la C.E., pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ahora bien, del art. 106.1 de la Constitución se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el art. 117.3 atribuye a éstos no sólo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante éstos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión. Por lo que se refiere a la ejecutividad o suspensión de los actos, ya en la STC 66/1984 se declaró que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”*. En esta misma línea, cfr. ATC 930/1988, de 20 de julio, FJ 2, (rec. 279/1988) o STC 78/1988, de 20 de mayo, FJ 3, (rec. 2698/1996).

*contradictor, y si ni siquiera puede presumirse que tal acto es legítimo, tampoco puede ser ejecutivo o eficaz*<sup>336</sup>.

Esta trascendental diferencia entre los actos administrativos y los actos jurídico-privados va a tener sus consecuencias en la adaptación de la teoría de la invalidez de origen privatista al derecho público. Como hemos podido comprobar, el acto administrativo y el acto jurídico privado no tienen diferencias en su concepción como actos jurídicos, la diferencia entre ambos se fundamenta en la diferente posición jurídica de sus autores, la Administración Pública en los actos administrativos y los particulares en los actos jurídico-privados.

Hasta tal punto es importante establecer la diferencia entre el acto administrativo y el acto privado en la autotutela de la Administración, que es precisamente ésta -y, especialmente la autotutela declarativa- la que fundamenta la revisión de oficio de los actos administrativos<sup>337</sup>, figura absolutamente exclusiva del derecho administrativo. De esta revisión de oficio, dirigida exclusivamente a los actos nulos de pleno derecho, como hemos visto en el epígrafe anterior, es de donde surgen las principales diferencias procedimentales entre nulidad y anulabilidad. Precisamente por ello, como ya estudiamos en el epígrafe anterior, mientras que en derecho privado las diferencias procesales entre nulidad y anulabilidad se reducen a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en el derecho administrativo, además de la imprescriptibilidad, existe la revisión de oficio por parte de la Administración de sus propios actos -que además constituye una tercera vía de revisión de actos nulos para el administrado- y, adicionalmente, un régimen privilegiado de suspensión de la ejecución del acto nulo impugnado. Por este motivo, en derecho administrativo se aprecian algunas diferencias más entre el régimen de nulidad y el de anulabilidad.

---

<sup>336</sup> Vid. GUAITA, A., "Eficacia del acto..." *op. cit.* p. 173.

<sup>337</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 211.

## V.- RECAPITULACIÓN

- La teoría de la invalidez de los actos jurídicos es común a toda la ciencia del Derecho. Tiene su origen en el Derecho Romano y nació en el ámbito del derecho privado. Una mala recepción del mismo durante la Baja Edad Media ha creado un sistema de invalidez con dos categorías antagónicas, nulidad de pleno derecho y anulabilidad, que no responde a la realidad ni a una correcta técnica jurídica.

Ahora bien, siendo la invalidez una institución común a la ciencia del Derecho, los matices entre la teoría de la invalidez de los actos jurídico-públicos o jurídico-privados traen causa en la diferente posición jurídica del autor del acto -Administración Pública o persona jurídico-privada respectivamente-.

- Es necesario, para tratar de desmontar los mitos de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, definir y aclarar los conceptos que en ella se usan, en ocasiones, sin el rigor que exige la materia. De este modo, fundamentalmente hay que hablar de la invalidez como concepto teórico, originario e inmutable y de la eficacia como concepto empírico e independiente de la invalidez. Ambos conceptos entran en relación sólo si una autoridad administrativa o judicial competente declara -anulación- esa invalidez y se pronuncia sobre los efectos producidos por el acto inválido. Especial trascendencia tiene la eficacia en derecho administrativo donde, por exigencia del legislador, el acto se presume válido y produce efectos jurídicos desde que se dicta.
- La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad se sitúan en este esquema como grados de invalidez con técnicas procedimentales diferentes al servicio de la expulsión del mundo jurídico del acto inválido. En lo que respecta a la elección entre una y otra, la nulidad se reserva para los ataques al ordenamiento jurídico tasados por el

legislador que constituyan una amenaza al orden público. En otras palabras, actos que ataquen los principios y bases fundamentales del sistema jurídico, siempre que sean de una gravedad notoria, que afecten al interés general sobre el particular y que excedan de la esfera de disponibilidad del individuo. Este factor delimitador de las técnicas es un concepto jurídico indeterminado que deja al legislador en cada momento el poder de decisión; sin embargo, no puede ser de otra manera, pues las necesidades sociales y jurídicas están en continua evolución y el concepto jurídico indeterminado permite que los agentes jurídicos puedan realizar una interpretación actual según las necesidades de cada momento. Esta diferencia de grado entre las causas de nulidad y anulabilidad marca las diferencias procedimentales entre ambas técnicas, todas ellas dirigidas a crear un sistema ventajoso para favorecer la expulsión de los actos nulos de pleno derecho del mundo jurídico.

- Pese a que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es similar para toda la ciencia del Derecho, las características esenciales del derecho administrativo pueden hacer variar su "*modus operandi*". Desde el punto de vista procedimental, en derecho privado la diferencia fundamental entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad es la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente a la acción de anulabilidad. En derecho administrativo, además de la citada imprescriptibilidad de la acción de nulidad, existe la institución de la revisión de oficio, que permite a la Administración apreciar de oficio los vicios de nulidad de pleno derecho, y ofrece al particular, a mayores de los recursos administrativos y judiciales, una vía más para hacer valer un vicio de nulidad, además de un régimen privilegiado para obtener la suspensión de la ejecución del acto nulo impugnado.
- El acto jurídico-privado y el acto administrativo, eje central de la teoría de la invalidez del acto jurídico, tienen un régimen jurídico diferenciado, pero no tanto como *a priori* puede parecer.

Consideramos que la diferencia radica en la “*potestas*” de la propia Administración como poder del Estado y en su obligación constitucional de servir a los intereses generales tal y como indica el artículo 103 de la Constitución. Esto coloca a la autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración como el gran factor diferencial entre el acto jurídico-privado y el acto administrativo. La presunción de validez no puede cumplir ese papel diferenciador puesto que, si bien en el derecho privado no aparece tan explícita como en derecho administrativo, en la práctica es innegable su existencia.

- En definitiva, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos pone de manifiesto la sempiterna problemática entre la legalidad y la seguridad jurídica. En este pulso hemos de tener en cuenta que la seguridad jurídica también forma parte de la legalidad. La nulidad de pleno derecho se configura como la técnica procesal que prioriza la legalidad sobre la seguridad jurídica, mientras que la anulabilidad opera en sentido contrario. Ahora bien, debemos advertir que el Derecho no son matemáticas, y la aplicación de una u otra técnica exige la ponderación de principios y el análisis del caso concreto. Precisamente por ello, encontrar el equilibrio entre ambos conceptos representados en sendas técnicas se presenta como un reto apasionante que no me resisto a abordar en las siguientes páginas.



## **CAPÍTULO DOS: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON EL CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **I.- INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DE LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO Y EL CONSECUENTE AUMENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD REFERIDAS AL CONTENIDO DE LOS ACTOS**

Analizada la teoría general de la invalidez de los actos administrativos podemos concluir que existen dos grados de invalidez: nulidad de pleno derecho y anulabilidad. Habiendo también aclarado –en la medida de lo posible- las diferencias teóricas y dogmáticas de ambas categorías, el objetivo que nos proponemos a partir de ahora en nuestro trabajo es el de delimitar la verdadera frontera en la práctica entre los actos nulos y los anulables. Para ello, y puesto que tal frontera no responde a criterios objetivos ni fáciles de identificar, partiremos de la clasificación que realiza el legislador<sup>338</sup> en los artículos 47.1 y 48 LPACAP<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> En derecho administrativo es el legislador quien decide si una infracción del ordenamiento jurídico tiene la suficiente gravedad como para atentar o no contra el orden público. Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 183.

<sup>339</sup> “Entre la nulidad y anulabilidad del acto administrativo no existen límites conceptuales, en el sentido de que pueda establecerse teóricamente y en términos generales las consecuencias y el tipo de irregularidad que cada una implica necesariamente. La diferencia es de grado y se basa en puntos de vista de oportunidad. Por eso también las consideraciones de política jurídica pueden influir sobre la distinción entre actos administrativos nulos y anulables”. Vid. FORSTHOFF, E., (1958), *Tratado de Derecho...* *op. cit.* p. 314. En el ámbito español, GARCÍA LUENGO, J.,

Partiendo de los siete motivos tasados de nulidad que enumera el artículo 47.1 LPACAP, trataremos de estudiar exhaustivamente cada uno de ellos a lo largo de los próximos tres Capítulos respondiendo a la siguiente sistemática: en el presente Capítulo examinaremos las causas de nulidad relativas al contenido del acto administrativo, mientras que el Capítulo III lo dedicaremos a las ajenas al contenido del acto –es decir, competencia y procedimiento-. Por último, y aunque el objeto de este trabajo no sea el estudio de las causas de nulidad reconocidas sólo en la legislación sectorial, dedicaremos un Capítulo IV a analizar todos aquellos actos que pudieran ser calificados como nulos de pleno derecho sin encajar en ningún supuesto tasado en el artículo 47.1 LPACAP.

Para tratar de justificar el fundamento de esta división –causas de nulidad que afectan al contenido de los actos y causas de nulidad ajenas al contenido del acto<sup>340</sup>- y, al margen de las razones puramente sistemáticas y organizativas, comenzaremos por aclarar qué debe entenderse por contenido de un acto administrativo.

Para ello, partimos de la archiconocida definición de acto de ZANOBINI, quien lo entendió como “*cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa*”<sup>341</sup>. Este concepto de acto, mayoritariamente aceptado por la doctrina moderna, es el que sirve de base a una clasificación tripartita de los elementos necesarios para poder considerar un acto administrativo como válido:

---

(2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 162, considera que las causas de nulidad de pleno derecho reconocidas en la Ley de Procedimiento de 1958 responden al “seno de un Estado autoritario como, en aquel momento, era el español”.

<sup>340</sup> “Todos los defectos imaginables de los actos administrativos se pueden agrupar en dos categorías, ya que aquéllos necesariamente radicarán o en el procedimiento de su origen o en el contenido mismo (o también, naturalmente, en las dos cosas). De esta distinción general hemos de partir”. Vid. FORSTHOFF, E., (1958), *Tratado de Derecho... op. cit.* p. 318.

<sup>341</sup> Cfr. ZANOBINI, G., (1947), *Corso di diritto amministrativo*, Volume Primo, Ed. 5ª, Giuffrè, Milán, p. 187.

- Elementos subjetivos: se exige que el acto administrativo provenga de un sujeto de la Administración Pública, concretamente del órgano de ésta que tenga atribuida la competencia y, además, que los titulares del órgano competente ostenten la investidura legítima.
- Elementos formales: dentro de éstos quedan encuadrados tanto el procedimiento como la forma en sentido estricto.
- Elementos objetivos: fundamentalmente se incluye, con matices según los distintos autores, el contenido<sup>342</sup> y el objeto del acto propiamente dicho<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> Interesante reflexión en este punto realiza GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 594, diferenciando precisamente el acto administrativo del negocio jurídico privado. En efecto, precisamente por imperativo del artículo 34.2 LPACAP –“el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”-, no permite que entre en juego la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del acto administrativo, el cual estará vinculado positivamente a la ley. Aun en el acto de carácter discrecional, no podemos afirmar que entre en juego la autonomía de la voluntad puesto que, por un lado, existirán necesariamente elementos reglados y, además, la Administración estará en todo caso cumpliendo un deber de actuación legal y no actuará con ninguna libertad o autonomía. Esta idea es matizada por BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 81, quien defiende que ni en todos los actos o negocios jurídicos privados opera totalmente la autonomía de la voluntad, ni en todos los actos administrativos la ausencia de ella refiriéndose a los actos discrecionales.

En este sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011, p. 23. “Los Poderes públicos, las personas jurídico-públicas no existen sino para llevar a cabo lo que se dispone en su creación y regulación jurídica. Carecen de libertad y están vinculados, por tanto, en todo su actuar, de manera positiva, intrínseca y conformadora, al ordenamiento jurídico a ellos específicamente referido”. Consideramos, de acuerdo con lo anterior, que la Administración no podrá determinar el contenido de sus actos conforme a la autonomía de la voluntad, ni en gran ni en menor medida, puesto que la Administración nunca actúa con libertad, sino que se debe al cumplimiento del ordenamiento jurídico, al que está sujeta plenamente. La existencia de potestades discrecionales otorgará un margen de apreciación a la Administración para un mejor cumplimiento de los fines especificados en la ley, pero en ningún caso para que libremente determine la mejor solución de acuerdo a una autonomía de la voluntad de la que carece.

<sup>343</sup> Comparte esta clasificación tripartita la mayoría de la doctrina, entre la que destacamos, entre otros, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 114, PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2<sup>a</sup>, Marcial Pons, Madrid, p. 240, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* pp. 116 a 130, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 595 a 613, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho... op. cit.* pp. 882 a 889 o SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo... op. cit.* pp. 544 a 551.

En principio, el contenido de un acto administrativo coincide con la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que en él se contiene<sup>344</sup>. El contenido de un acto constituye, en definitiva, su elemento objetivo o material, en contraposición al elemento formal o subjetivo. En otras palabras, podemos afirmar que las condiciones materiales de validez del acto administrativo están íntimamente relacionadas con la adecuación entre el contenido del acto y el ordenamiento jurídico<sup>345</sup>.

Pues bien, a fin de justificar la estructura de nuestro trabajo, resulta interesante identificar cuáles han sido los elementos del acto administrativo a los que se refieren los supuestos de nulidad que el legislador ha ido configurando a lo largo de las distintas leyes de procedimiento administrativo.

El artículo 47 de la LPA de 1958 sancionó con la nulidad de pleno derecho los actos administrativos “*dictados por órgano manifiestamente incompetente*”, “*aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito*” y “*los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”.

Como se puede deducir de una primera lectura, la Ley de Procedimiento de 1958 –fuertemente influenciada por la doctrina francesa de los vicios de orden público<sup>346</sup>- otorga una posición destacada dentro de los vicios de nulidad a la

---

<sup>344</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* pp. 227 y 228, quien define el contenido del acto administrativo desde un punto de vista estricto como la declaración que contiene. Y, desde un punto de vista amplio - muy útil a efectos prácticos-, el contenido del acto constituye el “fondo del asunto”. En parecidos términos, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 138, considera que el contenido del acto administrativo se identifica con el “qué”, con lo que el acto manda, autoriza, dice o constata. En definitiva, el contenido equivale a la declaración que el acto contiene. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 602.

Apartándose en parte de esta identificación completa entre la declaración y el contenido del acto, BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 80, entiende que el contenido se identifica con “los efectos jurídicos (derechos y obligaciones) producidos por la declaración” que contiene el acto administrativo.

<sup>345</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 87.

<sup>346</sup> Sobre esta doctrina realiza un análisis pormenorizado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 21 a 33. Brevemente, la doctrina de los vicios de orden público o de prioridad de pronunciamientos exigía a los jueces apreciar, incluso de oficio, en

competencia y al procedimiento, elementos subjetivo y formal del acto respectivamente. En consecuencia, deja en un segundo plano en este momento al contenido del acto contrario al ordenamiento jurídico que, salvo los supuestos extremos de contenido imposible o acto constitutivo de delito, va a constituir un vicio de mera anulabilidad.

No tardaron en llegar las críticas a esta regulación de la nulidad de pleno derecho; especialmente acertada es la del profesor T. R. FERNÁNDEZ, quien consideró que el artículo 47 de la Ley de Procedimiento “*pone fácilmente de manifiesto la falta de cobertura legal aparente de una serie de supuestos cuya gravedad y trascendencia es en todo caso semejante a la de los previstos expresamente*”<sup>347</sup>. En efecto, si la nulidad de pleno derecho representa las vulneraciones más graves del ordenamiento jurídico hasta el punto de afectar al orden público, no existía motivo alguno para reducir éstas a los defectos graves de procedimiento y de competencia. Este error del legislador se suplía en la práctica realizando una interpretación absolutamente forzada y extensiva del concepto “incompetencia” que no hacía más que poner en evidencia la necesidad de reconstruir la teoría de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo<sup>348</sup>.

La excesiva influencia de la doctrina francesa de los vicios de orden público en el legislador de 1958 provoca una paradoja difícilmente comprensible en relación con el vicio formal o procedimental. Atendiendo al carácter instrumental del procedimiento administrativo, se produce una “*hipervaloración del vicio de*

---

primer lugar las cuestiones relativas a vicios de competencia y procedimiento por tratarse de cuestiones de “orden público” que daban lugar a la nulidad de actuaciones sin necesidad de entrar a valorar la corrección del contenido material del acto administrativo.

<sup>347</sup> *Íbidem*, p. 248.

<sup>348</sup> La inexistencia de causas de nulidad de pleno derecho relativas al contenido de los actos no impedía, basándose en interpretaciones erróneas del concepto “incompetencia”, considerar nulos por este motivo los actos dictados por existir “una prohibición normativa expresa, una apropiación o un aprovechamiento de la organización en beneficio exclusivo de un particular o una actuación puramente gratuita por carecer de soporte fáctico mínimo que pueda justificarla”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 252 y 253. En el mismo sentido, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 106 y 107, considera que “esta hipertrofia de la noción de incompetencia no parece razonable en un sistema administrativo maduro”.

*forma o procedimiento*<sup>349</sup> reconociéndolo como motivo de nulidad cuando la tendencia del ordenamiento jurídico-administrativo –incluso de la propia Ley de Procedimiento de 1958- es disminuir su capacidad invalidante a meros vicios de anulabilidad o, en la mayoría de los casos, a irregularidades no invalidantes<sup>350</sup>.

En definitiva, ante la marginación que la Ley de Procedimiento de 1958 realiza a las más graves infracciones materiales del ordenamiento jurídico<sup>351</sup>, el legislador se hace eco de las críticas doctrinales en relación a los actos nulos de pleno derecho y en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 –modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y que se mantiene con idéntica redacción en el artículo 47.1 de la vigente Ley 39/2015 PACAP - reconoce como actos nulos de pleno derecho:

*“a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Los que tengan un contenido imposible.*

*d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) 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.*

---

<sup>349</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 432.

<sup>350</sup> Critica fuertemente la inclusión de los vicios de forma como vicios de orden público FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 246, entendiendo que “no hay otros vicios de orden público que los de nulidad absoluta, puesto que los defectos formales no pueden alcanzar nunca dicho carácter dada la instrumentalidad de las formas que institucionalmente les es propia y su subordinación esencial a la decisión del fondo”.

<sup>351</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 162.

f) *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.*

g) *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.*

Es evidente que los nuevos supuestos de actos nulos reconocidos en las letras a) y f) están referidos íntegramente al contenido de los actos administrativos en contraposición a la competencia o procedimiento. Se produce, en definitiva, un aumento considerable de los supuestos de nulidad relativos al “fondo del asunto”<sup>352</sup>.

En conclusión, lo que ha venido a dejar claro el legislador con esta nueva redacción de los supuestos de actos nulos de pleno derecho es que no hay motivo para reducir las más graves afecciones al orden público a los vicios de competencia y procedimiento<sup>353</sup>. Más bien al contrario, las infracciones de verdadero orden público son aquellas que afectan, principalmente, al contenido de los actos<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Incluso la letra g) relativa a otros supuestos que expresamente se establezcan en una disposición con rango de ley ha sido utilizada en la mayoría de los casos por el legislador de los distintos sectores para añadir supuestos de actos nulos también relativos al contenido de los actos. Por ejemplo, el artículo 55 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, considera “nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística”. Lo mismo ocurre en el artículo 9.1 de la Ley 22/1988, de Costas que considera que “no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49.2”, y en su apartado segundo establece que “serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior”. Por último, entre otros, traemos a colación el artículo 104.3 LJCA que declara la nulidad de “los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”.

<sup>353</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 185, quien denunciaba una “falta de apoyo de la teoría de las nulidades en la realidad”.

<sup>354</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 438, quien identifica las infracciones de fondo con las de “auténtico orden público” frente a las estrictamente procedimentales o de incompetencia.

Por todo ello, dedicaremos este segundo Capítulo al análisis de estas causas de nulidad relacionadas con el contenido de los actos (actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tengan un contenido imposible, que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta y 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).

Por su parte, el Capítulo III estará dedicado a los motivos “históricos” de nulidad de pleno derecho –incompetencia manifiesta y ausencia total y absoluta de procedimiento o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados- donde abordaremos si realmente tiene sentido su mantenimiento como causas de nulidad autónomas o si su instrumentalidad obliga a valorar las infracciones de competencia o de procedimiento cuando realmente afecten al contenido de los actos.

En definitiva, y antes de pasar al análisis individualizado de las causas tasadas de nulidad de pleno derecho, traemos de nuevo a colación palabras del profesor T. R. FERNÁNDEZ, quien puso de manifiesto que *“la dificultad de una determinación apriorística de los supuestos de nulidad absoluta que (...) debe hacerse en función de su gravedad y trascendencia con arreglo a la intensidad del conflicto, a la situación valorativa y al estado de intereses que el acto está llamado a realizar”*. Siendo plenamente conscientes de esto, y del peligro que supone *“el inevitable esquematismo de las fórmulas legales y la posibilidad de que, en cualquier caso, puedan quedar fuera supuestos de gravedad semejantes a los que, eventualmente, se tipifiquen”*<sup>355</sup>, abordamos a partir de ahora el análisis de los supuestos de nulidad para intentar obtener conclusiones generales y poder determinar, en la medida lo posible, dónde se halla la frontera entre nulidad y anulabilidad.

---

<sup>355</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Orden Público y Nulidad de Pleno Derecho”, en *RAP*, nº 59, 1969, p. 84.

## II.- ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE LESIONEN DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO CONSTITUCIONAL

### 1) Disposiciones generales: un supuesto de nulidad de carácter material y valorativo

Tras un breve recorrido por el derecho comparado, nos damos cuenta de que el primer ordenamiento que declara, no la nulidad, sino la inexistencia (sanción más grave al fin y al cabo) de los actos administrativos que violen derechos y libertades fundamentales es el ordenamiento francés a inicios del siglo XX<sup>356</sup>.

El legislador español consideró necesario calificar como nulos de pleno derecho los actos administrativos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional a partir de la ya derogada Ley 30/92 RJAPPAC. El fundamento evidente de la inclusión de esta causa de nulidad del acto administrativo fue la aprobación de la Constitución Española (en adelante, CE) catorce años antes. Esta decisión del legislador estuvo fuertemente influenciada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA quien, tras el análisis de dos sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981 y de 30 de junio de 1982, consideró que por la importancia que los derechos fundamentales deben tener en un Estado de Derecho, su vulneración por un acto administrativo debería ser motivo de la nulidad de pleno derecho como técnica procesal más privilegiada a la hora de expulsar un acto y sus consecuencias del ordenamiento jurídico<sup>357</sup>.

La aprobación de la Constitución como Norma Suprema del sistema jurídico español afectó a todos los ámbitos del derecho, y el derecho administrativo no

---

<sup>356</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, p. 67 y GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 70.

<sup>357</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 679.

podía ser menos. No podemos obviar que, aunque el legislador tardara en incorporar definitivamente esta causa a nuestro sistema de *numerus clausus* de actos nulos de pleno derecho, el propio legislador, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina de los años ochenta ya clamaban contra la necesidad de incluir esta causa entre las que determinan la nulidad del acto administrativo<sup>358</sup>.

En el plano legislativo, desde la aprobación de la Constitución en 1978 hasta la inclusión del supuesto al que nos referimos en 1992, la idea de considerar la violación de los derechos fundamentales como causa de nulidad de pleno derecho era fuente de debate constante. Ya se contenía en el artículo 7 de la Proposición de Ley Orgánica de Libertades Públicas y Amparo Judicial que presentó el partido político Unión de Centro Democrático (UCD) en 1980, según el cual *“toda disposición, reglamento o acto administrativo que impida o menoscabe el lícito ejercicio en los términos establecidos en el presente estatuto, de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, serán nulos de pleno derecho”*<sup>359</sup>. Un año después, en 1981, el proyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo tuvo la intención de añadir una causa de nulidad para los actos administrativos que *“vulneren o denieguen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*<sup>360</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional entendía que *“los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica ...» -Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio, fundamento jurídico 5-. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones*

---

<sup>358</sup> Sobre la inclusión de esta causa para reforzar la protección de los derechos fundamentales, cfr. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p.108.

<sup>359</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 18 (a), de 23 de diciembre de 1980, p. 5.

<sup>360</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 226 (I), de 26 de octubre de 1981, p. 1741. Sobre este particular, cfr. MORENO FUENTES, R., “La nulidad de los actos administrativos por la lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” en REDA, nº 105, 2000, p. 121, nota 3.

*jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales...*<sup>361</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo solicitaba una reacción al legislador en este mismo sentido al afirmar que *“Las causas que en nuestro Derecho generan la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo tienen carácter tasado pero la lista del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige , en lo que ahora importa, una adición para aquellos supuestos en los que el acto administrativo implica una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución: la eficacia directa de dicha Norma Suprema así lo exige”*<sup>362</sup>.

Por último, y de forma aún más tajante, el Consejo de Estado afirmó que *“es indudable que los actos administrativos que vulneren la Constitución y, en particular, atenten contra los derechos fundamentales, no pueden merecer otra sanción que la nulidad de pleno derecho, incluso sin que ésta venga explicitada en las normas correspondientes reguladoras del régimen jurídico administrativo, como acontece con el mencionado artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo”*<sup>363</sup>.

No faltaron otras interpretaciones, incluso del propio Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 1985, con la que no podemos sino manifestar nuestra disconformidad por la absoluta confusión que entraña entre el derecho privado y el derecho público: *“Que como los actos y disposiciones vulneradores de los preceptos constitucionales son radicalmente nulos de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil) sin aparecer de ninguna norma la posibilidad de existencia de*

---

<sup>361</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, (rec. 167/1984).

<sup>362</sup> STS de 26 de abril de 1989, (FD 1, (ES:TS:1989:14051).

<sup>363</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 31 de julio de 1985. El propio Consejo de Estado en su Dictamen de 31 de octubre de 1991 sobre el anteproyecto de ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, valoraba positivamente la inclusión de este supuesto dentro de las causas de nulidad de pleno derecho: *“El párrafo a) incluye, entre las causas de nulidad de pleno derecho, la que consiste en la lesión del contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, lo que es considerado positivo por este Consejo, que adelantó ya esa posición en varios casos de aplicación de la técnica de la revisión de oficio”*.

*un efecto distinto para la contravención constitucional, es evidente que conforme a la doctrina jurídica imperante en todos los campos del Derecho, esa nulidad de pleno derecho, radical, está excluida de convalidación o sanación y por tanto de obligada sanción «ex officio»*<sup>364</sup>.

Creemos equivocada la expresión “todos los actos y disposiciones vulneradores de los preceptos constitucionales son radicalmente nulos de pleno derecho”. Esto equivaldría generalizar excesivamente la nulidad de pleno derecho como categoría invalidante en derecho administrativo, cosa inadmisibles atendiendo al artículo 48 de la vigente Ley 39/2015 PACAP, que establece la anulabilidad como regla general para el acto que infrinja el ordenamiento jurídico.

La inclusión de esta causa de nulidad supuso “desvirtuar” la categoría de la nulidad -técnica procedimental vinculada históricamente a infracciones de carácter procesal (incompetencia, ausencia de procedimiento...)- al reconocer que una infracción de carácter material podría conllevar a partir de ese momento la nulidad de pleno derecho<sup>365</sup>. Si bien en otros motivos de nulidad que también tienen un marcado carácter material asumimos que el legislador haya podido excederse en la utilización de esta categoría -que requiere una interpretación restrictiva y excepcional-, en el caso de la lesión a derechos fundamentales consideramos que está plenamente justificada su inclusión -por motivos de oportunidad más que de legalidad- por la importancia capital de éstos para el sistema jurídico<sup>366</sup>.

En contra de la inclusión de esta causa de nulidad<sup>367</sup> se pronunció el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, quien consideró que la gravedad que supone la

---

<sup>364</sup> STS de 2 de julio de 1985, CDO 10, (Ar. 3944, Ponente: M. Malpica Glez-Elípe).

<sup>365</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 274. También hace hincapié en que se trata de un vicio de nulidad por razón del contenido GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* op. cit. p. 463.

<sup>366</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “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: Revista de Derecho Administrativo*, nº 44, 2009, p. 17.

<sup>367</sup> En la tramitación de la Ley de 1992 se planteó la Enmienda nº 481 del Congreso de los Diputados del grupo parlamentario Popular a la Ley 30/1992 RJAPPAC que propuso, sin éxito, la supresión completa de la causa de nulidad recogida en la letra a) relativa a la lesión al

vulneración de un derecho fundamental no tiene por qué vincularse automáticamente con la nulidad de pleno derecho. Por razón de esa gravedad deberá producirse una reacción inmediata del perjudicado contra el acto por medio de los recursos legalmente previstos. Y sino se produjese se entenderá consentida la lesión, que no renunciado el derecho fundamental pues son ideas diferentes. En definitiva, considera el citado profesor que incluir este supuesto de nulidad no aporta nada para la consecución de una mejor protección de los derechos fundamentales<sup>368</sup>.

Pese a que el razonamiento es correcto, no podemos compartir la idea de que la inclusión de esta causa de nulidad de pleno derecho no es plausible. Consideramos que está plenamente justificada la integración de la lesión de los derechos fundamentales dentro de las causas de nulidad de pleno derecho por un triple motivo:

- Por el papel que desempeñan los derechos y libertades fundamentales en Estado de Derecho. Consideramos que constituyen la bóveda del sistema constitucional, y es precisamente este carácter básico y principal el que hace necesario proteger el sistema de derechos y libertades fundamentales con las máximas garantías<sup>369</sup>. Una de ellas es, sin duda alguna, reaccionar a su vulneración con la respuesta más grave de la que dispone el ordenamiento jurídico administrativo: la nulidad de pleno derecho.

---

contenido esencial de derechos fundamentales por "indefinición y falta de concreción". Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 154.

<sup>368</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Modificaciones del régimen jurídico del acto administrativo con la Ley 4/1999", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 279, 1999, p. 18. También en contra de la inclusión de este motivo de nulidad, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, p. 1199.

<sup>369</sup> En este sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F. & GONZÁLEZ RIVAS, J. J., (1999), *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, p. 344 o VV.AA., (1993), *Comentario a la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común: (exégesis y valoración de su incidencia para la Administración de la Comunidad Autónoma)*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, p. 244.

- Porque si la nulidad como técnica procedimental está relacionada con los conceptos de gravedad y orden público, pocas lesiones o vulneraciones se pueden imaginar más graves y dignas de protección que los bienes jurídicos integrados en los derechos fundamentales.

Pese a que las comparaciones son odiosas, no podemos evitar mencionar al profesor JORDANO FRAGA quien, de forma muy gráfica, entiende que es más importante el respeto a los derechos fundamentales que a las normas que regulan la formación de voluntad de los órganos colegiados<sup>370</sup>.

También el profesor SANTAMARÍA PASTOR reconoce que *“las cuestiones de orden público constituyen una minoría frente a las que no lo son, aunque el ámbito de esta categoría es mucho más amplio en el derecho público, en tanto el actuar administrativo incide con mayor frecuencia en la esfera de los derechos y libertades individuales, que ha de ser considerada toda ella, sin excepción, como de orden público”*<sup>371</sup>.

- Por último, porque especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, ante un acto administrativo vulnerador de los mismos no debemos detenernos sólo en la figura del destinatario directo del mismo, sino también en el conjunto de terceros que pueden ver afectados sus derechos e intereses legítimos. Desde el punto de vista del destinatario se puede entender injustificado ampliar los plazos del recurso pues ante una vulneración de derechos fundamentales lo lógico es reaccionar con celeridad. Ahora bien, desde la posición del tercero interesado, éste puede no tener la posibilidad de conocimiento real e inmediata del contenido del acto y, precisamente por esto, es necesario proteger sus derechos fundamentales mediante un régimen procesal privilegiado para

---

<sup>370</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los... op. cit.* p. 194.

<sup>371</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 273 y 274.

la salvaguarda de los mismos, en definitiva, mediante el aumento de plazos que conlleva la técnica de la nulidad de pleno derecho<sup>372</sup>.

Parece coherente que, si el artículo 10 CE considera los derechos y libertades fundamentales la base del orden político y la paz social y los artículos 53 CE y 81 CE establecen las máximas garantías para la protección y el desarrollo de estos derechos y libertades, los actos administrativos que lesionen éstos debían ser expulsados del mundo jurídico mediante la técnica de la nulidad, que ofrece más facilidades procesales que la anulabilidad<sup>373</sup>.

En definitiva, la introducción de esta causa de nulidad en la Ley se debió a la necesidad de reacción del propio ordenamiento jurídico contra los actos administrativos vulneradores de sus principios superiores, dotados de efectividad inmediata y preferencia frente a todos los poderes públicos<sup>374</sup>. Para ello se optó por la técnica procedimental que mayores facilidades presenta para expulsar actos administrativos y eliminar sus efectos<sup>375</sup>. En ello incidía el Tribunal Supremo cuando consideró que la nulidad era la consecuencia necesaria de tales vulneraciones, dada la eficacia directa de la Constitución, puesto que los derechos fundamentales constituyen “*la esencia misma del régimen constitucional*” y tienen un “*sentido nuclearmente esencial en un Estado de*

---

<sup>372</sup> Considera un acierto la inclusión de este motivo de nulidad, entre otras cosas, por la importancia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico que justifica la imprescriptibilidad de la acción de nulidad GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. pp. 174 y 175. Ahora bien, pese a estar de acuerdo en la conclusión del acierto del legislador en incluir esta causa de nulidad, no lo estamos en el motivo principal que alude a la “ineficacia ab initio” del acto que lesiona derechos fundamentales. Consideramos, como analizamos en el Capítulo I, que la eficacia se encuentra en un plano diferente al de la validez, por lo que pese a que el acto nazca inválido es inevitable que produzca efectos mientras no haya una resolución administrativa o judicial que declare lo contrario.

<sup>373</sup> En este sentido, sobre la conexión entre fundamento del artículo 10 de la Constitución y la causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos vulneradores de los derechos fundamentales, vid. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... op. cit. p. 195, ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), “De las disposiciones...” op. cit. p. 266.

<sup>374</sup> STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 1, (rec. 189/1981), STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3, (rec. 36/1982), o STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, (rec. 167/1984).

<sup>375</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” op. cit. p. 1936. El autor define los derechos fundamentales como “elementos constitucionales imprescriptibles”, y por medio de la nulidad de pleno derecho se impide que un acto vulnerador de derechos fundamentales pueda ganar firmeza o inatacabilidad absoluta.

*Derecho*<sup>376</sup>. Por el contrario, frente a lo necesario de la inclusión de esta causa de nulidad, ofrece no pocas dificultades de apreciación puesto que estamos ante el supuesto de nulidad que más espacio deja a la valoración e interpretación, como veremos en las páginas siguientes.

## **2) Evolución y delimitación del supuesto: tendencia expansiva**

### **a) Supresión de la expresión “contenido esencial”: ampliación del contenido susceptible de protección**

A pesar del gran número de recursos que se presentan ante los tribunales con el objetivo de conseguir una declaración de nulidad basada en el supuesto que ahora analizamos, la estadística jurisprudencial demuestra que éstos son reacios a conceder la nulidad de pleno derecho a un acto por el motivo reflejado en el art. 47.1.a).

Esta tendencia se invierte en el caso del legislador básico<sup>377</sup>, que si en la Ley 30/92 antes citada consideraba nulos de pleno derecho los actos administrativos que *“lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*, en la reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero, se elimina la referencia al contenido esencial<sup>378</sup> para establecer la nulidad de pleno derecho de los actos que *“lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo*

---

<sup>376</sup> STS de 26 de junio de 1992, FD 3, (rec. 97/1991).

<sup>377</sup> No faltaron voces en ese sentido en la tramitación de la ley de 1992, por ejemplo, la Enmienda nº 17 del Congreso de los Diputados del Partido Nacionalista Vasco a la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común propuso, aunque sin éxito en aquel momento, la supresión de la expresión “contenido esencial” argumentando que no tenía sentido escindir el contenido esencial del resto del contenido de los derechos fundamentales a efectos de defensa de derechos fundamentales. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 49.

<sup>378</sup> Sobre la naturaleza y el alcance del concepto “contenido esencial” en un momento inicial de la jurisprudencia constitucional, vid. PAREJO ALFONSO, L., (1981), “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, nº 3, 1981, pp. 174 y ss.

*constitucional*”, redacción que se mantiene hasta la actualidad. La ampliación es evidente: se pasa de proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales a proteger todo su contenido, esencial y no esencial<sup>379</sup>.

Esta tendencia expansiva trae causa en la dificultad de entender por qué la lesión al contenido esencial de un derecho fundamental tiene consecuencias diferentes a la lesión del contenido no esencial si, al fin y al cabo, todo integra el derecho fundamental y todo el derecho fundamental es, según el artículo 10 CE, fundamento del orden político y la paz social<sup>380</sup>.

Entendemos que pudo confundir al legislador el tenor literal del artículo 53.1 CE que alude a la reserva de ley para la regulación del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuyo fundamento jurídico es diferente al de la consecuencia jurídica que debe producir su vulneración. Que el artículo 53 CE dictamine que la regulación del contenido esencial de los derechos fundamentales esté respaldada por una mayoría parlamentaria y discutida democráticamente, no significa que la lesión a un derecho fundamental tenga consecuencias diferentes en función de si afecta a su contenido esencial o no. La protección a los derechos fundamentales ha de ser total y máxima, independientemente de que se vulnere una norma con rango de ley que regula su contenido esencial o se vulnere un reglamento que regule contenido no esencial, el derecho fundamental habrá sido igualmente vulnerado. Los derechos fundamentales a efectos de su protección deben ser entendidos como un todo inseparable<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Cfr. SÁEZ HIDALGO, I. & ÁLVAREZ-QUIÑONES SANZ, A., (1999), *La reforma del procedimiento administrativo (comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*, Junta de Castilla y León, Asesoría Jurídica General, Valladolid, p. 67 y LLISSET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. & LÓPEZ PELLICER, J. A., (2000), *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local*, 2ª Ed, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, p. 338.

<sup>380</sup> Cfr. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M<sup>a</sup>., (1999), *Comentarios a la reforma de la Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra, p. 110. En este caso se interpreta que la redacción originaria, pese a contener la innecesaria expresión “contenido esencial”, no podía interpretarse de otro modo que no fuera cualquier supuesto de violación o perturbación de un derecho fundamental con trascendencia suficiente para imposibilitar o dificultar su ejercicio.

<sup>381</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Modificaciones del régimen...” *op. cit.* p. 17.

Además de lo dicho en el párrafo anterior, resulta de gran dificultad discriminar en cada derecho qué compone su contenido esencial y qué no<sup>382</sup>. Parece imposible, y así lo demuestran los múltiples intentos que ha habido en este sentido, determinar el contenido esencial de un derecho sin acudir a fórmulas abstractas<sup>383</sup> que plantean más dudas que certezas<sup>384</sup> y sin acudir a cada caso concreto. Esto no hace sino crear mayor inseguridad jurídica<sup>385</sup> y ser una fuente de conflictos continua. Muchas veces es necesario, pero en esta ocasión, al proteger el derecho fundamental en su totalidad se matan dos pájaros de un tiro: por un lado, se evitan conflictos interminables sobre la concreción de un concepto jurídico indeterminado como es el “contenido esencial”<sup>386</sup> y, por otro lado, se da la máxima protección al derecho fundamental en su totalidad.

Otro argumento en favor de esta tendencia expansiva del supuesto del artículo 47.1.a) está relacionado con la idea de coherencia dentro de nuestro sistema jurídico-constitucional de protección de los derechos fundamentales. El constituyente atribuyó la condición de derechos fundamentales a los derechos

---

<sup>382</sup> Fue común en la doctrina la crítica al legislador por la delimitación de la nulidad a los actos que afecten al “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Por un lado, por la dificultad que supone delimitar el contenido esencial y por otro lado por la escasa lógica de no proteger el supuesto “contenido no esencial”, concluyendo que fue un error de técnica legislativa restringir la nulidad a los actos que lesionen sólo el contenido esencial. 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* (coord. TORNOS MAS, J.), Bosch, Barcelona, p. 257 y GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Ed. 2ª, Civitas, Madrid, p. 183.

<sup>383</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, de 22 de enero de 1998, relativo al anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual informa positivamente de la supresión de la expresión “contenido esencial” pues la nueva formulación es “notoriamente más correcta y precisa”.

<sup>384</sup> Sobre la inseguridad jurídica que genera la expresión “contenido esencial”, cfr. LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 503.

<sup>385</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “Modificaciones del régimen...” *op. cit.* p. 19. Pese a que el autor manifiesta su disconformidad con la inclusión de esta causa de nulidad de pleno derecho, sin embargo, sí considera afortunado por parte del legislador la eliminación del concepto de “contenido esencial” pues “desaparece con ello el elemento de incertidumbre que representaba”. En el mismo sentido, cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 196 y 198.

<sup>386</sup> Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de los actos” en *Documentación Administrativa*, nº 254-255, 1999, p. 218.

comprendidos entre el artículo 14 y el 29 de la Constitución, más el derecho de objeción de conciencia, y otorgó la máxima protección a los mismos mediante la posibilidad de acudir en vía de amparo ante una posible violación de éstos. Cuando el constituyente prevé la vía del amparo constitucional en ningún momento se plantea que sea solo por violaciones a su contenido esencial. Por ello, tampoco tiene sentido restringir al contenido esencial la sanción de nulidad como consecuencia de su lesión<sup>387</sup>.

Como veremos más adelante, la piedra angular en la determinación de si existe o no lesión es el principio de proporcionalidad. Destacamos en este sentido la afirmación del Tribunal Constitucional de que *“el órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo”*<sup>388</sup>.

Por lo tanto, será la lesión desproporcionada e injustificada -sin apoyo suficiente en ningún otro bien jurídico constitucionalmente protegido- la que

---

<sup>387</sup> Buena parte de esta tendencia expansiva la tiene, sin duda alguna, JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los... op. cit.* pp. 84 a 105, que basa su crítica a la restricción de la nulidad al “contenido esencial” en dos ideas fundamentales: desde el punto de vista sustantivo, la expresión “contenido esencial” es indeterminada y fuente de inseguridad jurídica a la hora de saber qué lesión de un derecho fundamental puede afectar a su contenido esencial y cual no; y desde el punto de vista procesal, también denunció la incoherencia legislativa que suponía limitar la nulidad administrativa al contenido esencial del derecho mientras que el ámbito de aplicación del recurso de amparo está previsto para la protección de su totalidad, esencial y no esencial. Eran difícilmente compatibles el art. 62.1.a) de la Ley 30/92, con la LOTC y la jurisprudencia del TC. Enfatiza aún más la crítica a la referencia al contenido esencial del artículo 62.1.a) aludiendo al absurdo que representa que la violación del contenido esencial determine la nulidad de pleno derecho y la violación al contenido no esencial determine solo su anulabilidad. Parece que la vulneración de un derecho fundamental, dada su importancia capital en el sistema jurídico, se produce o no se produce, independientemente que afecte a su contenido esencial o a facultades no esenciales. Considera también que el límite al legislador que configura el artículo 53 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales también opera para la Administración y, por ello, el acto administrativo que lesione derechos fundamentales debe ser nulo independientemente de que la lesión afecte a su contenido esencial o no.

<sup>388</sup> STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3, (rec. 2826/2004).

determine la nulidad del acto administrativo y no el hecho de que la lesión afecte al contenido esencial o no del derecho fundamental.

A mayor abundamiento, existe un motivo más por el cual el legislador acertadamente suprimió la restricción que suponía la expresión “contenido esencial” y no es otro que la conexión directa que existe entre derechos fundamentales y el concepto de orden público y gravedad -ideas inherentes a la nulidad de pleno derecho-. Precisamente el artículo 10 CE alude a los derechos fundamentales como fundamento del orden político y la paz social<sup>389</sup>. Entendemos que este artículo justifica suficientemente la sanción de nulidad de pleno derecho para todo acto administrativo que lesione uno de estos derechos. No podría entenderse un conjunto tasado de supuestos de nulidad de pleno derecho que excluyese la lesión a los derechos fundamentales, en la medida en que resulta complicado pensar en un motivo con más carga de orden público y más grave que la vulneración de lo que la propia CE califica como “fundamento del orden político y la paz social”.

#### **b) Determinación de los derechos susceptibles de protección vía artículo 47.1.a)**

La tendencia expansiva que se ha producido con la evolución del precepto en cuanto al ámbito de protección de los derechos fundamentales no se ha producido, sin embargo, en relación con los derechos que protege: única y exclusivamente los susceptibles de amparo constitucional – arts. 14 a 29 CE, incluida la objeción de conciencia-<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Sobre la posición de primacía que ostentan los derechos fundamentales y, en consecuencia, la necesidad de protección de los mismos mediante la técnica de la nulidad de pleno derecho, cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), Acto y procedimiento... *op. cit.* p. 213.

<sup>390</sup> Cfr. BOTO ÁLVAREZ, A., “Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 96, 2013, p. 21, nota 5.

Dentro del elenco de los Derechos Fundamentales que recoge nuestra Constitución, y aunque el motivo de nulidad proteja a todos ellos, es evidente que existen derechos fundamentales donde

Merece la pena plantearse por qué el legislador se ciñó a este grupo de derechos y no amplió su afección al resto de los consagrados en el Título I de la Constitución. Consideramos que el fundamento de esta decisión gira en torno a dos ideas fundamentales:

- El ambiente de excepcionalidad e interpretación restrictiva que sobrevuela siempre el estudio de la nulidad de pleno derecho no debe permitir la entrada de otros derechos fundamentales no susceptibles de amparo en el ámbito de aplicación del artículo 47.1.a) LPACAP. Lo contrario sería abrir la puerta a la posibilidad de que cualquier lesión de derechos pudiera reconducirse a la nulidad por medio de esta causa. Entendemos que los derechos fundamentales susceptibles de amparo tienen el respaldo histórico y filosófico suficiente como para considerarlos, sin miedo a equivocarnos, los grandes derechos humanos positivados susceptibles de la más alta protección.
- Por motivos de cohesión y coherencia del ordenamiento jurídico global debemos entender que si el constituyente creó mecanismos especiales de protección y defensa de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 al 29 CE (preferencia, sumariedad y amparo), deben ser éstos, y no otros, a los que el legislador otorgue un régimen especial de protección en todas las ramas del derecho. Por ello, el ordenamiento jurídico administrativo considera nulos de pleno derecho los actos que lesionen este tipo de derechos y libertades fundamentales. Sin olvidar que la lesión del resto de derechos del Capítulo II de la Constitución no

---

la actividad de las Administraciones Públicas será casi inexistente o muy esporádica (por ejemplo, el derecho a la vida) y otros donde la actividad administrativa se proyecta con mayor regularidad (por ejemplo, el derecho a la igualdad y la no discriminación o el derecho a acceder a cargos públicos). En este segundo grupo de derechos es donde la operatividad de esta causa de nulidad será mayor. En este sentido, cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J. & BUITRÓN RAMÍREZ, G., (2007), "Abstención y recusación" en *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 262 y 263.

quedaría impune, sino que es sancionable vía anulabilidad ex artículo 48 Ley 39/2015 PACAP.

Aclarada esta cuestión, a continuación, nos disponemos a abordar un último debate doctrinal sobre la inclusión de esta causa de nulidad para, posteriormente, entrar de lleno en el alcance real de lo que debe entenderse en la actualidad por lesión al contenido de un derecho fundamental.

**c) Reflexión acerca de la posible inconstitucionalidad del apartado a) del artículo 47.1 LPACAP**

Como es sabido, el artículo 81 de la Constitución establece una reserva de ley orgánica para las normas que desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas. Ante el tenor literal de este precepto y dado que la Ley 39/2015 PACAP no es una ley orgánica, la pregunta es clara: ¿el artículo 47.1.a) desarrolla derechos fundamentales?

Para poder dar respuesta, consideramos necesario saber qué se entiende por desarrollo de derechos fundamentales. Es numerosísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que alude a esta cuestión y toda ella en una misma dirección: la interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales. Especialmente ilustrativos nos parecen estos dos fragmentos de sentencias:

- En primer lugar, aludiendo a la interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica, el Tribunal Constitucional establece que *“[N]uestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 C. E.), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional, de modo restrictivo y excepcional, en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria. Ello supone que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo, al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una*

*interpretación restrictiva. Ese deslinde, aparte del hecho ya por la Constitución, podrá ser realizado por la propia Ley Orgánica, determinando cuáles son propias de su normativa y cuáles las dejadas a la Ley ordinaria, sin perjuicio de la última y definitiva interpretación de este Tribunal*<sup>391</sup>.

- Igualmente útil para encontrar respuesta a la pregunta que formulamos más arriba nos resulta un voto particular que sostiene que *“lo que el art. 81.1 CE reserva a la Ley Orgánica es el desarrollo de los derechos fundamentales, categoría necesariamente diversa de la regulación de su ejercicio, reservada por el art. 53.1 a la ley ordinaria. Para determinar que ha de entenderse por desarrollo es preciso advertir, en primer término, que, como se ha escrito con acierto, «a pesar de la literalidad del art. 81.1, es obvio que lo que se desarrolla no es el derecho o la libertad, sino la norma que lo reconoce. Lo que el art. 81.1 encomienda a la Ley Orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional, y con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto, que resulta de la mención genérica de las conductas -por ejemplo "reunirse", "expresarse"- las cuales en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto. A esa concreción de la definición genérica y abstracta se refiere básicamente el "desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas"*<sup>392</sup>.

No podemos estar de acuerdo con el profesor JORDANO FRAGA cuando se pregunta si puede imaginarse mayor afección horizontal del desarrollo de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que la determinación de los límites y efectos jurídicos de su lesión<sup>393</sup>. Entendemos que

---

<sup>391</sup> STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2, (rec. 263/1985).

<sup>392</sup> Voto particular a la STC 173/1998, de 23 de julio, punto 3, (rec. 1014/1998).17 de

<sup>393</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los... op. cit.* p. 218.

la alusión a los límites tenía su razón de ser en la referencia del precepto al “contenido esencial”, que actualmente ha desaparecido, y con ello su discusión.

Pero en lo relativo a los efectos jurídicos de su lesión, no podemos compartir que constituya una afección al desarrollo de los derechos fundamentales. El desarrollo al que alude el artículo 81 CE es un desarrollo directo, frontal y central que tiene que ver con determinar el contenido y los límites del derecho -definir qué está comprendido y qué no en cada derecho-, no los efectos de su vulneración. Si la reserva de ley orgánica se entendiese necesaria para cualquier tipo de afección a los derechos y libertades fundamentales, nos encontraríamos con un panorama en que la idea garantista inherente al concepto de ley orgánica -necesidad de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados- perdería su sentido. Siendo los derechos fundamentales una materia tan transversal, debería legislarse vía ley orgánica casi mayoritariamente, dejando la ley ordinaria en un lugar casi residual, lejos de lo que le corresponde como manifestación de la voluntad general<sup>394</sup>.

### **3) Contenido: ¿qué debe entenderse por lesión?**

Una vez delimitado que este supuesto afecta a los actos que lesionen derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, para finalizar el análisis del apartado a) debemos aludir a qué debemos entender por “lesión”.

---

<sup>394</sup> Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 9, (rec. 1601/2003) cuando determina que “[L]levada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que, si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria (F. 21)». Así, por lo que aquí interesa, es claro que nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o «restrictivo» para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva”.

Según la definición del profesor JORDANO FRAGA, “*lesión de un derecho fundamental es en primer término desconocimiento, menoscabo, quebranto o conculcación procesal o material de un derecho fundamental por acción expresa, tácita, presunta, omisión o vía de hecho*”<sup>395</sup>. Consideramos que en el análisis del concepto lesión de derecho fundamental en el ámbito de la nulidad administrativa nos encontramos ante dos situaciones contrapuestas que, sin embargo, debemos cohesionar a la hora de interpretar el artículo 47.1.a). En primer lugar, un concepto de lesión que por el hecho de aludir a derechos fundamentales debe ser un concepto amplio, basado en una interpretación extensiva (*favor libertatis*) para dar la mayor protección posible a los derechos que se consideran base del sistema jurídico. En segundo lugar, una interpretación restrictiva del apartado a) del artículo 47.1 propia del sistema de nulidad en el derecho administrativo presidido siempre, como venimos indicando, por la idea de excepcionalidad.

La modificación del precepto en 1999 por parte del legislador amplió considerablemente los supuestos de aplicación del mismo. Al eliminar la referencia al contenido esencial, se pasó a incluir dentro de los supuestos de nulidad de pleno derecho cualquier lesión, incluidas las que afecten a facultades y derechos accesorios del derecho fundamental. El quebrantamiento del derecho fundamental no es fraccionable. Ahora bien, no toda afección negativa al derecho fundamental debe considerarse lesión; para ello habrá que analizar la entidad o la intensidad de esa afección<sup>396</sup>, y para ello tendrá una importancia nuclear el principio de proporcionalidad<sup>397</sup>.

La doctrina del Tribunal Constitucional acota el concepto de lesión relacionándolo con la actualidad; esto es, se requiere que la lesión exista realmente y no se encuentre en el ámbito de lo posible, sino de lo cierto. En este sentido afirma que “[A]hora bien, como ha señalado este Tribunal de forma

---

<sup>395</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los...* *op. cit.* p. 78.

De un modo más genérico, CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 198, considera que existe lesión a un derecho fundamental cuando el acto administrativo impide el “pleno ejercicio” de los derechos o libertades fundamentales.

<sup>396</sup> En este sentido, cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 198.

<sup>397</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1940.

*reiterada, el recurso de amparo tiene como finalidad reparar las lesiones reales, efectivas e individualizadas de los derechos fundamentales, no prevenir las futuras, eventuales o hipotéticas; no basta, pues, «con el peligro, más o menos probable, sino que es requisito “sine qua non” el resultado dañoso para la libertad o el derecho fundamental»)*<sup>398</sup>.

Para que se produzca lesión constitucional es necesario que el interesado se vea, en efecto, en una situación de indefensión, y para ello es preciso que la indefensión sea material y no meramente formal, lo que implica que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa y, además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

Por su parte, el Consejo de Estado defiende la misma idea de realidad y actualidad de la lesión entendiendo que *“Como en el caso objeto de la consulta se invoca la causa tipificada en el apartado a), del artículo 62.1 citado, importa destacar que, para subsumir en tal precepto una pretendida violación, no basta obviamente con la invocación de tal motivo, sino que ha de darse la concurrencia inequívoca de la violación de un derecho fundamental y que ésta afecte medularmente al contenido del derecho”*<sup>399</sup>.

Parece claro que existe unanimidad en la jurisprudencia sobre la necesidad de que exista efectivamente la lesión. Ahora bien, ¿esto significa que es del todo imposible que si no se ha producido la lesión se pueda declarar la nulidad del acto administrativo? Conviene hacer una matización al respecto. Parece contraproducente tener que esperar a que la lesión se produzca para declarar la nulidad del acto si se sabe a ciencia cierta que ese acto va a producir una lesión a un derecho fundamental. No debemos confundir esta idea con hacer extensiva

---

<sup>398</sup> STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 9, (recs. 4204/1996 y 3042/1997). En este sentido, destacamos también STC 41/2014, de 24 de marzo, FJ 3, (rec. 4915/2010), donde se niega la vulneración del derecho precisamente porque no es real y efectiva: *“no concurre el referido interés legítimo, denunciándose lesiones eventuales o futuras de los derechos fundamentales”*.

<sup>399</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 3221/2000 y 3226/2000, ambos de 26 de octubre, ambos Consideración Tercera.

la declaración de nulidad a todos los actos que puedan conllevar peligro para los derechos fundamentales, sino sólo para aquellos que efectivamente van a provocar la lesión, con certeza, aunque aún no se haya producido<sup>400</sup>. Es necesario que se vaya a producir la lesión con seguridad, pues si no estaríamos poniendo en tela de juicio la exclusividad y la restrictividad de las causas de nulidad de pleno derecho<sup>401</sup>.

#### **4) La importancia del principio de proporcionalidad para determinar la existencia o no de lesión de los derechos fundamentales**

Una vez definido el concepto de lesión real y efectiva, consideramos imprescindible para cerrar este análisis aludir al principio de proporcionalidad que desarrolla un papel esencial para determinar si la actuación de la Administración Pública lesiona o no derechos fundamentales o libertades públicas. La aplicación de este principio, originario del derecho alemán, nos permitirá conocer si el acto administrativo vulnera derechos fundamentales, y si esa vulneración tiene la suficiente intensidad como para derivarse de ella la nulidad de pleno derecho del acto.

La importancia del principio de proporcionalidad ha ido *in crescendo* en los últimos años tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sin embargo, el citado principio no se encuentra expresamente consagrado en nuestra Constitución<sup>402</sup>. Sí se encuentra recogido expresamente este principio en el artículo 5.4 del Tratado de la Unión Europea y en los artículos 8, 9, 10 y 11 del

---

<sup>400</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 180.

<sup>401</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los... op. cit.* p. 229.

<sup>402</sup> Pese a no estar contemplado expresamente en nuestra Constitución, en la legislación administrativa hay múltiples ejemplos de positivización de este principio, fundamentalmente en el derecho sancionador y en adopción de medidas provisionales. Sirvan como ejemplo en la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas los artículos 56.2 respecto a la adopción de medidas provisionales “necesarias y proporcionadas” y el 117.2 que alude a la posibilidad de la suspensión de ejecución de los actos impugnados valorándose de forma “ponderada”.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)<sup>403</sup> integrados en nuestro ordenamiento jurídico vía artículo 10.2 CE.

Por exigencias de orden público, las actuaciones de las Administraciones Públicas<sup>404</sup> que afecten al ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos encontrarán un límite en el principio de proporcionalidad. La importancia de este principio cobra aún más sentido cuando se trata de controlar la actividad administrativa de carácter discrecional. Su función es la de ponderar si la actuación administrativa se encuentra dentro de los límites de los derechos fundamentales de los administrados o si los traspasa y, en ese caso, esa actuación será nula de pleno derecho. El Tribunal Constitucional español, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>405</sup>, considera que un acto que afecte a derechos fundamentales para ser válido debe superar un *“juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”*<sup>406</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional, el juicio de proporcionalidad que determinará si una actuación administrativa supera o no los límites de los derechos fundamentales consiste en *“constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que*

---

<sup>403</sup> El art. 5.4 TUE considera que “[E]n virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Por su parte, el CEDH reconoce indirectamente al consagrar el derecho a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y las libertades de reunión y asociación, estableciendo que estos derechos y libertades “no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás” (vid. artículo 9.2 CEDH).

<sup>404</sup> Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., (1988), *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 102.

<sup>405</sup> *Íbidem*, p. 136.

<sup>406</sup> Entre otras, STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5, (rec. 3537/1999), STC 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, (recs. 6/1995 y 4476/1997), STC 10/2005, de 20 de enero, FJ 5, (rec. 660/2000), STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 3, (rec. 5116/1998), STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 3, (rec. 1687/1988).

*no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*<sup>407</sup>.

Es preciso valorar “escalonadamente”<sup>408</sup> dentro del marco del principio de proporcionalidad, de modo que sólo se podrá avanzar al juicio de necesidad si se ha superado el de idoneidad, y sólo se podrá valorar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto -ponderación- si previamente la actuación del poder público es idónea y necesaria.

El paradigma del principio de proporcionalidad se encuentra en el derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 CE que, dado su carácter transversal, afecta a prácticamente la totalidad de los derechos fundamentales. Resulta ilustrativo traer a colación el Dictamen del Consejo de Estado referente al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, por el análisis del principio de proporcionalidad y por la jurisprudencia que en él se cita del TEDH:

*“Las llamadas medidas de acción positiva y el tratamiento preferencial de grupos infrarrepresentados persiguen un fin constitucionalmente legítimo y, aunque entrañen una desigualdad de trato no implican, por sí mismas, una vulneración del derecho a la igualdad o de la prohibición de discriminación. En ese sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) han*

---

<sup>407</sup> En este sentido, cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons, Madrid, pp. 25 y 26. El autor defiende que el juicio de proporcionalidad no solo está formado por la ponderación -ésta es solo el tercer escalón del principio general de proporcionalidad- y que el reiterado uso de la ponderación trae causa en la concepción de los derechos fundamentales como derechos objetivos constitutivos de un sistema de valores y no solo como derechos subjetivos de los particulares frente al poder público.

<sup>408</sup> Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, nº 135, 1994, pp. 495 a 538. El autor explica con detalle la “teoría de los tres escalones” y la ejemplifica en el marco de la expropiación forzosa y del procedimiento administrativo.

*aceptado de forma expresa las diferencias de trato legislativo, pero han perfilado cuándo son admisibles por no tener carácter discriminatorio. Según la jurisprudencia del TEDH, "una diferencia de trato es discriminatoria a efectos del artículo 14 si "no tiene una justificación objetiva y razonable", esto es, si no persigue un "fin legítimo" o si no existe una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir" (a. e., y entre muchas otras, Sentencia de 12 de enero de 2006, as. Mizzi)<sup>409</sup>.*

Tras este análisis jurisprudencial concluimos que es precisamente este "juicio de proporcionalidad"<sup>410</sup> el que nos va a llevar a determinar si un acto

---

<sup>409</sup> Continúa el Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio, refiriéndose exclusivamente al derecho a la igualdad por razón de sexo del siguiente modo: En el caso de las medidas correctoras o los tratamientos preferenciales, que significan una desigualdad de trato, su compatibilidad con los mandatos del artículo 14 de la Constitución, tanto en relación con la cláusula general de igualdad como con la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación, requiere, en todo caso, una justificación objetiva y razonable, de modo que las consecuencias jurídicas que se deriven de esa diferencia de trato sean proporcionadas a la finalidad perseguida y eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos a los afectados o perjudicados por el tratamiento diferencial. A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 de la Constitución implican, en principio, un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, e imponen como fin, y generalmente como medio, la parificación, de manera que el sexo solo puede ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon más estricto, un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad y demostrar el carácter justificado de la diferenciación por ser un medio necesario para el logro del resultado parificador, lo que se conecta con la finalidad de la medida y la proporcionalidad de los sacrificios al logro de una paridad efectiva difícilmente conseguible de otra manera. Pero, además, para afirmar la legitimidad de las acciones positivas previstas en una ley, ha de exigirse, como en todo trato desigual, una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir" (Sentencias del TEDH de 19 de octubre de 2004, de 13 de febrero de 2003 -Gran Sala-, o de 9 de abril de 2002). La apreciación de esa relación razonable corresponderá, en primer término, al legislador y, en su caso, al Tribunal Constitucional. Pero, además, han de tenerse en cuenta con especial rigor tales exigencias cuando se trata de una diferenciación por razón de sexo, en cuanto circunstancia especialmente vedada por el artículo 14 de la Constitución, lo que obliga a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad la existencia de grupos que objetivamente se encuentren en una situación de desventaja social y la adecuación del instrumento para garantizar una igualdad efectiva"

<sup>410</sup> Al término "juicio de proporcionalidad", en ocasiones la doctrina lo sustituye por expresiones tales como "vulneraciones que revistan la trascendencia suficiente"; en definitiva lo importante es que sea indispensable su aplicación para determinar, en su caso, el restablecimiento o preservación del derecho fundamental para que de que no quede sin contenido o se imposibilite o dificulte su ejercicio, cfr. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M<sup>a</sup>., (1999), *Comentarios a la... op. cit.* p. 110.

administrativo lesiona o no los derechos consagrados en los artículos 14 al 29 CE. El artículo 47.1.a) debe ser, por tanto, interpretado a la luz de este principio de proporcionalidad que analizará el supuesto de hecho concreto, la finalidad de la acción y el contenido de la decisión administrativa<sup>411</sup>.

No existen, desgraciadamente, fórmulas universales para determinar si un acto lesiona o no un derecho fundamental, sino que habrá que decidirlo tras someterlo al juicio de proporcionalidad. Como no podría ser de otra manera, en esta materia tan ligada al orden público como es la relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas, se deberá actuar caso por caso, sin que sean válidas generalizaciones o abstracciones que, lejos de ser útiles, serían muy peligrosas para la efectiva protección de los mismos. Es precisamente el principio de proporcionalidad el tamiz jurídico<sup>412</sup> por el que debemos filtrar el acto administrativo potencialmente infractor de derechos fundamentales para determinar el resultado en cada caso concreto, contextualizándolo con la realidad de cada momento.

---

<sup>411</sup> Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., (1988), *El principio general... op. cit.* p. 28.

<sup>412</sup> Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, (1997), *L'administration et les personnes privées. Principes de droit administratif concernant les relations entre les autorités administratives et les personnes privées. Un manuel*, Editions du Conseil de l'Europe, Allemagne, pp. 16 y 17. El Consejo de Europa tampoco es ajeno a la importancia del principio de proporcionalidad, que reclama una doble exigencia: que se utilicen medios a la medida de los fines perseguidos y que las medidas usadas representen un justo equilibrio entre los intereses públicos y los privados en juego, tratando de evitar una afección inútil a derechos o intereses de personas privadas.

## 5) Análisis de los Derechos Fundamentales en particular

### a) El derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE<sup>413</sup>

Merece un estudio particular el derecho a la igualdad por un doble motivo: la excepcional importancia de la igualdad dentro de los derechos fundamentales como pilar de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>414</sup> y la transversalidad de este derecho que hace difícil imaginarlo de forma aislada en la práctica. La exigencia del derecho de igualdad siempre conecta otros derechos, fundamentales o no. Nos encontramos ante el derecho relacional por excelencia.

---

<sup>413</sup> El legislador tipifica un motivo de nulidad de los actos administrativos en aplicación directa del artículo 14 de la Constitución en el artículo 45.3 de la Ley 14/2007, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que establece que “[S]erán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”. Esta causa de nulidad está integrada en el artículo 45 que lleva por título “prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública”.

<sup>414</sup> El derecho fundamental a la igualdad en el sistema español se ubica sistemáticamente como un preámbulo dentro del capítulo II del Título I “derechos y libertades”, concretamente en el artículo 14 CE, que reza lo siguiente: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Sobre este artículo, cfr. GÁLVEZ MONTES, F. J., (1980), “Artículo 14” en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, F.), Civitas, Madrid, pp. 179 a 186. No es baladí que el derecho a la igualdad presida la declaración de derechos constitucionales como preámbulo a la enumeración de derechos propiamente dicha. El constituyente tuvo a bien ubicarlo de este modo para dejar constancia de la especial trascendencia de este derecho en un sistema social y democrático de derecho.

El CEDH, también en su artículo 14 consagra el principio de igualdad prohibiendo todo tipo de discriminación en el goce de los derechos y libertades que reconoce el propio Convenio: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

Por último, también el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París en 1948 alude del siguiente modo al derecho a la igualdad: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”.

Queda constatada, por tanto, la importancia capital del reconocimiento y efectividad de este derecho a la igualdad.

Podríamos decir que la igualdad es un derecho conector de todo el sistema de derechos fundamentales, pues no es posible imaginar una vulneración al derecho de igualdad en abstracto, normalmente su transversalidad opera en la exigencia del cumplimiento de otros derechos.

El amplísimo contenido del derecho a la igualdad se analiza desde un doble plano: la igualdad en la ley y ante la ley, por un lado, y la exigencia de tratar de modo igual situaciones iguales y de modo diferente situaciones diferentes<sup>415</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció que “*el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso*”<sup>416</sup>. La doctrina del TC posteriormente fue matizando que la posibilidad de diferenciar situaciones debe ajustarse a unas pautas no puede ser arbitraria en ningún caso.

Las matizaciones pueden verse sintetizadas en una relativamente reciente sentencia el Tribunal Constitucional que determina que “*procede recordar que el principio de igualdad «en la ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, luego para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida,*

---

<sup>415</sup> Resulta interesante, en el ámbito del derecho administrativo francés, el análisis realizado en FOURNOUX, L., (2020), *Le principe d'impartialité de l'administration*, LGDJ, París, pp. 91 a 97, donde se relaciona el deber de imparcialidad de la Administración en la aplicación de la ley con el principio de igualdad. La parcialidad en una decisión administrativa –dar un trato diferente a dos situaciones iguales- equivale a una ruptura del derecho de igualdad siendo susceptible el acto administrativo de ser objeto del recurso por exceso de poder.

<sup>416</sup> STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3, (rec. 48/1981).

de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre muchas otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 4; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 7, y 167/2016, FJ 5)<sup>417</sup>.

A partir de este fragmento de sentencia trataremos de aportar las notas necesarias que han de tenerse en cuenta para poder concluir si un acto administrativo es contrario al derecho de igualdad o no:

- En primer lugar, debermos aludir a la máxima que entiende que no hay igualdad en la ilegalidad<sup>418</sup>. Es decir, un acto administrativo ilegal no puede invocarse para pretender un trato igual en una situación posterior, pues esto equivaldría a admitir un derecho a la reiteración de errores.
- Una segunda cuestión a tener en cuenta será la exigencia de que las situaciones que, además de legales, sean comparables<sup>419</sup>, deben ser tratadas de igual manera. Debemos entender que superan el juicio de comparabilidad las situaciones jurídicas que, no siendo absolutamente idénticas, son homogéneas a efectos de servir como término de contraste en la valoración del derecho de igualdad<sup>420</sup>.
- Si ante situaciones comparables existe un trato diferenciado por parte de la Administración Pública, podríamos estar ante una vulneración del

---

<sup>417</sup> STC 196/2016, de 28 de noviembre, FJ 4, (rec. 354/2014).

<sup>418</sup> Es una máxima consolidada en nuestra jurisprudencia. Vid, entre otras, STS de 23 de diciembre de 2011, FD 7, (rec. 900/2010), STS de 26 de noviembre de 2012, FD 6, (rec. 6933/2010) o STS de 14 de enero de 2014, FD 5, (rec. 7178/2010).

<sup>419</sup> En este sentido, cfr. BOTO ÁLVAREZ, A., "Actos administrativos que..." *op. cit.* p. 40, utiliza expresiones para lograr la nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 14 CE como "término de comparación ha de ser sustancialmente igual y comportar además un dato de alteridad, pues lógicamente el alegato de discriminación excluye la comparación con uno mismo" o "casos simétricos".

<sup>420</sup> STS de 23 de noviembre de 2016, FD 6, (rec. 2753/2015) o STS de 20 de julio de 2017, FD 8, (rec. 803/2014).

derecho a la igualdad siempre que esa diferenciación no se base en una justificación objetiva y razonable<sup>421</sup>.

- Por último, y una vez admitidos los criterios objetivos y razonables que permiten un trato diferenciado sin vulnerar el derecho de igualdad, se debe comprobar que ese trato diverso<sup>422</sup> no produzca consecuencias de hecho desproporcionadas<sup>423</sup>. Estas consecuencias deben guardar relación entre los medios empleados y los fines perseguidos.

Es interesante en este punto tratar –aunque sea someramente- la relación existente entre el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el precedente administrativo<sup>424</sup>. El precedente administrativo se define como el contenido de

---

<sup>421</sup> Por ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2013, FD 2, (rec. 849/2011) consideró que nunca puede constituir una justificación objetiva y razonable para tratar de manera diferente situaciones comparables la complejidad de la normativa aplicable al asunto. Concretamente se trataba de dictaminar si existía vulneración del principio de igualdad en la denegación de la pensión de viudedad y orfandad a favor de esposas y huérfanos del personal de la Policía del África Occidental Española que hubiera contado con documento de identidad bilingüe. Hasta 1999 se reconocían estas pensiones con la acreditación del DNI bilingüe del causante y a partir de este año cambió el criterio de la Administración decidiendo que el DNI bilingüe no acreditaba la nacionalidad española. El TS consideró que, pese a la compleja normativa, el cambio de criterio no se ajustaba a criterios objetivos ni razonables.

Con similar razonamiento el Dictamen del Consejo de Estado 837/2012, de 8 de noviembre, en un asunto relativo a la homologación de un título oficial por el Ministerio de Educación consideró que el cambio de criterio del Ministerio en once meses –pasar de no exigir autorización administrativa a exigirla- para conseguir idéntica homologación del mismo título “obedece a una decisión ad nutum del departamento ministerial competente que contradice las exigencias mínimas del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución), cuya observancia en este caso sirve también a la realización efectiva del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución)”.

<sup>422</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F. & GONZÁLEZ RIVAS, J. J., (1999), *Comentarios a la... op. cit.* pp. 348 y 349. En nuestra misma línea, son interesantes las conclusiones que aquí se plantean sobre el derecho a la igualdad concluyendo que “lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada...”.

<sup>423</sup> Es reiterada también en este sentido la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS. Vid. entre otras, STS de 3 de noviembre de 2010, FD 2, (rec. 3535/2009) o STS de 28 de febrero de 2012, FFDD 5 y 6, (rec. 5556/2010), que no considera válida una medida desigual en relación con una situación anterior comparable que “carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación”.

<sup>424</sup> Sobre esta cuestión podemos encontrar un análisis exhaustivo en la monografía de Díez SASTRE, S., (2008), *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, pp. 305 a 372.

las resoluciones adoptadas con anterioridad por un mismo órgano administrativo aplicando las mismas normas ante idénticos supuestos de hecho<sup>425</sup>. En principio, el órgano administrativo está vinculado a su precedente salvo que, por exigencia del artículo 35.1.c) LPACAP<sup>426</sup>, motive suficientemente su separación del mismo. En efecto, la relación entre la vinculación del precedente administrativo y el derecho de igualdad salta a la vista<sup>427</sup>. La motivación que exige la ley al órgano administrativo que desee apartarse de su precedente parece que debe ir orientada a justificar las razones del cambio de criterio ante situaciones jurídicas homogéneas o iguales.

Ahora bien, que exista relación entre el precedente administrativo y el derecho de igualdad no puede llevarnos a concluir que cualquier separación no motivada del precedente administrativo equivale a la nulidad del acto administrativo posterior en aplicación del artículo 47.1.a) LPACAP. En principio, la omisión del deber de motivación –como veremos más adelante- constituye un supuesto de anulabilidad de los actos puesto que puede provocar indefensión en el administrado. Pero tampoco se debe descartar totalmente la nulidad de pleno derecho en los supuestos más extremos, es decir, cuando la motivación del acto ponga de manifiesto un trato desigual que no obedezca a razones objetivas ni razonables y tenga consecuencias desproporcionadas que efectivamente vulneren el derecho fundamental a la igualdad<sup>428</sup>.

Del análisis jurisprudencial en este punto podemos deducir, a nuestro juicio, un elemento adicional que puede resultar de gran utilidad a la hora de determinar si existe o no vulneración del derecho a la igualdad –extrapolable a cualquier derecho fundamental- y que es el carácter grave y manifiesto de la infracción. Esto es, no debe ser necesario ser un ducho sobre el principio de igualdad para

---

<sup>425</sup> RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Precedente administrativo.

<sup>426</sup> El artículo 35.1.c) establece que “[S]erán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes”.

<sup>427</sup> Sobre la analogía entre la estructura del precedente administrativo y el principio de igualdad, sobre todo en relación al juicio de semejanza o comparabilidad, cfr. DÍEZ SASTRE, S., (2008), *El precedente administrativo... op. cit.* p. 316.

<sup>428</sup> *Íbidem*, p.270.

entender que existe un trato desigual injustificado. La lesión que implica nulidad de pleno derecho debe ser una lesión manifiesta, evidente y que se deduzca sin necesidad de entrar en grandes análisis ni pormenorizaciones precisamente porque es notoria. Por ejemplo, el paso del tiempo –no es lo mismo que entre los actos administrativos que deciden sobre situaciones comparables medien diez meses a que medien diez años- o el precedente administrativo múltiple<sup>429</sup> –no es lo mismo que exista un precedente a que existan miles-, son factores que pueden valorarse en cada caso concreto a la hora de determinar la notoriedad de la infracción.

Es probable que nos encontremos ante el supuesto de nulidad de pleno derecho en el que más protagonismo adquiere el criterio de la evidencia y la notoriedad. Precisamente la mayoría de los derechos fundamentales – especialmente el derecho a la igualdad-, por su carácter básico y esencial en el sistema jurídico, son más fácilmente identificables por el ciudadano medio que conceptos más propios de la ciencia jurídica como la competencia o el procedimiento administrativo.

#### **b) El derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE**

Nos encontramos ante un derecho fundamental de configuración<sup>430</sup> legal que no deja de ser una concreción del derecho de igualdad del artículo 14 CE anteriormente analizado. Sin embargo, la numerosa casuística existente sobre actos administrativos que vulneran este derecho nos lleva a analizarlo individualmente, sin perder la perspectiva de que las directrices generales son idénticas a las del derecho de igualdad.

---

<sup>429</sup> Sobre el precedente administrativo reiterado y su relación con el derecho de igualdad, cfr. Díez SASTRE, S., (2008), *El precedente administrativo... op. cit.* pp. 319 y 320.

<sup>430</sup> En este sentido, al tratarse de un derecho fundamental de configuración legal, resultará vulnerado por el incumplimiento de las disposiciones legales dictadas para su desarrollo, vid. STS de 29 de octubre de 2010, FD 2, (rec. 2210/2007).

El Tribunal Constitucional, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad basado en el artículo 23.2 CE, pone de manifiesto la idea de que el derecho de igualdad es el núcleo esencial de este derecho fundamental. De este modo, en este supuesto concreto donde se trata de determinar si exigir un requisito de edad supone o no una vulneración del art. 23.2 CE, el Tribunal Constitucional consideró que *“la constitucionalidad o no de la norma que introduce la diferenciación de trato por razón de la edad como circunstancia objetiva en el acceso a las funciones públicas dependerá de cada supuesto en particular, de modo que la norma será inconstitucional en los supuestos en los que no exista para tal diferenciación de trato justificación razonable (STC 37/2004), y, en cambio, será constitucional cuando la diferenciación de trato por razón de la edad responda a una definición objetiva y general de las condiciones que debían reunir quienes querían acceder a los puestos de que se trate; diferenciación, por otra parte, que ha de justificarse debidamente (STC 75/1983)”*<sup>431</sup>. El Tribunal alude de nuevo al criterio de lo objetivo y razonable<sup>432</sup> para poder concluir si la discriminación vulnera o no el derecho fundamental.

La Constitución orienta la interpretación del artículo 23.2 complementándolo con el art. 103.3 en el cual exige que el acceso a la función pública debe hacerse atendiendo a los principios de mérito y capacidad. Esta previsión constitucional condiciona la posibilidad, tanto del legislador como de la Administración, de regular los procedimientos de selección de personal que además de estar

---

<sup>431</sup> STC 29/2012, de 1 de marzo, FJ 5, (rec. 2651/2005).

<sup>432</sup> En este sentido, se considera objetivo y razonable por parte del Tribunal Supremo establecer un límite de edad de acceso a la condición de militar de tropa y marinería pues es acorde con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, vid. STS de 30 de mayo de 2012, FD 3, (rec. 63/2010).

Sin embargo, en otro supuesto, el Tribunal Supremo sí considera un requisito de edad como vulnerador del artículo 23.2 CE por no considerarse una discriminación objetiva ni razonable. El supuesto versaba sobre establecer una edad máxima de treinta años para participar por el turno libre en el proceso selectivo convocado para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía. El Tribunal considera ajustado a derecho ese requisito por un doble motivo: por la vía de la promoción interna se puede acceder a esa Escala sin límite de edad y porque por la naturaleza del cargo es razonable poner un límite de edad para el acceso por turno libre dada la naturaleza de las funciones que requiere de una formación para su cumplimiento eficaz. Vid. STS de 21 de marzo de 2011, FFDD 5 y 6, (rec. 626/2009).

basados en la igualdad de acceso deberán respetar los citados principios. Todo criterio de selección caprichoso que no sea acorde con el mérito y la capacidad es, en principio, sospechoso de vulnerar el derecho fundamental que ahora analizamos. Por consiguiente, la Administración parte de una doble prohibición a la hora de sentar las bases de un procedimiento selectivo: en primer lugar se prohíbe todo trato singularizado a cualquier aspirante a un cargo público por razones personales, incluso aunque éstas sean calificables de fuerza mayor<sup>433</sup> y, en segundo lugar, se prohíbe prevalecer irrazonablemente unos méritos frente a otros que puedan resultar discriminatorios y puedan romper el necesario equilibrio entre las aptitudes a valorar<sup>434</sup>.

En la tónica general de la interpretación restrictiva de los supuestos de actos nulos de pleno derecho, resulta interesante la doctrina del Tribunal Constitucional donde se refleja que no cualquier vulneración de la legalidad en un procedimiento de selección conlleva la vulneración del derecho de acceso en condiciones de igualdad, sino que lo que debe vulnerarse es el trato igualitario de los participantes en el proceso<sup>435</sup>. Es, en definitiva, innegable la vinculación entre la igualdad del artículo 14 y la del artículo 23.2. pero la interpretación del

---

<sup>433</sup> STS de 5 de julio de 2012, FFDD 7 y 8, (rec. 4072/2010).

<sup>434</sup> Entre otras, STS de 22 de diciembre de 2010, FD 4, (rec. 1710/2009), STS de 21 de junio de 2010, FD 5, (rec. 1712/2009), STS de 19 de julio de 2010, FD 4, (rec. 950/2008), STS de 7 junio de 2010, FD 5, (rec. 974/2009).

<sup>435</sup> Es ilustrativa la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, (rec. 3061/1996) al afirmar que “el art. 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la Ley, de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias "Leyes", sino también a su aplicación e interpretación. No obstante, este Tribunal Constitucional ha precisado que el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE » (F. 6). En otras palabras, que tomamos de la STC 115/1996, de 25 de junio (RTC 1996, 115) , F. 4, «la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el art. 23.2 CE , pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad”.

Tribunal Constitucional parece dejar claro que la categoría de derecho fundamental del artículo 23.2 CE no está en “el acceso”, sino en “las condiciones de igualdad”<sup>436</sup>. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aceptando esta doctrina, no considera que se vulnere este derecho fundamental en el supuesto de un proceso selectivo con varios tribunales con un número de plazas asignadas a cada tribunal, cuando se dé la circunstancia de que los aspirantes suspensos en un tribunal con esa misma nota hubieran resultado aprobados en otro<sup>437</sup>.

El contenido de este derecho fundamental no se reduce exclusivamente al acceso en condiciones de igualdad, sino también al mantenimiento en la condición de cargo público o a su permanencia en el mismo desempeñando las funciones que son inherentes al cargo<sup>438</sup>. Por lo tanto, este derecho fundamental es exigible no sólo en el momento del acceso sino durante todo el tiempo en que se desarrollen las actividades propias del cargo público.

### **c) El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE**

Nos encontramos ante un derecho fundamental que difiere del resto en virtud de su naturaleza procedimental, lo cual es importante a la hora de su desarrollo e influencia en relación con los motivos de nulidad de pleno derecho del acto administrativo<sup>439</sup>. Precisamente a efectos de determinar la nulidad o no de un

---

<sup>436</sup> Así también lo determina la Sala Tercera del Tribunal Supremo estableciendo que el contenido de este derecho fundamental no es el derecho a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, sino el de acceder en condiciones de igualdad con los requisitos legalmente previstos y en los procesos legalmente dispuestos (por lo cual el artículo 23.2 CE es una especificación del artículo 14 CE), entre otras, STS de 3 de noviembre de 2010, FD 5, (rec. 3095/2008), STS de 9 de diciembre de 2010, FD. 5, (rec. 3329/2009), STS de 21 de junio de 2010, FD 5, (rec. 1712/2009).

<sup>437</sup> Entiende el Tribunal Supremo que la nota consiste en un dato objetivo otorgado por cada Tribunal con el único fin de decidir un orden de prioridad entre los aspirantes que son examinados por él, vid. STS de 12 de diciembre de 2011, FD 3, (rec. 1435/2010) y STS de 26 de septiembre de 2007, FD 5, (rec. 3846/2002).

<sup>438</sup> STS de 8 de marzo de 2010, FD 1, (rec. 1801/2006) y STS de 9 de febrero de 2010, FD 5, (rec. 4767/2007).

<sup>439</sup> Es necesario tener en mente al estudiar este derecho fundamental en relación con la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, que estamos ante un derecho fundamental que con

acto, la tutela judicial efectiva solo podrá alegarse si se traduce en una práctica indefensión. Es decir, el contenido formal o procesal del derecho reconocido en el artículo 24 CE debe traducirse en una indefensión material y efectiva en el administrado para que pueda ser tenido en cuenta en un supuesto de un posible acto nulo de pleno derecho. No olvidemos que, como venimos defendiendo, las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo tratan de preservar la corrección del contenido material de la actuación administrativa. El procedimiento o la competencia se protegen en este sentido como mecanismos formales garantizadores o al servicio de la corrección de la decisión tomada mediante el acto administrativo.

Nos parece lógico comenzar, ya que se trata de un derecho de naturaleza eminentemente procesal, por el contenido que abarca este derecho. El Tribunal Constitucional indica que *“la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986, fundamento jurídico 2º o 145/1990, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...)”*<sup>440</sup>.

Adentrándonos ya en el derecho administrativo y ahondando en el carácter material de la indefensión, el propio Tribunal Constitucional afirmó que *“en un procedimiento administrativo lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha*

---

carácter general se refiere a actuaciones jurisdiccionales, no de la Administración. En este sentido, entre otras, STS de 16 de julio de 2011, FD 5, (rec. 4635/2011), STS de 27 de junio de 2011, FD 5, (rec. 3978/2010), STS de 14 de febrero de 2011, FD 5, (rec. 2053/2008), STS de 26 de mayo de 2008, FFDD 1 y 3, (rec. 4809/2008).

<sup>440</sup> STC 210/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, (rec. 3646/1995).

*podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso*<sup>441</sup>.

Resulta importante destacar el doble requisito a tener en cuenta para considerar un acto nulo por infracción de este derecho fundamental. En primer lugar, la necesidad de que exista un límite al derecho de defensa del administrado -la imposibilidad de ejercitar cualquier acción o solicitar cualquier tipo de prueba que reconozca como válida el ordenamiento jurídico y considere necesaria para la defensa de sus pretensiones- y, en segundo lugar, que ese límite procesal tenga un reflejo material<sup>442</sup>, es decir, una indefensión real y efectiva.

¿Cuándo podemos hablar de indefensión real y efectiva? Entendemos que sólo tiene sentido hablar de este tipo de indefensión cuando el daño que se ha hecho es irreversible. Si el ordenamiento jurídico prevé vías ordinarias mediante las cuales se puede subsanar la indefensión, no parece lógico acudir a una declaración de nulidad del acto que debe tener un carácter excepcional y subsidiario<sup>443</sup>. Podemos, en consecuencia, acotar esta causa de nulidad a los supuestos en los que contra la resolución sobre el acto administrativo no cabe recurso o no se permite el ejercicio de los recursos legalmente previstos. Consideramos, pues, que la regla general es que este supuesto sea solo aplicable a casos de entorpecimiento de acceso a procedimientos judiciales,

---

<sup>441</sup> STC 144/1996, de 16 de septiembre, FJ 3, (rec. 2941/1994) y, en este mismo sentido, STS de 7 de febrero de 2013, FD 8, (rec. 563/2010).

<sup>442</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 677.

<sup>443</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 182. Advierte del peligro que supone realizar una interpretación extensiva de la indefensión a la luz del artículo 24 CE y sancionar cualquier infracción formal del procedimiento con la nulidad de pleno derecho. Así, el ámbito propio de la anulabilidad quedaría reducido al extremo frente a lo que debe considerarse la regla general. No podemos olvidar que la nulidad de pleno derecho está ideada sólo para violaciones de derechos fundamentales procesales que den lugar a una verdadera y grave indefensión material.

puesto que el acceso o la denegación de acceso a procedimientos administrativos es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>444</sup>.

¿A qué excepcionalidad se refiere entonces la jurisprudencia mayoritaria cuando abre la posibilidad de considerar vulnerado el artículo 24 CE en vía administrativa? Todo indica que deben ser situaciones especialmente gravosas para el administrado y muy excepcionales. Consideramos que únicamente en dos casos cabe la posibilidad de declarar esta nulidad:

- Cuando el órgano administrativo impida la interposición de recursos jurisdiccionales previstos en la ley para la defensa de quien ha sido parte en el procedimiento administrativo. Es evidente que en este supuesto – excepcionalísimo- se podría decretar la nulidad puesto que es la propia Administración la que impide la tutela judicial de forma radical y tajante. Ahora bien, este acceso a la jurisdicción<sup>445</sup> deberá hacerse de conformidad con las leyes procesales que, por razones de seguridad jurídica, fijan unos plazos para el ejercicio de las acciones y la interposición de los recursos. El incumplimiento de éstos justifica su inadmisión y esto no es contrario al derecho fundamental a la tutela

---

<sup>444</sup> En esta línea, el Dictamen del Consejo de Estado 999/2016, de 26 de enero de 2017, considera que “por lo que se refiere a la específica consideración de la indefensión, ligada a una posible infracción del artículo 24 de la Constitución en el ámbito de los procedimientos administrativos, hay que tener presente que la violación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en tal precepto se ha de invocar normalmente frente a los jueces y tribunales, siendo trasladable a la actuación administrativa únicamente en los casos más graves (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993). Además, ha de tratarse de una situación de indefensión real y efectiva, en el sentido que el Tribunal Supremo da a esa expresión (entre otras, Sentencia de 30 de mayo de 2003; y, en el mismo sentido, dictámenes números 850/2005, de 16 de junio, 1.689/2005, de 1 de diciembre y 33/2006, de 26 de enero)”. En el mismo sentido se pronuncian también los Dictámenes del Consejo de Estado 806/2013, de 18 de diciembre y 896/2014, de 13 de noviembre.

<sup>445</sup> Traemos a colación un supuesto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el que se entiende vulnerada la tutela judicial efectiva por impedir el acceso a la jurisdicción por parte de la Administración cuando se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad. Vid. STS de 9 de febrero de 2010, FFDD 3 y 4, (rec. 2431/2007).

judicial efectiva<sup>446</sup>. Al margen de este matiz, la interpretación de las normas procesales se hará conforme al principio “*pro actione*”<sup>447</sup>.

- La otra posibilidad puede surgir en el marco del procedimiento sancionador<sup>448</sup>. Precisamente por las garantías que el legislador exige siempre al procedimiento sancionador -ejercicio del ius puniendi único del Estado por parte de la Administración tratando de aplicar *mutatis mutandi* las mismas garantías aplicables en el procedimiento penal- se considera viable conceder la nulidad a un acto por la especial gravedad de los intereses en juego<sup>449</sup>. Sin embargo, dada la excepcionalidad de la nulidad de pleno derecho, aún en el procedimiento administrativo sancionador, no se entenderá vulnerado el artículo 24 CE en los supuestos en que el órgano competente eleve la sanción propuesta por el instructor, siempre que lo haga dentro del margen legalmente establecido y respetando los hechos y su calificación jurídica consignados en el pliego de cargos<sup>450</sup>.

No conviene perder de vista en ningún caso la excepcionalidad que supone declarar la nulidad de un acto administrativo dentro de las actuaciones administrativas<sup>451</sup>. El Tribunal Supremo justifica de manera acertada esta excepcionalidad con un argumento que entendemos puede ser ilustrativo: “[E]structuralmente el derecho de tutela judicial efectiva se sitúa en un momento posterior al acto administrativo, que mediante su utilización se trata de impugnar,

---

<sup>446</sup> STS de 7 de noviembre de 2011, FD 5, (rec. 6053/2009).

<sup>447</sup> STS de 20 de enero de 2011, FD 4, (rec. 1465/2009), STS de 8 de abril de 2010, FD 1, (rec. 3778/2009).

<sup>448</sup> En la STS de 4 de marzo de 2009, FD 7, (rec. 4601/2007), se plasma de modo meridiano que las garantías procesales del artículo 24.2 CE son aplicables únicamente al procedimiento administrativo sancionador, excluyendo en el caso de la sentencia citada el procedimiento de liquidación tributaria.

<sup>449</sup> STS de 17 de diciembre de 1997, FD 2, (rec. 850/1995).

<sup>450</sup> STS de 2 de marzo de 2009, FD 11, (rec. 564/2007).

<sup>451</sup> La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que el derecho a tutela judicial efectiva extiende su ámbito de aplicación a las actuaciones judiciales, a las administrativas sancionadoras, a las que se aplican los principios básicos del ordenamiento penal, y a aquellas otras actuaciones administrativas que impidan el acceso a la Jurisdicción. Vid, entre otras, STS de 20 de julio de 2012, FD 5, (rec. 2234/2011), STS de 1 de marzo de 2012, (FD 5), (rec. 3920/2008), STS de 21 de octubre de 2009, FD 3, (rec. 3906/2006).

*de ahí que todo lo relativo a la legalidad del acto impugnado, nada tenga que ver con el referido derecho fundamental. La misma indefensión que alega la parte, nada tiene que ver con el pretendido derecho, pues aun en la negada hipótesis de que se hubiera producido, se habría producido en el acto administrativo, y la indefensión referida en el artículo 24.1 CE, alude a la producida por los Jueces y Tribunales, al no prestar la tutela que la Constitución pone a su cargo*<sup>452</sup>.

**i) La ausencia de motivación como posible causa de nulidad de pleno derecho vía artículo 24 CE**

Tras haber realizado un repaso jurisprudencial encontramos un supuesto relacionado con la tutela judicial efectiva cuya vulneración es, por regla general, sancionada con la anulabilidad o incluso conforma una irregularidad no invalidante<sup>453</sup>. Este supuesto no es otro que el de la ausencia de motivación del acto administrativo.

Brevemente, pues no es objeto de este trabajo, entendemos la motivación de un acto administrativo como la exteriorización de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo. No sólo su finalidad es conocer el

---

<sup>452</sup> STS de 17 de diciembre de 1997, FD 2, (rec. 850/1995) y STS de 1 de febrero de 1993, FD 3, (rec. 11967/1990).

También el Consejo de Estado pone de relieve la excepcionalidad de esta causa considerando que la “base constitucional del derecho a la no indefensión esté enunciada a propósito de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución)” aunque no pierde de vista su posibilidad de aplicación en vía administrativa cuando, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, las actuaciones administrativas tengan un carácter especialmente gravoso o desfavorable para el administrado. Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 894/2013, de 10 de octubre.

<sup>453</sup> En este sentido se muestra la doctrina jurisprudencial, véanse, entre otras, STS de 20 de octubre de 2011, FD 5, (rec. 4048/2007), STS de 23 de junio de 2011, FD 4, (rec. 4532/2007), STS de 24 de mayo de 2010, FD 3, (rec. 35/2009) “la falta de motivación o afectación puede integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado”.

fundamento de su contenido, sino también permitir el control jurisdiccional de los actos de la Administración<sup>454</sup>.

De esta manera, cuando se produce un defecto de forma en la motivación o es una motivación defectuosa, se declara la anulabilidad del acto administrativo<sup>455</sup>. Existen otros supuestos en los que la ausencia de motivación o la motivación defectuosa producen exclusivamente una mera irregularidad no invalidante. Esto ocurre cuando la motivación no es necesaria para que el acto alcance su fin o cuando se produce la subsanación del defecto antes de que produzca un efectivo perjuicio en el interesado<sup>456</sup>.

Sin embargo, y aunque en la práctica supone una excepción, existen un grupo de hipótesis en que la ausencia de motivación puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho. El requisito indispensable para que pueda darse esta situación es que la ausencia de motivación tenga como consecuencia directa la indefensión del administrado prevista en el artículo 24 CE. Tal y como hemos indicado en el apartado anterior, la actuación administrativa capaz de vulnerar el artículo 24 CE solo puede darse cuando la Administración impide el acceso a la jurisdicción contenciosa mediante los recursos legalmente previstos o cuando se trate del procedimiento sancionador. La falta de motivación en estas circunstancias podría acarrear la nulidad de pleno derecho<sup>457</sup>.

No es la ausencia de motivación el factor determinante de la nulidad, sino la indefensión que pueda provocar. El análisis del caso concreto para determinar si la ausencia de motivación deriva en una indefensión material es el juicio

---

<sup>454</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* pp. 305 y 306.

<sup>455</sup> Véanse, entre otras, STS de 29 de julio de 2014, FD 9, (rec. 291/2013), STS de 29 de marzo de 2012, (FD 5, (rec. 4297/2011) y STS de 2 de marzo de 2011, FD 3, (rec. 3512/2008).

<sup>456</sup> STS de 26 de marzo de 2014, FD 8, (rec. 9/2013).

<sup>457</sup> Cfr. NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., (2017), *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 502 a 504. La autora reconoce que la ausencia de motivación puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo si el acto impone una sanción o afecta de alguna manera a derechos fundamentales.

definitivo para declarar un acto nulo, pero debemos ser conscientes de que es una situación muy excepcional.

Partiendo del art. 48.2 LPACAP deducimos que, si la falta de motivación imposibilita la realización del fin del acto o provoca la indefensión del interesado, ésta producirá su anulabilidad. Para llegar a esta conclusión debemos considerar la motivación como un elemento formal del acto administrativo. Si consideramos efectivamente la motivación como un elemento formal, su ausencia sólo puede determinar la anulabilidad del acto, y nunca su nulidad de pleno derecho.

Si por el contrario entendemos la motivación como un requisito material del acto (no la necesidad de existir una motivación, sino el elemento sustancial del acto que forma parte del contenido del mismo expresando su causa<sup>458</sup>) la sanción aplicable podría ser la nulidad de pleno derecho vía prohibición de indefensión del art. 24 CE<sup>459</sup>.

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia contenciosa sobre la ausencia de motivación del acto administrativo, consideramos apropiado acudir al Tribunal Constitucional para dilucidar este concepto en relación con los actos administrativos:

- En primer lugar, considera la motivación esencial para establecer el fundamento de la decisión y para poder permitir su control; sin embargo, no es necesario que tenga carácter exhaustivo<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Defienda esta postura FERNANDO PABLO, M. M., (1993), *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, p. 233.

<sup>459</sup> Sobre la naturaleza formal o material de la motivación, cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* pp. 146 y 147, determina que es un error considerar la motivación como un elemento meramente formal, “no es simplemente un elemento formal, sino que revela externamente lo que el acto persigue”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 610, establece que la motivación “alcanza un relieve particular, muy superior al de una simple forma sacramental”.

<sup>460</sup> Valga como ejemplo STC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3, (rec. 115/1997).

- En segundo lugar, entiende que la posibilidad de utilizar modelos o formularios para motivar un acto es válida si permite conocer las razones de la decisión<sup>461</sup>.
- En tercer lugar, es posible motivar mediante remisión a expedientes y a informes<sup>462</sup> *-motivación in aliunde-* precisando el Tribunal Supremo que “[En] el derecho positivo español la motivación puede recogerse en el propio acto, o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos que queden incorporados a la resolución”<sup>463</sup>.
- Y, por último, en relación a actos discrecionales el Tribunal Constitucional también considera necesaria su motivación al concebir la actividad discrecional como una actividad que debe poder ser controlada por los jueces<sup>464</sup>. La Administración debe en todo momento poder explicar sus decisiones sin que éstas sean arbitrarias en ningún caso. Además, añade, que en materias relacionadas con derechos fundamentales la Administración debe ser especialmente rigurosa<sup>465</sup>.

Insistimos en la importancia de destacar que la situación de indefensión por sí misma no provoca la nulidad de pleno derecho del acto, puesto que el art. 48 sanciona este supuesto con la anulabilidad. Para que pueda dar lugar a la nulidad de pleno derecho se requiere un doble requisito: que la motivación esté constituida como un elemento material del mismo y que la indefensión provocada

---

<sup>461</sup> Valga como ejemplo STC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 3, (rec. 6806/2004).

<sup>462</sup> Entre otras, STC 174/1987, de 3 de noviembre, FJ 2 (rec. 1072/1996), STC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2, (rec. 760/1988).

<sup>463</sup> STS de 14 de septiembre de 2012, FD 7, (rec. 303/2011).

<sup>464</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 612 y 613.

<sup>465</sup> STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, (rec. 1268/2011).

sea la recogida en el art. 24 CE. De ahí la importancia en determinar cuando la motivación se erige como un elemento material o un elemento formal del acto<sup>466</sup>.

Como ya adelantamos más arriba, la corriente jurisprudencial predominante considera la motivación como un elemento formal del acto, que puede dar lugar a la anulabilidad del acto si provoca indefensión o a la mera irregularidad si se subsana sin perjuicio para el interesado. Existe otra corriente jurisprudencial minoritaria que considera la motivación como un elemento material, sustancial o de fondo del acto administrativo. Su fundamento radica en la exigencia legal de esa motivación. Es decir, si la motivación es exigida por el art. 35 LPACAP (antes art. 54 Ley 30/92) u otras leyes especiales, estamos ante un elemento material. *“En los casos del artículo 54 de la LRPAC la motivación es un mandato legal inexcusable. Ha de ser considerado como un requisito sustancial o de fondo de los actos administrativos que exterioriza los motivos que llevan a la Administración a adoptarlos y posibilita su control en esta vía jurisdiccional ordinaria y, en su caso, en la de amparo constitucional”*<sup>467</sup>.

En conclusión, no podemos manifestar nuestra conformidad con la idea de que la motivación considerada como elemento formal da lugar a la anulabilidad o mera irregularidad y la motivación como elemento material puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho. El grado de invalidez de un acto, dada su trascendencia, no puede hacerse depender de la interpretación sobre la función que cumple la motivación en el acto administrativo. La regla general será la anulabilidad y, sólo excepcionalmente, podrá calificarse de nulo de pleno derecho si la ausencia de motivación es reconducible a la indefensión provocada del artículo 24 CE. Sólo si la ausencia de motivación vulnera un derecho fundamental del administrado podrá ejercitarse la acción de nulidad. Pero lo determinante no es el defecto en la motivación (cuya regla general será la

---

<sup>466</sup> Cfr. DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 84, 2009, p. 87.

<sup>467</sup> Entre otras, STS de 6 de febrero de 2017, FD 6, (rec. 2155/2015), STS de 17 de marzo de 2016, FD 5, (rec. 818/2015) y STS de 8 de junio de 2015, FD 4, (rec. 1513/2014).

anulabilidad) sino la vulneración de una de las bases del ordenamiento jurídico, como son los derechos fundamentales, lo que le haga merecedor a un acto administrativo de su calificación de nulo de pleno derecho. Precisamente por la naturaleza excepcional y restrictiva de esta sanción su aplicación en los supuestos de ausencia de motivación debe ser residual y plenamente justificada en aras de la protección de los derechos fundamentales y, como dice la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, aplicable a procesos judiciales y administrativos sancionadores.

Los pocos pronunciamientos judiciales que sancionan la ausencia de motivación con la nulidad de pleno derecho se encuentran en procedimientos sancionadores y otros relacionados con vulneraciones de derechos fundamentales. Hay unanimidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en calificar como nulo de pleno derecho el acto que provoque indefensión del administrado cuando ésta afecte directamente a sus derechos fundamentales<sup>468</sup>. En estos casos se requiere una motivación rigurosa y específica de todos sus extremos. Podemos concluir, por tanto, que la ausencia de motivación en el ámbito de los actos que afecten directamente al ejercicio de derechos fundamentales, independientemente de debates doctrinales que consideren la motivación como elemento formal o material del acto, conlleva la nulidad de pleno derecho. El fundamento no es otro que la excepcional gravedad y atentado al orden público que supone la vulneración de uno de los pilares del Estado de Derecho como es el sistema de derechos fundamentales.

---

<sup>468</sup> Ejemplo de lo descrito observamos en el tratamiento que recibe el derecho fundamental a la huelga. Numerosas sentencias declaran la nulidad del acto que establece los servicios mínimos aplicables a una convocatoria de huelga sin la correcta motivación. Por el hecho de afectar a un derecho fundamental se hace especialmente exigente la motivación requiriendo la identificación de intereses de la huelga, los criterios por los que se establecieron los servicios mínimos, los estudios y hechos constatados por los que se decide que un número de trabajadores y no otro puedan garantizar los servicios mínimos. Véanse, entre otras, STS de 15 de enero de 2007, FD 4, (rec. 7145/2002) o STS de 10 de noviembre de 2010, FD 3, (rec. 1886/2009).

**ii) Las garantías procesales del artículo 24.2 CE: su eficacia en el procedimiento administrativo (fundamentalmente sancionador)**

La Constitución Española no contempla un artículo específico donde establezca las garantías del procedimiento sancionador administrativo, a excepción del artículo 105 c) que establece la obligación al legislador de regular por ley el procedimiento administrativo garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Sin embargo, las garantías procedimentales del artículo 24.2 CE, aún estando previstas inequívocamente para el procedimiento judicial, especialmente el penal, parece que deben ser de aplicación, con matices, al procedimiento administrativo sancionador. El fundamento no es otro que tanto el derecho penal como el derecho sancionador son manifestaciones del “*ius puniendi*” del Estado<sup>469</sup>.

Esta intención de la aplicación de las garantías procesales fundamentales al procedimiento administrativo sancionador de manera matizada está también suscrita por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>470</sup> que toma como base el artículo 6 CEDH<sup>471</sup> que forma parte del ordenamiento jurídico español vía artículo 10.2 CE.

---

<sup>469</sup> Así lo reflejó por primera vez la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 1, (rec. 101/1980) y mantiene esta idea hasta nuestros días en STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7, (rec. 2603/2013) o STC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2, (rec. 3680/2016).

<sup>470</sup> Destacamos la STEDH 2/1984, de 21 de febrero, Caso Öztürk contra Alemania, (demanda 8544/1979).

<sup>471</sup> El artículo 6 CEDH titulado “derecho a un proceso equitativo” establece: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su

La cuestión es determinar el alcance de esa aplicación “parcial y con matices”<sup>472</sup> de las garantías del artículo 24.2 CE en el procedimiento administrativo sancionador. En primer lugar, esa traslación sólo podrá llevarse a cabo si la garantía procedimental es compatible con la naturaleza misma del procedimiento administrativo. Por esta razón, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley carece de sentido en el procedimiento administrativo<sup>473</sup>. Sin embargo, existe reiterada jurisprudencia que considera trasladable al procedimiento administrativo sancionador el derecho de defensa, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia<sup>474</sup>, todos ellos con precauciones y matices.

A continuación, llevaremos a cabo un breve recorrido por la jurisprudencia para, analizando supuestos concretos, poder llegar a conocer el contenido y los límites que presentan las garantías más significativas del artículo 24.2 CE en el

---

culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan, d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia”.

<sup>472</sup> Sobre la prudente, parcial y matizada trasposición de las garantías del art. 24.2 CE al procedimiento administrativo, se realiza un análisis muy completo en ALARCÓN SOTOMAYOR, L., (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor, pp. 29 a 40. La autora crítica que esa prudente trasposición se traduce finalmente en una disminución de las garantías en el procedimiento administrativo y analiza de forma pormenorizada la vigencia de cada una de las garantías del artículo 24.2 en el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>473</sup> STC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4, (recs. 1537/1987 y 167/1988), “el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo”.

<sup>474</sup> Entre otras, vid. STC 145/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, (rec. 6737/2002), STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5, (rec. 950/1995), STC 3/1999, de 26 de enero, FJ 4, (rec. 786/1995), STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3a, (rec. 2410/1995), STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7, (recs. 1740/1997, 1757/1997, 1758/1997, 662/1997), STC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5, (rec. 2395/1998).

procedimiento administrativo sancionador. De esta forma podremos deducir cuando estamos ante hipótesis de nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 24.2 CE:

- Derecho de defensa y asistencia letrada: en lo que respecta al derecho de defensa resaltamos un pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que, en relación al derecho al acceso al expediente y la obtención de copias de documentos del artículo 53.1.a) LPACAP, considera que no es un derecho absoluto que se traduzca en que la Administración deba atender toda petición genérica e indiscriminada de copia de la documentación. Este derecho debe interpretarse como la posibilidad de acceder a toda la documentación para tomar conocimiento del procedimiento y, una vez conocido, solicitar copia de lo que realmente interese. Esta interpretación tiene su fundamento en el principio de eficacia del artículo 103 CE<sup>475</sup>.

En relación con el derecho a defenderse a sí mismo, se entiende que éste no ampara prescindir de abogado y procurador cuando el ordenamiento jurídico lo haya establecido. La asistencia técnica está prevista, no solo como un derecho del interesado sino también como una garantía del correcto desenvolvimiento del procedimiento tanto penal como contencioso-administrativo<sup>476</sup>.

Por último, destacamos un pronunciamiento que versa sobre las comunicaciones entre abogado y cliente en el marco de actuaciones inspectoras, en este caso, de la Comisión Nacional de la Competencia. No se considera en ese caso vulnerado el derecho de defensa por esta vía puesto que, ni durante la inspección, ni posteriormente fue reclamada esa confidencialidad. El Tribunal Supremo entiende que si bien debe respetarse en todo caso el derecho de defensa, para compensar la

---

<sup>475</sup> STS de 26 de enero de 2011, FD 4, (rec. 302/2010).

<sup>476</sup> STS de 15 de junio de 2011, FD 3, (rec. 2967/2010).

eficacia inspectora de la Administración, la reclamación de la confidencialidad abogado-cliente es una carga que pesa sobre el interesado y en ese caso no se ha llevado a cabo en vía administrativa<sup>477</sup>.

- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa: es doctrina consolidada que la vulneración de este derecho requiere del cumplimiento de dos circunstancias cumulativas; en primer lugar, que se trate de una denegación inmotivada, arbitraria o irrazonable imputable siempre a un órgano judicial y, en segundo lugar, que la prueba denegada o no practicada sea decisiva, cuya demostración corresponderá a quien haya visto denegadas sus pretensiones probatorias<sup>478</sup>.

En vía administrativa no se entiende vulnerada esta garantía del artículo 24.2 CE por la simple denegación de unos medios de prueba por el instructor del procedimiento sancionador, pues la inadmisión de pruebas por sí misma no decide directa ni indirectamente en el fondo del asunto ni impide la continuación del procedimiento ni causa perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos del interesado<sup>479</sup>. El Tribunal Supremo considera que el acto de denegación de medios de prueba por el instructor no se encuentra dentro de los actos de trámite impugnables.

- Derecho a la presunción de inocencia: respecto de esta última garantía que funciona también como cláusula de cierre al conjunto de garantías procesales que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, es difícil encontrar en vía administrativa o contencioso-administrativa resoluciones que consideren vulnerada esta presunción. Sin embargo, se alega reiteradamente por las defensas de los administrados, lo que obliga a los

---

<sup>477</sup> STS de 27 de abril de 2012, FD 7, (rec. 6552/2009).

<sup>478</sup> Por el Tribunal Constitucional en STC 141/2009, de 15 de junio, FJ 5, (rec. 4404/2005) o STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5, (rec. 1907/2003 y 1911/2003) entre otras muchas y, en la misma línea el Tribunal Supremo en STS de 10 de junio de 2011, FD 2, (rec. 906/2010) y STS de 22 de junio de 2009, FD 5, (rec. 4235/2005), entre otras.

<sup>479</sup> Con origen en una denegación de pruebas por el inspector en un procedimiento disciplinario, véase STS de 27 de febrero de 2012, (FD 5, (rec. 56/2010).

tribunales a pronunciarse para delimitar su alcance. En este sentido, no se considera vulnerada la presunción de inocencia por la aplicación de medidas cautelares<sup>480</sup> ni por una resolución que se limite a iniciar un procedimiento disciplinario o sancionador<sup>481</sup>. En ambos casos siempre que las resoluciones sean fundadas en derecho, debidamente motivadas y, cuando no sea una resolución reglada, estén basadas en un juicio de razonabilidad entre la medida y el fin perseguido.

**d) El principio de legalidad del artículo 25 CE: especial referencia al principio “*non bis in ídem*”**

El artículo 25.1 CE determina que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. Del tenor literal del artículo se desprenden los principios de legalidad<sup>482</sup> y tipicidad<sup>483</sup> que suponen exigencias básicas del actuar administrativo, en

---

<sup>480</sup> STS de 13 de diciembre de 2010, FD 4, (rec. 3376/2008).

<sup>481</sup> STS de 22 de noviembre de 2011, FD 8, (rec. 2552/2010) o STS de 13 de diciembre de 2010, FD 4, (rec. 3376/2008).

<sup>482</sup> Respecto del principio de la legalidad sancionador, encontramos una sentencia que describe con amplitud este principio con rango de derecho fundamental, pues considera que comprende el derecho a no ser castigado por hechos que no hayan sido previamente tipificados por la Ley como infracción y, también, el de no seguir sufriendo los efectos de esas sanciones cuando han quedado desprovistas de fundamento. Dentro del contenido de la expresión “desprovistas de fundamento”, el Tribunal Supremo considera vulnerado el principio de legalidad como consecuencia de la inaplicación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad previstos en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. STS de 30 de diciembre de 2009, FD 10, (rec. 2/2003).

<sup>483</sup> Respecto al principio de tipicidad, el Tribunal Supremo ha afirmado que impone la sujeción estricta de los órganos sancionadores a los términos literales de la norma que describe la infracción y señala la sanción correspondiente, impidiendo la sanción por comportamientos no

especial, en el ámbito sancionador. Ambos principios, importados del derecho penal, constituyen una doble garantía: la primera, de carácter material, se traduce en la exigencia de la predeterminación normativa de las acciones u omisiones previstas como infracciones, así como de sus respectivas sanciones. Por ello, serán nulas de pleno derecho las resoluciones sancionadoras impuestas por infracciones no previstas o descritas en la norma, pero también las impuestas por infracciones prescritas así como la ejecución de sanciones igualmente prescritas<sup>484</sup>. En ambos casos la Administración estaría castigando por conductas que no merecen reproche alguno según la normativa vigente y esto es contrario al principio de legalidad sancionadora que ahora analizamos. La segunda, de carácter formal, exige que la descripción de las infracciones y sus sanciones tenga lugar en una norma con rango de ley<sup>485</sup> que, dada su publicidad<sup>486</sup>, permitirá que su contenido pueda ser conocido desde su publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

Si bien no plantea demasiados problemas el principio de legalidad en sentido estricto a efectos de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, el análisis pormenorizado de esta garantía fundamental trae causa en el principio “*non bis in ídem*” que también, indiscutiblemente, se fundamenta en el principio

---

previstos en la norma, pero similares a los que allí se contemplan. Vid. STS de 21 de enero de 2009, FD 5, (rec. 1758/2007).

<sup>484</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del “*ius puniendi*” de la Administración” en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 31, 2012, p. 3.

<sup>485</sup> STC 10/2015, de 2 de febrero, FJ 3, (rec. 6926/2013). La sentencia define las vertientes material y formal de los principios derivados del artículo 25 CE, haciendo referencia a que la expresión “legislación vigente” del artículo 25.1 alude a una reserva de ley en materia sancionadora.

<sup>486</sup> En relación a la publicidad de las normas sancionadoras como contenido del principio de legalidad, no exige que las normas que integran el régimen sancionador de federaciones deportivas (incluida la caza) se publiquen en el diario oficial correspondiente en cuanto tienen por destinatarios a quienes libremente han querido federarse, y de aquí se deduce que han podido conocer, por su interés, el contenido de las infracciones y sanciones a las que pueden enfrentarse. Vid. STS de 8 de noviembre de 2010, FFDD 7 y 8, (rec. 4943/2009).

de legalidad<sup>487</sup> y, en consecuencia, tiene rango de derecho fundamental<sup>488</sup>. Por ello, su vulneración supondría la nulidad del acto<sup>489</sup>. El “*non bis in ídem*” puede ser definido como la prohibición de duplicar sanciones por un mismo hecho cuando las normas sancionadoras tengan un mismo fundamento tuitivo (igualdad de sujeto, hecho y fundamento). Desde la vertiente del derecho administrativo<sup>490</sup>, impide que la Administración sancione un hecho que constituya delito o que ya haya sido sancionado en vía administrativa<sup>491</sup>-vertiente material- o simplemente que inicie o continúe un procedimiento sancionador cuando esos hechos puedan constituir delito o estén siendo enjuiciados en vía penal -vertiente procesal-<sup>492</sup>.

---

<sup>487</sup> En relación con el fundamento de la garantía del “non bis in ídem” cfr. SANZ RUBIALES, I., “Potestad sancionadora administrativa, non bis in ídem y primacía del orden penal (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)” en *Revista del Poder Judicial*, nº 59, 2000, p. 546, GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit.* p. 211. Vinculan absolutamente el principio non bis in ídem con el principio de legalidad penal, descartando toda posible vinculación con el principio de proporcionalidad. Lo que protege el legislador con este principio es que la sanción prevista para una conducta deber ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas.

<sup>488</sup> La STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, (rec. 90/1980) ha señalado que “si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”. En definitiva, a día de hoy, la vulneración del principio “non bis in ídem” supone una lesión del artículo 25 CE y conlleva la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que la origine.

<sup>489</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2021), “Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones” en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador (2021)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 207.

<sup>490</sup> En la legislación administrativa el principio “non bis in ídem” está plasmado en el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

<sup>491</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit.* pp. 210 y 217.

<sup>492</sup> Con la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015 se derogó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora –aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y con él su artículo 7 que obligaba “en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación” y “recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”. Por lo tanto, la vertiente procesal del principio “non bis in ídem” se ha excluido de la legislación básica administrativa, lo cual no quiere decir que no pueda exigirse, pues se deriva directamente de la eficacia directa del artículo 25 de la Constitución y la interpretación que de él

En este punto debemos aclarar que la vertiente procesal del principio “*non bis in ídem*” tiene como finalidad evitar la vulneración material del principio, que es la que verdaderamente se traduce en un perjuicio real para el sancionado<sup>493</sup>.

Desde la perspectiva del principio “*non bis in ídem*”, la vulneración del artículo 25 CE exige la existencia de una doble sanción concurriendo la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>494</sup> con la única excepción de los supuestos en que concurra una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado y el fundamento de ambas sanciones no coincida<sup>495</sup>. En la jurisprudencia encontramos otra supuesta excepción a la vulneración del principio “*non bis in ídem*” que se traduce en la inactividad del interesado que no pone en conocimiento del juez penal o de la Administración que se está siguiendo un procedimiento paralelo concurriendo la triple identidad<sup>496</sup>. Esta

---

hace el Tribunal Constitucional y de las numerosas leyes sectoriales que sí lo prevén de forma explícita.

<sup>493</sup> En relación con la subordinación de la vertiente procesal a la vertiente material del principio “*non bis in ídem*”, vid. FLIQUETE LLISO, E., “La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio *non bis in ídem*”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 23, 2015, p. 152: “la duplicidad de procesos o más propiamente, procedimientos, no afecta al ámbito material del citado principio, y por ello, la falta de suspensión no es, en puridad, una lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE, en la medida que no supone que se impida el ejercicio de tal derecho –que solo en su vertiente material de no imposición de dos sanciones por el mismo hecho tiene su contenido esencial y encuentra cobijo en sede del mecanismo protector del derecho fundamental–”.

<sup>494</sup> Traemos a colación por incomprensible un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ATC 67/2018, de 20 de junio, FFJJ 1 y 5, (rec. 6104/2017), dónde se pronuncia a favor de la duplicidad de sanciones (penal y administrativa) en un supuesto donde la identidad de sujeto, hecho y fundamento es evidente. En concreto determina que el artículo 384 del Código Penal “quien condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción” y la ley administrativa que sanciona la acción consistente en “conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente” no se refieren a conductas idénticas pues “penalmente se sanciona a quien nunca haya obtenido el permiso, y administrativamente se sanciona a quien no tenga el permiso específico necesario para conducir un determinado vehículo pero esté en posesión de otro”. Consideramos este pronunciamiento absolutamente fuera de lugar y una amenaza real al principio *non bis in ídem* porque la triple identidad concurre claramente y, en consecuencia, la sanción penal debería excluir la administrativa.

<sup>495</sup> A parte de la Sentencia anteriormente citada STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, (rec. 90/1980), destacamos, entre otras, STC 94/1986, de 8 de julio, FJ 4, (rec. 845/1983) o STC 112/1990, de 18 de junio, FJ 3, (rec. 615/1988).

<sup>496</sup> STC 152/2001, de 2 de julio, FJ 2, (rec. 3403/1997), “deberá ser objeto de consideración especial el dato de que en la producción de dicha duplicidad ha influido de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberlo impedido, y no lo intentó, simplemente

actitud pasiva del interesado, según el Tribunal Constitucional, es suficiente para determinar que no hay vulneración del artículo 25 CE. No podemos compartir esta opinión puesto que, tratándose de nulidad de pleno derecho, uno de sus elementos definitorios que venimos defendiendo es precisamente la indisponibilidad individual de los intereses en juego, en este caso un derecho fundamental, por trascender el interés general al particular y por su íntima conexión con el orden público<sup>497</sup>.

Entrando en el análisis que nos ocupa –cuando un acto administrativo vulnera la garantía del “*non bis in ídem*”- trataremos, en primer lugar, la operatividad de este principio cuando concurren el ámbito penal y el ámbito administrativo sancionador. Para ello, realizaremos un breve recorrido por la cambiante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto:

- La Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, se centró fundamentalmente en la vertiente procesal del “*non bis in ídem*” y en la subordinación de la autoridad administrativa a la autoridad judicial, ambas ideas deducibles del artículo 25 CE<sup>498</sup>. Trata de solucionar los problemas nacidos a la luz del principio “*non bis in ídem*” desde un punto de vista competencial.
- Posteriormente se dio un pequeño giro a esta doctrina se produjo añadiendo el requisito cronológico al “*non bis in ídem*”. Así, el Tribunal Constitucional advirtió que “*el principio “non bis in ídem” sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la*

---

con la alegación en el procedimiento administrativo de la simultánea pendencia del proceso penal, lo que hubiera podido determinar la suspensión del primero”.

<sup>497</sup> En contra de nuestra opinión, cfr. BOTO ÁLVAREZ, A., “Actos administrativos que...” *op. cit.* p. 61.

<sup>498</sup> STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3, (rec. 368/1982).

*sanción posterior*<sup>499</sup>. En los supuestos de duplicidad de sanciones, tendría preferencia la primera sobre la segunda<sup>500</sup>.

- Por último, se ha producido una vuelta a los orígenes devolviendo la primacía del orden penal sobre la potestad sancionadora administrativa puesto que en los “*casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal*”<sup>501</sup>.

En definitiva, el acto administrativo por el que sanciona una conducta ya sancionada penalmente será vulnerador del principio “*non bis in ídem*” y debe ser nulo de pleno derecho puesto que lesiona un derecho fundamental. Si partimos de la supremacía de la vía sancionadora penal sobre la vía

---

<sup>499</sup> STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, (rec. 821/1984).

<sup>500</sup> Consideramos que ambos pronunciamientos pueden criticarse con el mismo argumento: si bien tratan de solucionar el problema de la duplicidad de sanciones, no aportan soluciones generales aplicables a todos los supuestos pues no fundamentan la naturaleza de la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa. Cfr. SANZ RUBIALES, I., “Potestad sancionadora administrativa...” *op. cit.* p. 559 o GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador...* *op. cit.* p. 215.

Precisamente esta carencia de fundamento de la primacía penal acabó cuestionando la STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4, (rec. 3657/1994), donde se prioriza el orden temporal de las sanciones y no su naturaleza: “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujetos, hechos y fundamento”.

<sup>501</sup> STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9, (rec. 2468/2000). El fundamento de esta prevalencia radica en las mayores garantías del proceso penal frente al procedimiento administrativo sancionador. En la parte práctica se avala la solución de descontar la sanción administrativa a la sanción penal impuesta y evitar así la duplicidad punitiva. Esta misma solución fue tomada ya por el TEDH, en la STEDH 89/1998, de 30 de julio, Oliveira vs Suiza (demanda 25711/1994), p. 27, determinó que “no conlleva una falta de respeto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 -relativo al non bis in ídem-, cuando esta disposición no se opone a que jurisdicciones distintas conozcan delitos diferentes, siendo estos, elementos de un mismo hecho penal, y menos aún, cuando como en este caso, no ha habido acumulación de penas sino absorción de la más suave por la más dura.

Ahora bien, es interesante la postura de MARINA JALVO, B., “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in ídem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)”, en *RAP*, nº 162, 2003, p. 188, quien considera que esta solución puede plantear problemas cuando no se trate de sanciones homogéneas aunque hemos de reconocer que, desde un punto de vista práctico, puede resultar muy útil.

sancionadora administrativa<sup>502</sup>, como asume la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parece que lo más lógico para la salvaguarda de esta garantía fundamental sea dejar vía libre de actuación al juez penal con independencia de si existe o no sanción administrativa previa con la triple identidad. De este modo, si se produce la duplicidad de sanciones –administrativa y penal-, automáticamente el interesado podrá solicitar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo con la sentencia penal firme mediante los recursos administrativos ordinarios o mediante la vía de la revisión de oficio si hubieren expirado los plazos legales para recurrir<sup>503</sup>. De este modo, se estaría primando la vertiente material del “*non bis in ídem*” sobre la formal o procesal puesto que ésta última sólo tiene sentido al servicio de la primera.

A continuación, trataremos el alcance de la garantía del “*non bis in ídem*” en el exclusivo ámbito administrativo sancionador:

En los supuestos de procedimientos sancionadores simultáneos, parece claro que se producirá una vulneración de la vertiente procedimental del principio “*non bis in ídem*”, cuando la Administración Pública tramite dos procedimientos sancionadores simultáneamente frente al mismo sujeto, por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento. Para tratar de impedir esta aparente vulneración de la vertiente formal del principio la Administración, de oficio, debería poner fin a estas situaciones aplicando las reglas relativas a los conflictos de competencia. Si la Administración no actúa en este sentido, el administrado podrá, en todo caso, poner en su conocimiento esta situación para tratar de evitar el doble procedimiento<sup>504</sup>. Ahora bien, debemos advertir que esta situación, aunque posible, no es muy frecuente en la práctica. En principio, si es la misma

---

<sup>502</sup> A parte de la jurisprudencia que hemos venido analizando más arriba, también el legislador administrativo se pronuncia en esta línea en materia de hechos probados en el artículo 77.4 LPACAP: “En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

<sup>503</sup> En este sentido, GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit.* p. 220 y 221.

<sup>504</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador” en *RAP*, nº 156, 2001, p. 240.

Administración la que inicia ambos procedimientos lo lógico es que uno de ellos acabe archivándose y, si son distintas Administraciones lo normal será que ambas respuestas sancionadoras respondan a fundamentos distintos evitando el “*bis in ídem*”.

Para concluir aludiremos al alcance del “*non bis in ídem*” en procedimientos administrativos sancionadores sucesivos. En principio, al contrario de lo que ocurre con el ámbito penal, parece que no puede predicarse la prevalencia de una Administración sobre otra. Por ello, puede resultar útil en estos casos la aplicación del criterio cronológico, de tal forma que la Administración que complete un procedimiento sancionador cerrará la puerta a la posibilidad –so pena de nulidad de pleno derecho<sup>505</sup>- de que otra Administración distinta, o ella misma, abra un nuevo procedimiento<sup>506</sup> en que concurra la triple identidad<sup>507</sup>.

#### **e) Otros derechos fundamentales con menor impacto jurisprudencial dignos de análisis**

Los derechos fundamentales arriba desarrollados son los que han dado lugar a un mayor desarrollo jurisprudencial en los tribunales contencioso-administrativos y a más pronunciamientos del Consejo de Estado. Sin embargo, consideramos necesario para realizar un análisis completo y exhaustivo del

---

<sup>505</sup> La STS de 3 de octubre de 1997, FD 5, (rec. 5968/1990) plasma esta idea perfectamente declarando la nulidad de una sanción administrativa impuesta por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local de la Provincia de Girona cuando, concurriendo la triple identidad, esa infracción ya fue sancionada por el Ministerio de Administraciones Públicas.

<sup>506</sup> SAN de 13 de abril de 2021, FD 8, (rec. 1/2018). Esta reciente sentencia parte de una resolución sancionadora de la CNMC que resultó anulada judicialmente porque no había quedado acreditada la infracción. Posteriormente, alegando que la infracción no estaba todavía prescrita (porque se anuló por motivos de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, se interrumpió el plazo de prescripción), la CNMC abre un nuevo procedimiento sancionador contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, razón por la cual la AN estima que existe una vulneración del principio “*non bis in ídem*” en su vertiente formal y anula el acto de incoación del nuevo procedimiento sancionador.

<sup>507</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., “*Non bis in...*” *op. cit.* p. 241.

artículo 47.1.a), llevar a cabo un estudio de otros derechos fundamentales que, sin generar tanta literatura como los ya descritos, no dejan de plantear escenarios interesantes. A continuación, mostramos las escasas estimaciones que se han llevado a cabo por los Tribunales, así como algún supuesto desestimatorio que presenta especial interés:

**i) La libertad religiosa del artículo 16.1 CE**

Sobre la libertad religiosa no existe demasiada casuística en relación con el artículo 47.1.a) LPACAP, sin embargo, traemos a colación un supuesto relacionado con la denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de una entidad religiosa “menor”.

Se trata de una denegación por resolución expresa a la que se había adquirido derecho por silencio positivo. Una vez que la entidad religiosa cumplía todos los requisitos que la hacían apta para figurar en el Registro y adquirir personalidad jurídica se produjo la denegación expresa. El Tribunal Supremo entiende que esta violación de la legalidad implica violación también del derecho fundamental pues la inscripción implica el otorgamiento de múltiples derechos como el de asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas que forma parte del derecho más amplio de libertad religiosa que reconoce el artículo 16.1 CE<sup>508</sup>.

---

<sup>508</sup> STS de 7 de febrero de 2011, FD 3, (rec. 6446/2009).

## ii) El derecho al honor del artículo 18.1 CE

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos tres supuestos dignos de ser mencionados en relación con el derecho fundamental al honor:

- En el primero de ellos se plantea una posible vulneración del derecho al honor por la adopción de una medida cautelar, concretamente la suspensión provisional de funciones de un funcionario público. El Tribunal Supremo es tajante al no observar vulneración al honor cuando se adopta una medida cautelar, dentro de los supuestos legalmente previstos y expresamente motivado<sup>509</sup>. En consecuencia, no procede la nulidad de pleno derecho del acto que adopta una medida cautelar de suspensión de funciones por vulneración del derecho al honor.
- Un segundo supuesto valora una posible nulidad de pleno derecho de un acto de iniciación de una investigación en virtud de denuncia por vulneración del derecho al honor del investigado. En este caso tampoco se considera infringido el derecho al honor puesto que si el prestigio - profesional en este caso- es merecedor de protección, ésta no puede ser absoluta pues la Administración tiene no sólo el derecho, sino el deber de investigar ante una posible infracción denunciada previamente. El mero hecho de iniciar un procedimiento disciplinario no lesiona el derecho al honor. Tampoco considera la Sala Tercera que el acto de publicación del inicio del procedimiento deba ser nulo de pleno derecho por vulnerar el derecho al honor pues el derecho fundamental a la información prevalece en caso de conflicto con el derecho fundamental al honor, siempre que la noticia sea veraz<sup>510</sup>.

---

<sup>509</sup> STS de 3 de mayo de 2012, FD 8, (rec. 251/2011).

<sup>510</sup> STS de 28 de octubre de 2009, FD 3, (rec. 5877/2007).

- Sí considera el Tribunal Supremo nulo de pleno derecho por vulneración del derecho al honor el acto administrativo por el que un Ayuntamiento declara persona “non grata” a una persona jurídica -extensible también a una persona física-, pues no encuentra habilitación legal ni en las competencias municipales ni en la legislación sectorial, así como tampoco lo requiere el interés municipal ni la comunidad vecinal. Existen mecanismos legales suficientes -autotutela declarativa y ejecutiva- para evitar determinados comportamientos sin recurrir a la descalificación formal que comporta una vulneración del derecho al honor<sup>511</sup>.

### **iii) El derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23.1 CE**

Encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo un supuesto en el que se consideró vulnerado este derecho fundamental -de configuración legal<sup>512</sup>- con motivo de la denegación, por parte del Ayuntamiento y de una sociedad mercantil de capital íntegramente público, del acceso a un concejal a un expediente de enajenación del suelo. El Tribunal Supremo entiende que existe vulneración del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos –y, en consecuencia, nulidad de los actos que denieguen el acceso al expediente al concejal, pues equivale a una denegación indirecta del derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos a través de sus representantes, sin que pueda haber espacios exentos a esa participación y, al consiguiente control democrático<sup>513</sup>.

Igualmente podrían considerarse nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en el Pleno de un Ayuntamiento en los que no comparecen, por no

---

<sup>511</sup> STS de 23 de febrero de 2004, FFDD 5 y 6, (rec. 7431/2001).

<sup>512</sup> STS de 28 de septiembre de 2012, FD 3, (rec. 3283/2010).

<sup>513</sup> STS de 15 de junio de 2009, FD 6, (rec. 9584/2003).

haber sido formalmente convocados, todos o el único concejal que representa un partido político determinado. La exclusión del debate público de una sensibilidad política podría considerarse una vulneración del derecho fundamental del artículo 23.1 de la Constitución que reconoce el derecho de participación política de los ciudadanos, directamente o por medio de sus representantes<sup>514</sup>.

#### **iv) El derecho a la educación del artículo 27 CE**

En lo que respecta al derecho a la educación se han planteado supuestos en los que se han impugnado actos administrativos por posible vulneración de este derecho fundamental. Sin embargo, se trata de un derecho que presenta la dificultad añadida de conjugar el aspecto jurídico con el aspecto moral<sup>515</sup>. No entraremos ahora en este punto pues no es objeto de este trabajo, pero sí traemos a colación un pronunciamiento del Tribunal Supremo que entiende que el derecho de los padres a la educación de sus hijos, así como el derecho a la educación de los propios hijos no incluye el derecho a obtener plaza en un centro concertado determinado prescindiendo de los criterios establecidos por la Administración<sup>516</sup>. El derecho a la educación es compatible, por tanto, con las

---

<sup>514</sup> STS de 21 de mayo de 1993, FD 2, (rec. 3358/1991). En todo caso, al margen de que se pueda estar o no de acuerdo con esta interpretación del Tribunal Supremo, este asunto es también abordable desde el punto de vista de la causa de nulidad de los actos de órganos colegiados dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad. Analizaremos en el Capítulo III el alcance de este motivo de nulidad.

<sup>515</sup> Buen ejemplo de lo mencionado es la polémica generada con la asignatura de Educación para la Ciudadanía. Entre otras, la STS de 11 de febrero de 2009, (recs. 948/2008, 949/2008 y 1013/2009), determina que el contenido de la asignatura no lesiona el derecho de los padres para que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones morales y religiosas (artículo 27.3 CE). Además, la tesis mayoritaria considera que el citado artículo 27.3 no puede, mediante la objeción de conciencia que también tiene rango de derecho fundamental, amparar que el alumno no curse la citada asignatura. Sin embargo, esta sentencia tiene cinco votos particulares que discrepan de la tesis mayoritaria, lo que pone de manifiesto la complejidad de una cuestión que es tan jurídica como moral.

<sup>516</sup> STS de 25 de octubre de 2010, FD 6, (rec. 4226/2009).

pautas organizativas que la Administración debe establecer con fines organizativos.

En relación con el ámbito sancionador, tampoco se consideran vulneradoras del derecho fundamental a la educación las sanciones impuestas a un alumno de un centro público consistentes en la prohibición de asistencia al centro educativo, en la medida en que tengan carácter temporal y no se prive del derecho a la evaluación. En consecuencia, tampoco estos actos administrativos de contenido sancionador serían nulos de pleno derecho<sup>517</sup>.

#### **v) La libertad sindical del artículo 28.1 CE**

Terminamos el análisis de este grupo de derechos fundamentales con menor presencia en la casuística con la libertad sindical consagrada en el artículo 28.1 CE.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que considera vulneradora de la libertad sindical cualquier conducta que limita sólo a los sindicatos más representativos la participación en materias como el acceso a subvenciones, ayudas o actividades de formación, que no guarden ninguna relación con las facultades que se derivan de la representación

---

<sup>517</sup> STS de 9 de mayo de 1994, FD 6, (rec. 3310/1992): “se alega, igualmente, vulneración del derecho a la educación (artículo 27 de la Constitución) y dice la parte demandante «que en ningún momento se puede privar del derecho a la escolarización a los alumnos de los centros públicos y desde luego no se puede impedir su derecho a la evaluación continua». La sanción impuesta a los hijos de los recurrentes no les ha privado del derecho a la escolarización, simplemente les ha privado del «derecho de asistencia al centro durante 14 y 12 días, sin que ello implique la pérdida de la evaluación continua y sin perjuicio de que conlleve la realización de determinados deberes a trabajos en el domicilio del alumno»”.

Sobre el régimen sancionador en el ámbito educativo y su compatibilidad con el derecho fundamental a la educación, cfr. SANZ RUBIALES, I., “El régimen sancionador en la enseñanza no universitaria”, en *Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 35, 1999, pp. 43 a 47.

institucional propiamente dicha<sup>518</sup>. En consecuencia, los actos administrativos cuyo contenido se encuadre en la citada conducta deberán calificarse como nulos de pleno derecho.

Misma calificación merecen los actos administrativos que vulneren las leyes que fijan los criterios necesarios para que un sindicato pueda participar en las mesas de negociación colectiva dentro de la función pública<sup>519</sup>. En los derechos fundamentales de configuración legal, la jurisprudencia opta generalmente por considerar lesionado el derecho cuando se vulneran las leyes que lo definen y dan contenido.

También en el ámbito del derecho a la libertad sindical en la función pública, el Tribunal Supremo determina que la condición de representante sindical de un funcionario no le autoriza a incumplir a su conveniencia las obligaciones profesionales que su estatuto funcionarial le impone. Será necesario armonizar sus deberes profesionales derivados del principio constitucional de eficacia administrativa con sus tareas como representante sindical<sup>520</sup>.

#### **6) ¿Existe una “fórmula mágica” para determinar cuándo hay lesión a un derecho fundamental y cuándo no?**

Desgraciadamente, no podemos afirmar que existe la tan ansiada “fórmula mágica” para determinar cuándo un acto es vulnerador de derechos fundamentales a efectos de declarar su nulidad de pleno derecho. Como hemos comentado al inicio del análisis de este supuesto, estamos probablemente ante el supuesto más valorativo de todos los tasados en el artículo 47.1 LPACAP. Sin embargo, pese a que no existe la “fórmula mágica”, del estudio exhaustivo que

---

<sup>518</sup> Entre otras, STS de 5 de marzo de 2010, FD 1, (rec. 453/2008), STS de 21 de octubre de 2009, FD 4, (rec. 1292/2008), STS de 16 de julio de 2012, FD 5, (rec. 2457/2011).

<sup>519</sup> STS de 17 de noviembre de 2010, FFDD 5, 6 y 7, (rec. 2372/2009).

<sup>520</sup> STS de 28 de septiembre de 2011, FD 6, (rec. 3923/2005).

hemos realizado sí podemos sacar una serie de conclusiones que, sin llegar a desembocar en una ecuación matemática, pueden acotar en gran medida el amplio espectro de valoración que rodea siempre a este supuesto de nulidad de pleno derecho. En definitiva, de lo que se trata es de buscar el punto de equilibrio entre la aplicación restrictiva de la nulidad de pleno derecho y la protección extensiva de los derechos fundamentales como pilar del orden público:

- En primer lugar, como hemos desarrollado anteriormente, es absolutamente necesario que el acto administrativo haya producido la lesión al derecho fundamental. La lesión debe ser real, efectiva, actual y generadora de una situación material de indefensión. Excepcionalmente el requisito de actualidad puede no ser necesario si existe certeza de que la lesión efectiva se va a producir en el futuro.
- Puesto que la nulidad de pleno derecho debe tener carácter restrictivo, el acto que lesiona un derecho fundamental no deberá superar el juicio de proporcionalidad para ser nulo. El acto administrativo que afecte a derechos fundamentales será proporcional si es objetivamente necesario para el fin que persigue, si acoge la medida menos gravosa de entre todas las posibles y si, en términos generales, genera más beneficios que perjuicios su aplicación.
- Para finalizar, adquiere especial relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales el análisis caso por caso. Como se ha dicho más arriba, toda abstracción o generalización en este campo nos conduciría al error, puesto que las circunstancias del caso concreto en una materia tan sensible y tan básica para el Estado de Derecho son vitales para el fin último que no es otro que garantizar la conservación de los derechos fundamentales.

Dicho todo lo anterior, y trayendo a colación la teoría de la invalidez de los actos desarrollada en el primer Capítulo, la relevancia práctica de apreciar nulidad de pleno derecho o anulabilidad se reduce al plazo que dispone el legitimado para impugnar el acto administrativo. Quizás estemos ante el

supuesto de nulidad en el que el requisito del plazo tenga menor importancia puesto que los derechos fundamentales se presentan de un modo más identificable o reconocible a los administrados que conceptos más técnicos o propios de la ciencia jurídica como procedimiento, contenido imposible o incompetencia manifiesta. Se antoja complicado que ante un supuesto de vulneración de derechos fundamentales el afectado no reaccione en el plazo previsto legalmente para interponer el oportuno recurso, con lo cual, tanto por la vía de la nulidad como por la vía de la anulabilidad, podría lograrse el objetivo de la eliminación del acto y de sus efectos desplegados. Además, sin perder de vista que la importancia reside en la protección de los derechos fundamentales, el legislador ha habilitado, además de los recursos ordinarios y la revisión de oficio, un procedimiento jurisdiccional especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona que podrá interponerse sin agotar previamente los recursos en vía administrativa<sup>521</sup>. En definitiva, el ordenamiento jurídico-administrativo ofrece vías suficientes para la protección de los derechos fundamentales, como no podía ser de otra manera dada la posición central que éstos ocupan en el sistema jurídico.

### **III.- ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE TENGAN UN CONTENIDO IMPOSIBLE**

El artículo 47.1 c) LPACAP califica como nulos de pleno derecho los actos que tengan un contenido imposible. Nos encontramos ante una de las causas de nulidad con más arraigo histórico<sup>522</sup> junto con los actos administrativos constitutivos de delito, la incompetencia manifiesta y la ausencia total y absoluta de procedimiento o reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

---

<sup>521</sup> Este procedimiento especial se regula en los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>522</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 198.

El contenido imposible como causa de nulidad de pleno derecho se incluyó en la Ley de Procedimiento de 1958, cuyo artículo 47.1. b) determinaba la nulidad para los actos “*cuyo contenido sea imposible*”. Con una redacción casi idéntica figuraba en la Ley 30/1992 RJAPPAC –“*los que tengan un contenido imposible*”- y con esta misma expresión se recoge en el artículo 47.1 de la vigente Ley 39/2015 PACAP. Se puede, por tanto, afirmar que no ha habido grandes cambios en la configuración de esta causa de nulidad que pasamos a analizar.

### 1) Lo imposible en Derecho: *ad impossibilia nemo tenetur*

La RAE define el término “imposible” como “*no posible*” y lo posible como “*que puede ser o suceder*”. Por consiguiente, *contrario sensu*, es imposible aquello que no puede ser ni suceder<sup>523</sup>.

Desde la óptica jurídica, la imposibilidad constituye un obstáculo insalvable para el cumplimiento de una determinada obligación o mandato<sup>524</sup>. El límite que obsta el cumplimiento puede ser de carácter físico o puede ser de carácter jurídico, pero, en cualquier caso, debe tratarse de un obstáculo insalvable.

La imposibilidad absoluta del cumplimiento de una obligación ha sido, desde antiguo y por razones de pura lógica, causa de inexigibilidad de la misma. El Derecho Romano lo expresó con aforismos que han llegado hasta nuestros días como “*ad impossibilia nemo tenetur*” o “*impossibilium nulla est obligatio*”<sup>525</sup>. En definitiva, nadie está obligado a lo que es imposible, es decir, a lo que no puede ser ni suceder.

Ha sido en el campo del Derecho privado dónde más desarrollo ha tenido la cuestión de la imposibilidad y sus consecuencias, especialmente en el ámbito de

---

<sup>523</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: imposible, 1ª acepción, voz: posible, 1ª acepción.

<sup>524</sup> Sobre el concepto de imposibilidad, cfr. MASCAREÑAS, C-E. & PELLISÉ PRATS, B., (1962), voz “Imposibilidad” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Seix, Barcelona, p. 454.

<sup>525</sup> Digesto, Libro 50, Título 17, Fragmento 185.

obligaciones y contratos. Es clarificador el contenido del artículo 1272 del Código Civil que, en relación con el objeto de los contratos, manifiesta que “*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*”<sup>526</sup>.

La imposibilidad del objeto de la obligación o del contrato tiene diversos efectos para la doctrina civilista. Para algunos, la prestación será nula<sup>527</sup>, para otros simplemente no nace<sup>528</sup>, incluso se utilizan ambas ideas indistintamente según las clases de imposibilidad<sup>529</sup>. Independientemente del efecto que se atribuya a la obligación que recaiga sobre cosa o servicio imposible -ya se pudo observar en el Capítulo I la confusión terminológica en materia de nulidad que existe en el campo del derecho privado-, los autores coinciden en que existen diversas clases de imposibilidad, y no de todas se predicen los mismos efectos:

- En primer lugar, la imposibilidad puede ser originaria o sobrevenida. Será originaria cuando, desde su nacimiento, la prestación es imposible y será sobrevenida cuando esta imposibilidad, por la causa que fuere, se hace imposible en un momento posterior a su nacimiento. La doctrina coincide en que la nulidad sólo se predica de la imposibilidad originaria, pues la sobrevenida pudo ser cumplida en un tiempo<sup>530</sup>. La prestación imposible

---

<sup>526</sup> No es la única manifestación que hace el Código Civil en relación con la imposibilidad de las obligaciones, así, entre otros, destacan el artículo 1116: “Las condiciones imposibles (...) anularán la obligación que de ellas dependa”, el artículo 1182 “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”, el artículo 1261.2 que exige un objeto cierto como requisito necesario para la existencia del contrato, o, al regular el contrato de compraventa, el artículo 1460.1 “Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato”, entre otros.

<sup>527</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 241.

<sup>528</sup> Cfr. ALBALADEJO, M., (2002), *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Ed. 11ª, Bosch, Barcelona, p. 21.

<sup>529</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (1983), *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo III. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Ed. 13ª., Reus, Madrid, pp. 66 y 67. La imposibilidad absoluta impediría el nacimiento de la obligación y la imposibilidad originaria daría lugar a su nulidad.

<sup>530</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (1983), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 67, quien considera que la imposibilidad sobrevenida sólo transforma la obligación -en resarcimiento por daños o produce su extinción- pero no la anula.

desde su nacimiento es nula, pues “*desde un principio carece de finalidad, de sentido y de objeto*”<sup>531</sup>.

- En segundo lugar, se distingue entre una imposibilidad absoluta u objetiva y una imposibilidad relativa o subjetiva. Es absoluta cuando la prestación no puede llevarse a cabo por ninguna persona en ningún tiempo y es relativa la prestación que podría llevarse a cabo por otras personas, pero no por quién está obligado a ella. Es lugar común en la doctrina que, por regla general, la imposibilidad absoluta anula la obligación y la relativa sólo la anula cuando la obligación tenga carácter personalísimo, esto es, cuando la prestación sólo pueda ser ejecutada por la persona obligada en función de sus especiales cualidades o circunstancias<sup>532</sup>.
- En tercer lugar, se distingue entre imposibilidad total del objeto de la obligación o imposibilidad parcial. Sólo afectará a la validez de la obligación o del contrato la imposibilidad que afecte a la totalidad de la prestación<sup>533</sup>.
- Por último, se distingue entre si la nulidad sólo es predicable de las prestaciones permanentemente imposibles o si, por el contrario, también puede predicarse de las que son imposibles temporalmente. Parece que, asumiendo que la imposibilidad debe ser absoluta y siendo coherentes con este razonamiento, es sensato inclinarse por el carácter permanente de la imposibilidad<sup>534</sup>.

En definitiva, para que podamos hablar de objeto imposible que pueda dar lugar a la nulidad -o la inexistencia según la terminología de alguna doctrina

---

<sup>531</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 241.

<sup>532</sup> *Íbidem*, p. 248.

<sup>533</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., (1983), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 67, Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 247.

<sup>534</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 248. En contra, cfr. ALBALADEJO, M., (2002), *Derecho Civil II... op. cit.* p. 23.

*iusprivatista*-, la imposibilidad ha de ser originaria, total, permanente y absoluta o relativa si estamos ante una obligación personalísima.

Hasta aquí no presenta demasiadas dificultades la definición de imposibilidad, sin embargo, merece la pena analizar con mayor detenimiento las clases de imposibilidad. La doctrina y el legislador<sup>535</sup> diferencian entre imposibilidad natural o física e imposibilidad jurídica<sup>536</sup>. La pregunta que nos surge en este momento es si realmente la jurídica es una verdadera imposibilidad tal y como la hemos definido más arriba.

Estamos ante un supuesto de imposibilidad física -también denominada fáctica, natural o de hecho- cuando la prestación es imposible de cumplir de acuerdo con las leyes de la naturaleza o de la física. Por ejemplo, es imposible el negocio jurídico cuyo objeto sea un viaje a Plutón.

Por el contrario, en la imposibilidad jurídica el objeto sobre el que recae la obligación es contrario a una prohibición legal<sup>537</sup>, entendida ésta en sentido amplio. En palabras del Tribunal Supremo, la imposibilidad jurídica *“abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica”*<sup>538</sup>. La imposibilidad jurídica se

---

<sup>535</sup> El artículo 1184 del Código Civil establece que “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

<sup>536</sup> En este punto, cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 246, entiende que además de la imposibilidad física por causas naturales y la imposibilidad jurídica, existe una tercera imposibilidad que denomina “de carácter fáctico o práctico”, cuando la prestación sólo puede conseguirse con una grandísima dificultad hasta el punto de poder tildar el compromiso de irracional por la gran dificultad práctica que entraña. El autor pone el ejemplo de la búsqueda de un anillo en el fondo del mar.

Entendemos que no está justificada esta tercera causa pues añade una gran imprecisión e indeterminación que crea más problemas de los que resuelve, pues genera gran inseguridad jurídica tener que interpretar en cada caso concreto el nivel de dificultad de la prestación a fin de determinar su invalidez o no. La prestación será posible o imposible, y si se admite la dificultad entrará dentro de lo posible y si la dificultad es del todo extraordinaria estaremos ante un supuesto de prestación imposible. No parece, en principio, clarificador incorporar la proporcionalidad como elemento determinante de la imposibilidad.

<sup>537</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho... op. cit.* p. 246, ALBALADEJO, M., (2002), *Derecho Civil II... op. cit.* p. 23, CASTÁN TOBEÑAS, J., (1983), *Derecho Civil Español... op. cit.* p. 66.

<sup>538</sup> STS (Sala 1ª) de 30 de abril de 2002, FD 7, (rec. 3431/1996). Expresándolo de diferente modo pero casi idéntico contenido la STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987, FD 3, (ES:TS:1987:8565) entendía por imposibilidad legal “aquella que por derivación del

aplica en la práctica a los supuestos de negocios jurídicos que recaigan sobre una cosa que no sea susceptible de tráfico jurídico<sup>539</sup>. Un ejemplo típico de lo que puede entenderse por imposibilidad jurídica es la venta de un bien de dominio público, por ejemplo, del río Duero.

Si la imposibilidad que afecta a la invalidez del negocio jurídico ha de ser absoluta, es decir, que no pueda llevarse a cabo por ninguna persona en ningún tiempo, parece complicado que quepa un tipo de imposibilidad jurídica. La imposibilidad jurídica, tal y como la define la doctrina y el Tribunal Supremo, no es más que una ilegalidad. Admitiendo la categoría de la imposibilidad jurídica estamos equiparando lo imposible con lo ilegal, lo cual es, al menos, discutible.

Sin perjuicio de ulterior desarrollo en el ámbito del derecho administrativo, aportaremos en este momento tres argumentos en favor del carácter exclusivamente fáctico de la imposibilidad:

- Como hemos señalado, la RAE define “imposible” como lo que no puede ser ni suceder, y la doctrina exige que la imposibilidad sea absoluta y permanente para que sea invalidante. Dicho esto, todo apunta a que, en principio, la imposibilidad se refiere a lo inalcanzable según las leyes de la naturaleza y no lo contrario al ordenamiento jurídico vigente en cada momento.
- Tal vez la confusión radique en el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Como desarrollamos en el Capítulo I, sólo una interpretación errónea de este artículo llevaría a la conclusión de que la nulidad de pleno derecho es la regla general en derecho privado. Así lo

---

Ordenamiento jurídico y sea cual fuere la jerarquía normativa o la actuación de cualquier Organismo estatal establezca dentro de sus facultades una imposibilidad jurídica de cumplimiento.

<sup>539</sup> STS (Sala 1ª) de 26 de julio de 2000, FD 4, (rec. 2925/1995), declara nulidad del contrato por imposibilidad jurídica del objeto porque la normativa urbanística aplicable no permite la segregación de la parcela edificada con la superficie que se segrega.

ha determinado el Tribunal Supremo quien limita las infracciones del ordenamiento jurídico que conllevan nulidad pues, no cabe “*pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad*”<sup>540</sup>.

Precisamente por ello, tampoco cabe pensar que toda prestación contraria al ordenamiento jurídico es imposible -será, en su caso, ilegal- y, mucho menos, produce la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, pues esta categoría invalidante se reserva a las ilegalidades más graves y contrarias al orden público.

Esta conclusión que parece aceptable en el ámbito del derecho administrativo, quizás no lo sea tanto en el ámbito del derecho privado, donde las categorías de nulidad de pleno derecho y anulabilidad no se encuentran tan delimitadas.

- Por último, y para reforzar el carácter fáctico de la imposibilidad, es ilustrativo acudir al derecho penal donde el concepto de imposibilidad entra en juego en relación con la figura del delito imposible.

Nos encontramos ante un delito imposible cuando el resultado delictivo que prevé la normativa penal es absolutamente irrealizable<sup>541</sup>. Esa imposibilidad de llevar a la práctica el tipo penal puede deberse, o bien a la inexistencia absoluta de sujeto u objeto sobre el que debe recaer la

---

<sup>540</sup> Entre otras, cfr. STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1982, FD 4, (ES:TS:1982:90).

<sup>541</sup> Cfr. NÚÑEZ BARBERO, R., (1963), *El delito imposible*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 79.

Estaríamos ante un ejemplo de delito imposible cuando se trate de matar a una persona ya fallecida -falta absoluta de idoneidad de sujeto pasivo- o, cuando se trate de matar a una persona utilizando para ello una pistola de agua -falta absoluta de idoneidad de medios para llevar a cabo la acción típica-.

acción típica, o bien a la falta de idoneidad absoluta de los medios para poder llevar a cabo la acción delictiva<sup>542</sup>.

De la definición y de los ejemplos parece deducirse que el término imposible está concebido exclusivamente desde su perspectiva física o material<sup>543</sup>. Cuando la doctrina alude al delito imposible lo hace pensando en conductas delictivas que, por diversas circunstancias -ausencia de sujeto u objeto pasivo o falta de idoneidad de los medios-, no pueden ser o no pueden suceder en la práctica.

Al igual que en el derecho penal, en el derecho administrativo, tal y como se irá desarrollando a lo largo del análisis de este supuesto de nulidad relativo a los actos administrativos de contenido imposible, la doctrina mayoritaria opta por entender la imposibilidad desde un punto de vista físico o natural, nunca jurídico, pues lo antijurídico será ilegal y, en algunos casos, inválido, pero no necesariamente imposible.

## **2) Lo imposible en derecho administrativo: significado e interpretación del término imposible en el ordenamiento jurídico-administrativo**

Antes de entrar de lleno en el análisis concreto del artículo 47.1.c) LPACAP, y con el propósito de dotar de contenido al término imposible, puede ser de gran ayuda realizar un repaso de las principales leyes administrativas en busca del significado que adquiere el concepto de imposibilidad en el ordenamiento jurídico-administrativo.

---

<sup>542</sup> Según reiterada jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, “el verdadero delito imposible surge en aquellos casos en los que la imposibilidad de producción del resultado es consecuencia de la falta de medios aptos o por la ausencia de sujeto pasivo también idóneo”. Entre otras, vid. STS (Sala 2ª) de 5 de julio de 1993, FD 1, (rec. 1616/1992), STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 2004, FD 2, (rec. 346/2004), STS (Sala 2ª) de 4 de diciembre de 2008, FD 5 (rec. 818/2008), STS (Sala 2ª) de 22 de marzo de 2018, FD 2, (rec.1141/2017).

<sup>543</sup> Cfr. NÚÑEZ BARBERO, R., (1963), *El delito imposible... op. cit.* p. 97.

A decir verdad, no es un concepto que se prodigue en demasía en nuestra regulación; sin embargo, hay un precepto ampliamente desarrollado por doctrina y jurisprudencia cuya operatividad depende de la interpretación que se dé al término imposible. En efecto, el artículo 105.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), en relación con la ejecución de sentencias determina cómo actuar en los supuestos de concurrencia de “*causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia*”.

El legislador prevé dos tipos de imposibilidad, legal y material, lo cual, en principio, es contrario a la idea que venimos defendiendo de que lo imposible, por definición, ha de ser material o fáctico. A continuación, trataremos de determinar el contenido de cada una de las clases de imposibilidad previstas por el legislador para la ejecución de sentencias.

- En primer lugar, la imposibilidad material engloba los supuestos en los que, como consecuencia de un cambio en las circunstancias fácticas consideradas al momento de dictar la sentencia, no es posible ejecutar el fallo en sus propios términos por no existir al momento de la ejecución la cosa o el derecho al que dicho fallo se refería<sup>544</sup>. Por ejemplo, nombrar al aspirante a una plaza de funcionario público cuando éste haya fallecido o reponer a quién recurrió su cargo de concejal cuando la legislatura ha terminado.

También se admite por doctrina y jurisprudencia -especialmente en casos urbanísticos- que nos encontramos ante una imposibilidad material de ejecución cuando la complejidad de la ejecución sea irrazonable<sup>545</sup>. Dado el estado actual de la técnica, existen pocas situaciones absolutamente imposibles de llevar a cabo en la práctica. Sin embargo, existen pronunciamientos judiciales cuya realización práctica puede resultar

---

<sup>544</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., (2008), *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Cizur Menor, p. 270.

<sup>545</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2016), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998, de 13 de julio)*, Ed. 8ª, Civitas, Cizur Menor, p. 998.

desproporcionada, extremadamente costosa o alcanzar un nivel de dificultad que raya en lo imposible<sup>546</sup>.

De este modo, se reconoce como materialmente imposible por la jurisprudencia la reposición al momento de origen de una urbanización totalmente ejecutada por la extrema dificultad que suponía la “*restitutio in natura*”<sup>547</sup> o, en sentido contrario, sí sería irrazonable demoler un edificio entero que esté ya terminado, pero no es irrazonable rebajar su altura en un metro pues no exige actuaciones extremadamente complejas ni costosas<sup>548</sup>. En definitiva, la imposibilidad es un concepto restrictivo y excepcional, por lo cual no debe asimilarse a cualquier dificultad técnica que pueda surgir a la hora de ejecutar<sup>549</sup>.

- En segundo lugar, la imposibilidad legal -sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo sobre ella pues no es objeto del presente trabajo- es aplicada por nuestra jurisprudencia a los supuestos en que un cambio normativo prohíbe o impide la ejecución de un fallo judicial emitido al amparo de una legislación diferente<sup>550</sup>. No sólo se exige un cambio normativo que haga ilegal la ejecución de la sentencia, sino que, además, ex artículo 103.4 LJCA, las nuevas disposiciones no pueden tener la intención de eludir el cumplimiento de la sentencia<sup>551</sup>.

Sin entrar en matices, lo que interesa destacar en este punto es que el cambio normativo que puede dar lugar, en su caso, a una inejecución de

---

<sup>546</sup> Cfr. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material”, en *Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 100, 2018, p. 240.

<sup>547</sup> STS de 25 de septiembre de 2015, FD 2, (rec. 3003/2013).

<sup>548</sup> STS de 22 de noviembre de 2005, FD 2, (rec. 3003/2003).

<sup>549</sup> STS de 23 de febrero de 2010, FD 6, (rec. 4758/2007).

<sup>550</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2016), *Comentarios a la... op. cit.* pp. 998 y 999, GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., (2008), *La imposibilidad de... op. cit.* p. 271, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. & FERNÁNDEZ MONTALVO, R., (1999), *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa, Tomo VII, Ejecución de sentencias (Arts. 103 a 113 LJCA)*, Boch, Barcelona, p. 121.

<sup>551</sup> La mayor parte de la jurisprudencia sobre esta materia tiene que ver con la modificación del planeamiento urbanístico, véase, entre otras, STS de 13 de mayo de 2014, FD 5, (rec. 2417/2013) o STS de 4 de febrero de 2009, FD 6, (rec. 1745/2007).

la sentencia en sus propios términos, no provoca la imposibilidad de cumplimiento del fallo -que sería perfectamente ejecutable en la práctica- sino que, por motivos lógico-jurídicos, no tiene sentido ejecutarlo pues es contrario a la legalidad<sup>552</sup>.

Nos encontramos nuevamente, como ya razonamos en el epígrafe anterior, en condiciones de entender la imposibilidad como algo exclusivamente fáctico pues, una vez más, en esta ocasión en el ordenamiento jurídico-administrativo, la expresión “imposibilidad legal o jurídica” no se refiere a una situación imposible, que no puede suceder, sino a una situación ilegal, contraria al ordenamiento jurídico<sup>553</sup>.

Para concluir este análisis, como ya adelantamos líneas más arriba, es necesario destacar que la categoría de la imposibilidad ha de ser, en todo caso, interpretada de forma excepcional y restrictiva<sup>554</sup>. Y, como veremos a continuación, tal y como venimos afirmando durante todo el trabajo, si de la imposibilidad depende la nulidad de pleno derecho de un acto, por motivos de

---

<sup>552</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 343, entiende que la imposibilidad jurídica contiene una “contradictio in adjecto” puesto que imposible equivale a ilegal, por lo que admitirlo conlleva negar toda la utilidad a la distinción entre nulidad y anulabilidad. En el mismo sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2016), *Comentarios a la... op. cit.* p. 998. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 672,

En esta línea, cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, p. 310. La imposibilidad jurídica se asimila a la situación de ilegalidad, “ya tenga virtualidad invalidante o no”.

También en la jurisprudencia se reproduce esta idea, vid., por ejemplo, la STS de 17 de enero de 2015, FD 6, (rec 201/2002) que afirma que “la imposibilidad e ilegalidad no son términos equivalentes”.

<sup>553</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2010), *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Lustel, Madrid, p. 1109. Meridianamente claro es el autor cuando se refiere, para argumentar el carácter exclusivamente material de la imposibilidad, a que “los impropriadamente llamados imposibles legales son, sencillamente, situaciones o conductas antijurídicas” y advierte que deben ser tratados con especial cautela.

<sup>554</sup> En relación con el artículo 105.2 LJCA ha de ser restrictiva ya que la inejecución de sentencias es un límite al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que incluye la ejecución de lo juzgado. Véase, entre otras, STS de 21 de septiembre de 2017, FD 14, (rec. 477/2016) o ATS de 2 de noviembre de 2017, FD 1, (rec. 677/2017).

seguridad jurídica, la calificación del contenido de un acto como imposible ha de ser, en todo caso, restrictiva.

### **3) Identificación del contenido imposible a efectos de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo**

Lo primero que hay que destacar de esta causa de nulidad es que, en oposición a las causas de nulidad de carácter formal, el legislador en este momento se refiere al contenido del acto administrativo<sup>555</sup> que, según el artículo 34.2 LPACAP “se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”.

Interpretando este artículo a la luz del 48.1 LPACAP que determina la anulabilidad de los actos administrativos “*que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*” se deduce que, en principio, será anulable el acto cuyo contenido no se ajuste a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el legislador reserva excepcionalmente la nulidad de pleno derecho para los actos cuyo contenido, no sea solamente contrario al ordenamiento jurídico, sino que sea imposible<sup>556</sup>.

#### **a) Características de la imposibilidad a efectos de la nulidad de pleno derecho**

Para que esta causa de nulidad de pleno derecho no se convierta en un cajón de sastre cuyo contenido sea difuso o impreciso, es necesario, por razones de seguridad jurídica, determinar la configuración del término “imposible”. El propio

---

<sup>555</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 138, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y... op. cit.* p. 186, LLISSET BORRELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. & LÓPEZ PELLICER, J. A., (2000), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 209.

<sup>556</sup> En palabras de GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 202, la aplicación de la supuesta imposibilidad jurídica a toda ilegalidad produce una utilización “desproporcionada” de la categoría de la nulidad.

Consejo de Estado se ha pronunciado expresamente sobre la importancia de interpretar restrictivamente todas las causas de nulidad de pleno derecho, pero especialmente, la que ahora analizamos “*tratando de evitar en concreto que a través de tal causa se canalice todo supuesto de ilegalidad o prohibición*”<sup>557</sup>.

### **i) Imposibilidad material *versus* imposibilidad jurídica**

Como ya hemos dicho *supra* el concepto imposible no puede referirse sino a lo que material, física o fácticamente no puede ser o suceder. No constituye una excepción el ámbito de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y, por lo tanto, tal y como afirma la mayoría de la doctrina<sup>558</sup>, el contenido imposible alude exclusivamente a su vertiente fáctica.

Además de los argumentos arriba expuestos, consideramos ilustrativo traer a colación la redacción de esta causa de nulidad en las distintas leyes de procedimiento administrativo, pues nos da más argumentos sobre el carácter material de la imposibilidad. En efecto, nuestra primera Ley de Procedimiento de 1958 integraba en el artículo 47.1.b) la nulidad del acto de contenido imposible junto con el constitutivo de infracción penal. Sin embargo, y así se mantiene hasta la actualidad, la Ley 30/1992 RJAPPAC, sin modificar el contenido de los preceptos, divide en apartados diferentes el acto de contenido imposible y el

---

<sup>557</sup> Dictamen del Consejo de Estado 564/2017, de 20 de julio. También la STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 2620/2015): “La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado”. En el mismo sentido, STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 91/2016), STS 3 de diciembre de 2008, FD 5, (rec. 219/2004), STS de 28 de marzo de 2006, FD 6, (rec. 5580/2003) o STS de 19 de mayo de 2000, FD 2, (rec. 647/1995).

<sup>558</sup> Entre esta doctrina mayoritaria destacamos a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 672, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 343, VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1982), “Teoría general de los vicios del acto administrativo” en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, IEAL, Madrid, p. 646, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. p. 201, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* op. cit. p. 184, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento...* op. cit. p. 215, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 393, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho...* op. cit. p. 953.

constitutivo de infracción penal. El hecho de que en el origen ambas causas de nulidad estuvieran redactadas en el mismo supuesto no es, a nuestro juicio, baladí, pues se trata de una clara alusión a las dos caras de la misma moneda. Por un lado, el contenido imposible como imposibilidad material absoluta de ejecutar un acto y, en consecuencia, necesariamente nulo. Por otro lado, la infracción penal como la infracción jurídica más grave –asimilable a la errónea expresión “imposibilidad jurídica”- prevista en el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia, debe determinar también la nulidad de pleno derecho del acto<sup>559</sup>.

Un último argumento en contra de admitir la imposibilidad jurídica como causa de nulidad tiene que ver con una interpretación sistemática de los artículos 47.1 y 48 LPACAP que describen las causas de nulidad y anulabilidad respectivamente. Si se admitiese la imposibilidad jurídica como causa de nulidad de pleno derecho, no tendría sentido la enumeración de causas tasadas de nulidad del artículo 47.1 LPACAP<sup>560</sup>. En efecto, las causas de nulidad tasadas no dejan de ser supuestos específicos de vulneraciones del ordenamiento jurídico que, por su gravedad y afcción al orden público, el legislador ha optado por incluir en el grado máximo de invalidez que constituye la nulidad de pleno derecho. Del mismo modo, no tendría sentido el contenido del artículo 48 que determina la anulabilidad para los actos cuyo contenido contravenga el ordenamiento jurídico fuera de los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho. También en este artículo quedaría encuadrado el supuesto de los actos de contenido jurídicamente imposible.

En conclusión, de dar por buena la tesis de la imposibilidad jurídica, se produciría una confusión entre ambos grados de invalidez y no quedaría más

---

<sup>559</sup> Muchos problemas interpretativos se habrían ahorrado si el legislador hubiera tenido a bien admitir la Enmienda nº 484 del Congreso de los Diputados del grupo parlamentario Popular a la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que propuso que la redacción final de esta causa de nulidad fuese “contenido material imposible”. Ahora bien, no estamos de acuerdo con la argumentación que se basaba en que “si la imposibilidad es jurídica es sólo anulabilidad”, pues está admitiendo que la imposibilidad puede ser jurídica. En nuestra opinión lo imposible se refiere siempre a lo material, no tiene cabida en lo jurídico. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 154.

<sup>560</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 201 y MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1950.

remedio que poner fin a la distinción entre nulidad y anulabilidad. Parece que esta solución no es la adecuada ya que, tanto la tradición jurídico-administrativa como el legislador diferencian dos grados de invalidez -nulidad y anulabilidad- para supuestos de ilegalidades diferentes y con regímenes procesales distintos por motivos esencialmente de gravedad y afección al orden público tal y se analizó en el capítulo primero.

En fin, como venimos razonando, la imposibilidad tiene un carácter necesariamente material<sup>561</sup>. No obstante, no faltan voces autorizadas en la doctrina que defienden la posibilidad de incluir en los supuestos de contenido imposible hipótesis de imposibilidad jurídica<sup>562</sup>. En este sentido, el profesor BACA ONETO no equipara la imposibilidad jurídica a cualquier ilegalidad, sino sólo a la disposición por parte de la Administración de una *res extracommercium* o a la enajenación de potestades públicas<sup>563</sup>, lo cual sería nulo de pleno derecho ex artículo 47.1.c).

Sin negar que, en efecto, estamos ante un supuesto especialmente grave y contrario al orden público merecedor de la nulidad, no podemos compartir que constituya un supuesto de contenido jurídicamente imposible dado su exclusivo carácter material por un doble motivo: en primer lugar, porque la admisión del contenido jurídicamente imposible para la cesión de bienes *extracommercium* o de potestades públicas generaría un precedente que podría dar lugar en el futuro a incluir otros supuestos, y ello es contrario a la interpretación restrictiva propia de las causas de nulidad de pleno derecho en derecho administrativo<sup>564</sup>. Y, en

---

<sup>561</sup> Cfr. RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), "Comentario al artículo 62. Nulidad de pleno derecho" en *Comentarios a la Ley 30/92* (dirs. SÁNCHEZ MORÓN, M. & MAURANDI GUILLÉN, N.), Lex Nova, Valladolid, p. 431.

<sup>562</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1203. Entienden que bien podría catalogarse entre los supuestos de imposibilidad jurídica, el acto por el que se autoriza la edificación en una vía pública.

<sup>563</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 153 y 154.

<sup>564</sup> En ocasiones, a nuestro juicio de forma equivocada, el Tribunal Supremo ha encontrado la solución en el derecho común y no en el derecho administrativo. En la STS de 14 de mayo de 2004, FD 4, (rec. 1797/2002), declara nulo un contrato público realizado por la Administración cuyo objeto recaía en una *res extracommercium* acudiendo al artículo 6.3 del Código Civil. Calificamos esta resolución de poco rigurosa pues, el propio Tribunal Supremo, entendemos que

segundo lugar, porque si admitimos el carácter material del acto de contenido imposible, debemos acudir al resto de causas tasadas de nulidad -todas ellas fundamentadas en motivos jurídicos- para tratar de encontrar en ellas la solución, y de lo contrario estaremos ante un supuesto de anulabilidad<sup>565</sup>.

Parte de la doctrina considera que el supuesto de enajenación de bienes de dominio público o de potestades públicas constituye un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos sin requisitos esenciales para su adquisición, previsto en el artículo 47.1.f) LPACAP<sup>566</sup>. Sin embargo, y adelantando el análisis que realizaremos de estos supuestos en el Capítulo IV, consideramos que tampoco encaja perfectamente en este supuesto, toda vez que éste exige la ausencia de requisitos de carácter subjetivo y, en el caso de los bienes de dominio público o las potestades públicas el requisito ausente es de carácter objetivo. Es decir, es la propia configuración legal del bien –imprescriptible e inalienable- la que impide que pueda ser enajenado.

Ahora bien, cuestión distinta de la anterior constituye la disposición por parte de la Administración Pública de bienes de propiedad privada que son, en principio, susceptibles de tráfico jurídico.

En este caso sí podemos decir que estamos ante un acto de contenido imposible -disponer de algo que no es tuyo- pero es una imposibilidad de carácter material y no jurídica. En efecto, el acto de disposición de un bien es un acto con un marcado carácter material que sólo puede llevarse a cabo por su propietario.

---

de forma más acertada, en la STS de 2 de noviembre de 2004, FD 5, (rec. 130/2002), entiende que el artículo 6.3 del Código Civil no es aplicable a los actos administrativos ya que existe una regulación específica de su nulidad en el ordenamiento jurídico-administrativo.

<sup>565</sup> En este sentido, véase STS de 30 de noviembre de 2017, FD 3, (rec. 2830/2015). Misma interpretación ofrece el Consejo de Estado en su Dictamen 111/2002, de 7 de febrero, en un asunto relativo a un funcionario público que, por circunstancias, accede a la función pública sin la titulación requerida legalmente. El Consejo de Estado propone que no es la causa del acto de contenido imposible la que puede determinar la nulidad del nombramiento, sino la prevista en el hoy artículo 47.1.f) relativo a la adquisición de facultades y derechos careciendo de los requisitos esenciales necesarios al no tener la titulación requerida en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes.

<sup>566</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 203.

Así, el Tribunal Supremo entiende que constituye un acto de contenido imposible el contrato por el que un Ayuntamiento acuerda con una empresa la colocación de publicidad mediante rótulos de señalización en bienes de propiedad privada<sup>567</sup>. Al margen de las ilegalidades en que pueda incurrir ese contrato, su nulidad proviene de la imposibilidad material que supone llevar a cabo un acto de disposición de un bien sobre lo que no tienes derecho alguno.

## ii) El carácter necesariamente originario de la imposibilidad

Si en el debate sobre el carácter material o jurídico de la imposibilidad puede surgir alguna duda o incluso podemos encontrar jurisprudencia y doctrina en ambos sentidos, no ocurre lo mismo cuando nos preguntamos si, desde el punto de vista temporal, la imposibilidad ha de ser necesariamente originaria o si se debe admitir la imposibilidad sobrevenida como causa de nulidad.

Es lugar común en la doctrina que, a efectos de nulidad de pleno derecho, la imposibilidad del contenido del acto ha de ser originaria<sup>568</sup>. Es decir, la imposibilidad material del contenido del acto debe concurrir en el momento de producirse el acto nulo<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> STS de 30 de mayo de 1991, FD 3, (ES:TS:1991:15712). “El convenio entre las partes suponía formalizar un negocio jurídico relativo a bienes que no se encontraban en el patrimonio de dichas partes sino en el de terceros, por lo que en términos jurídicos debe considerarse de contenido imposible y por ende nulo de pleno derecho”.

<sup>568</sup> En este sentido, defendiendo el carácter originario de la invalidez y negando su posible carácter sobrevenido a efectos de nulidad, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 672, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 186, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* op. cit. p. 184, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento...* op. cit. p. 215, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” op. cit. p. 1950, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* op. cit. p. 154, VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Ed. 4ª, Aranzadi, Cizur Menor, p. 453.

<sup>569</sup> No tiene tampoco dudas en este punto la jurisprudencia, vid., por ejemplo, STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 2620/2015): “Sobre los requisitos de la imposibilidad, hemos señalado que la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente

Se niega, por tanto, la eventualidad de que una imposibilidad sobrevenida pueda provocar la nulidad de pleno derecho. Tratándose de invalidez, y en coherencia con su necesario carácter originario desarrollado en el primer Capítulo de este trabajo, un cambio de circunstancias fácticas sobrevenido no podrá convertir el acto válido en inválido, sino que estaremos ante un supuesto de ineficacia<sup>570</sup>.

No podemos llegar a otra conclusión si defendemos el carácter estático de la invalidez, por el cual ésta sólo puede valorarse al momento de la perfección del acto. Por ello, circunstancias sobrevenidas -posteriores al momento de perfección del acto- no afectarán a la validez del acto sino que podrían afectar, atendiendo al caso concreto, a su eficacia<sup>571</sup>. Esta categoría es radicalmente distinta a la de la validez y tiene un carácter dinámico, por lo que puede verse afectada por circunstancias sobrevenidas, como en el caso que ahora analizamos.

### **iii) La naturaleza objetiva y, excepcionalmente, subjetiva de la imposibilidad**

El carácter objetivo atribuido por parte de la doctrina a la imposibilidad exige que el contenido imposible del acto administrado no pueda ser ejecutado por nadie<sup>572</sup>.

---

a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad; la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto”.

<sup>570</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 672 y BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 184.

<sup>571</sup> La jurisprudencia se pronuncia mayoritariamente en este sentido, cfr., entre otras, STS de 2 de noviembre de 2004, FD 4, (rec. 130/2002), STS de 11 de abril de 2013, FD 4, (rec. 2200/2010), STS de 19 de mayo de 2000, FD 2, (rec. 647/1995), STS de 31 de mayo de 2012, FD 2 (rec. 397/2010), STS de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011).

<sup>572</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 203. Además, integra en las hipótesis de contenido objetivamente imposible todos aquellos supuestos técnicamente imposibles, es decir, que según el estado actual de la técnica no pueden ser exigidos. Admite el

En contraposición a la imposibilidad objetiva nos encontramos con la imposibilidad de carácter subjetivo. En este caso, el contenido del acto es de imposible cumplimiento para su concreto destinatario, pero puede ser ejecutado por un tercero. Como parece evidente, esta imposibilidad subjetiva no puede acarrear la nulidad de pleno del acto, pues ello conllevaría una interpretación demasiado extensiva de esta causa de nulidad y existen mecanismos jurídicos para solventar esta cuestión como, por ejemplo, la ejecución por un tercero a costa del destinatario del acto.

Ahora bien, existe una excepción por la cual puede declararse la nulidad de un acto administrativo de contenido subjetivamente imposible: cuando se trate de una obligación de carácter personalísimo y no quepa la sustitución del obligado por un tercero<sup>573</sup>. En estas hipótesis la imposibilidad subjetiva equivale a la objetiva. Valga como ejemplo el acto administrativo por el que se ordena a un cirujano funcionario público elaborar un informe sobre una operación que él mismo llevó a cabo concurriendo la circunstancia de que al momento de producción del acto administrativo el cirujano padece una enfermedad mental que le impide recordar la operación. El mismo problema se plantea en el derecho administrativo sancionador, dado el carácter personalísimo de las sanciones, por ejemplo, cuando se impone una sanción a una persona ya fallecida.

Por todo lo anterior entendemos que la imposibilidad a la que se refiere el artículo 47.1.c) LPACAP es, por regla general, de carácter objetivo pero, excepcionalmente, cuando la obligación contenida en el acto sea personalísima debemos admitir su carácter subjetivo.

---

autor que está inclusión puede generar conflictos ya que algunos de estos supuestos podrían ser potencialmente posibles.

<sup>573</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 207.

#### iv) Errores materiales, de hecho o aritméticos y contenido imposible

Una vez configurada la imposibilidad como material, originaria y, por regla general, objetiva, nos detendremos en último lugar en distinguir el contenido imposible propiamente dicho del mero error material o de hecho que pueda concurrir en el acto administrativo.

Es fácil pensar que, en ocasiones, los actos de contenido imposible responden a un error de la Administración Pública que los emite y, en consecuencia, intentar subsanar ese defecto mediante el artículo 109.2 LPACAP que regula el procedimiento de rectificación de errores con el siguiente tenor literal:

*“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.*

Ahora bien, el procedimiento de rectificación de errores -procedimiento para subsanar errores materiales, de hecho o aritméticos- y los recursos administrativos, contenciosos o la revisión de oficio -procedimiento a través de los cuales se puede declarar la invalidez del acto administrativo- tienen una naturaleza jurídica, finalidad y objeto completamente distintos que conviene aclarar en este momento.

La problemática que se genera tiene que ver con la distinción entre error de hecho, corregible a través de la rectificación de errores, y error de derecho<sup>574</sup>, el cual no puede subsanarse a través de este procedimiento pues constituiría un fraude de ley<sup>575</sup>. Puesto que la rectificación de errores se puede invocar “en

---

<sup>574</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 710.

<sup>575</sup> STS 3047/2003, de 3 de abril, (FD 13). Esta sentencia advierte que “se confunden los actos de contenido imposible con los que pueden haber incurrido en algún error” aclarando que el error de hecho no tiene por qué generar la nulidad de la resolución que lo contenga.

*cualquier momento*”, para evitar el fraude al que acabamos de aludir, es importante destacar que el procedimiento del artículo 109.2 LPACAP ha de interpretarse restrictivamente<sup>576</sup>.

Solamente cabrá acudir al procedimiento de corrección de errores del acto administrativo cuando se trate de simples equivocaciones que se adviertan de forma clara e indiscutible teniendo en cuenta exclusivamente el contenido del expediente que ha dado lugar al acto administrativo<sup>577</sup>. En definitiva, la corrección no puede suponer, en ningún caso, una modificación de la voluntad de la Administración ni una alteración del contenido fundamental del acto<sup>578</sup>.

Ante un acto nulo por contenido imposible lo que se persigue -mediante el recurso correspondiente o la revisión de oficio- es la declaración de invalidez del acto administrativo y, en consecuencia, el cese de sus efectos. Esa declaración de invalidez implica, necesariamente, una valoración jurídica del contenido del acto que no puede llevarse a cabo en una rectificación de errores. La potestad correctora de la Administración no valora la validez o invalidez del acto, sino que rectifica un acto válido -en principio- por un simple error material en su exteriorización<sup>579</sup>.

Esta idea no equivale a afirmar que la rectificación de errores y los procedimientos orientados a declarar la invalidez de un acto -recursos o revisión de oficio- sean procedimientos excluyentes<sup>580</sup>. Efectivamente, un acto puede ser objeto de rectificación y, posteriormente, ser declarado nulo por tener un contenido imposible. Lo que hay que destacar es que en el trámite de rectificación de errores no se cuestiona la validez, “*pues condición indispensable*

---

<sup>576</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 422.

<sup>577</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* p. 541.

<sup>578</sup> Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1982), “Teoría general de...” *op. cit.* p. 662, para quienes “La rectificación es una simple vuelta de la descripción de los hechos a la realidad, permaneciendo inalterable el contenido de la decisión jurídica”.

<sup>579</sup> Cfr. SANZ RUBIALES, I., “La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia” en *REDA*, nº 90, 1996, p. 301.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 304.

*de la rectificación es que el acto permanezca*<sup>581</sup>. Por ello, constituye un fraude de ley emplear la vía de la corrección de errores cuando lo que se pretende es convertir un acto nulo de pleno derecho en un acto válido.

La rectificación de errores ni es, ni debe utilizarse, como un procedimiento revisor de actos inválidos, sino que es una herramienta de la Administración para corregir un error en la exteriorización última del acto administrativo<sup>582</sup> y no para modificar la voluntad de la Administración, el contenido fundamental del acto o su sentido.

En conclusión, el contenido imposible del acto administrativo provoca la nulidad de pleno derecho pues supone una ilegalidad grave en la voluntad de la Administración emisora del acto. Sin embargo, el acto que contenga errores materiales, de hecho o aritméticos no es, en principio, un acto inválido, pues no existe ninguna ilegalidad en la formación de la voluntad administrativa, sino que existe un mero error en la exteriorización de esa voluntad que, siendo legal, se ha manifestado de forma incorrecta.

#### **b) Clasificación de actos administrativos nulos de pleno derecho por contenido imposible: un análisis jurisprudencial**

Partiendo de la ya expuesta y justificada interpretación restrictiva de todos los supuestos de nulidad en general, y particularmente del que ahora analizamos, así como de la imposibilidad entendida como un concepto físico y originario, trataremos de sistematizar, en la medida de lo posible y sirviéndonos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que se viene entendiendo en la práctica por acto de contenido imposible<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> STS de 6 de octubre de 1994, FD 2, (rec. 1504/1991).

<sup>582</sup> Ejemplos típicos de rectificación de errores son la equivocación en el apellido del aspirante a quien se ha concedido una beca de estudios cuando no se duda de su identidad o el error en la suma de cantidades que puedan deberse a la Administración por distintos conceptos.

<sup>583</sup> Es ilustrativa la STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 2620/2015) que considera que, en general, son “actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de

Para ello, consideramos que los actos nulos de pleno derecho por contenido imposible podrán agruparse en tres categorías:

- Una primera categoría será la formada por todos aquellos actos que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Como parece lógico, no son muchas las sentencias del Tribunal Supremo estimatorias por este motivo de imposibilidad, ya que la inadecuación total con la realidad física es fácilmente apreciable y no suele ser objeto de revisión por órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A pesar de ello, sí ha considerado el Tribunal Supremo que estamos ante un acto nulo por la causa del artículo 47.1.c) LPACAP cuando el contenido del acto no puede ejecutarse pues su objeto ya se ha producido antes de haberse dictado<sup>584</sup>.

Más ejemplos prácticos nos ofrece el Consejo de Estado, que considera que procede la declaración de nulidad en dos supuestos: cuando hay inadecuación absoluta del contenido del acto con la realidad sobre la que recae, o bien cuando el contenido del acto parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente. Concretamente, el supremo órgano Consultivo del Estado considera nula de pleno derecho la adjudicación de una finca que ha resultado ser inexistente, a pesar de que la finca ha tenido acceso al Registro de la Propiedad y consta en el Catastro, pero no existe como tal en la realidad física<sup>585</sup>. Igualmente, ha considerado nulo de pleno derecho

---

contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. Por fin, la jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste”.

<sup>584</sup> En la STS de 21 de junio de 1994, FD 2, (rec. 3558/1990), se declara la nulidad por contenido imposible del acto de adjudicación del montaje de unas casetas a una empresa cuando, en realidad, esas casetas ya estaban construidas.

<sup>585</sup> Dictamen del Consejo de Estado 982/2013, de 30 de enero de 2014.

por imposibilidad física la fijación de un valor catastral a un inmueble inexistente, sin realidad física<sup>586</sup>.

También por razones de inadecuación del acto con la realidad física sobre la que recae, el Consejo de Estado considera nulo el nombramiento de un funcionario para un destino que no existe ni en el Catálogo ni en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo<sup>587</sup>.

Cabe también mencionar como supuesto en que se ha apreciado la concurrencia de esta causa de nulidad el del acto que plantea un cambio de licencia sobre una parcela cuando de lo que se trataba era de conceder una completamente nueva en otra distinta<sup>588</sup>. Idéntica calificación y por idénticos motivos se da a la liquidación practicada a una sociedad no constituida<sup>589</sup> o ya extinguida<sup>590</sup>.

Por último, un reciente Dictamen informa a favor de declarar la nulidad de la notificación de una providencia de apremio después del fallecimiento de su destinatario por ser "*desde su origen materialmente irrealizable*"<sup>591</sup>.

- Un segundo grupo de actos administrativos nulos por contenido imposible está integrado por todos aquellos que encierran una contradicción interna en sus términos por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. Doctrina y jurisprudencia han tenido a bien denominar a estos supuestos como de imposibilidad lógica o ideal. Esta "imposibilidad lógica" se ha predicado de actos de que tengan un contenido absurdo, que tengan contradicciones en la motivación o que tengan contradicciones entre la motivación y la parte dispositiva. También

---

<sup>586</sup> Dictamen del Consejo de Estado 33/2006, de 26 de enero.

<sup>587</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1706/1994, de 20 de octubre.

<sup>588</sup> Dictamen del Consejo de Estado 651/2000, de 13 de abril.

<sup>589</sup> Dictamen del Consejo de Estado 88/2013, de 16 de mayo.

<sup>590</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 1489/2006, de 19 de octubre, 1837/2008, de 23 de diciembre y 595/2015, de 25 de junio.

<sup>591</sup> Dictamen del Consejo de Estado 26/2018, de 12 de abril.

en los que haya total desconexión entre la motivación y la parte dispositiva, los que se contradigan en su parte dispositiva, los actos que tengan condicionamientos incompatibles con su parte dispositiva, los actos contradictorios o incompatibles con otros de la misma o distinta persona pública y los actos incompatibles con su propia finalidad<sup>592</sup>. Es decir, actos carentes de toda congruencia, de tal forma que la aplicación de uno de sus elementos el efecto requerido por otro, sin que sea posible su aplicación simultánea<sup>593</sup>. Se requiere que las contradicciones en que recaiga el contenido del acto administrativo revistan la gravedad suficiente para que pueda calificarse de nulo de pleno derecho. En este caso, la gravedad -y, en consecuencia, nulidad- se produce cuando la contradicción es total e insuperable hasta el punto de que resulta imposible dar cumplimiento al contenido del acto.

Otras veces, esta especialidad de contenido imposible entra en escena, no sólo en relación con el contenido de un único acto, sino de dos que se contradicen recíprocamente. La solución que viene dando la jurisprudencia en este supuesto es declarar la nulidad por contenido imposible de ambos actos pues se coloca a su destinatario ante el dilema de conjugar dos actos contradictorios<sup>594</sup>.

- Por último, la jurisprudencia ha equiparado –“*en algunos casos*”<sup>595</sup>- la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con

---

<sup>592</sup> Ejemplifica en estos términos SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 346 y 347.

<sup>593</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 504/2014, de 12 de junio y 99/2006, de 15 de febrero, entre otros.

<sup>594</sup> Concretamente, el Tribunal Supremo decidió en este sentido en un asunto en el que un particular recibe dos notificaciones de órganos diferentes -Jurado Provincial de Expropiación y Ministerio de Medio Ambiente- relativas al mismo acto administrativo, el mismo día y que, para colmo, son contradictorias. La contradicción consistía en que una informa que contra el acto cabe recurso de reposición y otra, recurso contencioso administrativo. Cfr. STS de 27 de marzo de 2002, FD 5, (rec. 7073/1999).

<sup>595</sup> STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 2620/2015).

su imposibilidad, considerándolo también, en estos casos, nulo de pleno derecho por contenido imposible.

Este último grupo de actos que integran la categoría de contenido imposible es el que más problemas genera pues implica una interpretación extensiva del artículo 47.1.c) LPACAP, lo cual ya choca con las exigencias del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo que, especialmente para los supuestos de contenido imposible, insiste en su apreciación de modo prudente y restringida.

Por ello, no es baladí la expresión del Tribunal Supremo que alude a la equiparación de los supuestos de indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto a los de contenido imposible “*en algunos casos*”. No sería, en principio, aceptable una equiparación total pues el artículo 34.2 LPACAP dispone que el contenido de los actos “será determinado” y, en consecuencia, la vulneración de ese precepto -acto de contenido indeterminado- conllevaría su anulabilidad ex artículo 48.1 LPACAP y no su nulidad de pleno derecho<sup>596</sup>.

El propio Consejo de Estado recoge esta interpretación en un supuesto en que un particular ofrece a la Administración tributaria tres fincas de su propiedad para constituir una hipoteca y la Administración, al apreciar el exceso que suponía hipotecar tres fincas, consideró suficiente hipotecar únicamente una de ellas, sin especificar cuál. En este caso, el Consejo de Estado cree que estamos ante “*cierta indeterminación, pero no de contenido imposible*”<sup>597</sup>.

La dificultad ante la que nos encontramos en estos supuestos tiene que ver con distinguir cuándo nos encontramos ante una indeterminación o ambigüedad que haga realmente imposible el cumplimiento del acto, y cuándo estamos ante una mera inexactitud que pueda ser subsanada, por

---

<sup>596</sup> Cfr. VV.AA., (1993), *Comentario a la... op. cit.* p. 245.

<sup>597</sup> Dictamen del Consejo de Estado 992/1997, de 3 de abril.

ejemplo, mediante una rectificación de errores o que, en el peor de los casos, conlleve la mera anulabilidad del acto<sup>598</sup>.

La indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto que produzca su nulidad de pleno derecho ha de ser, en palabras del Tribunal Supremo, una “*indeterminación que no es resultado de interpretaciones subjetivas sino real y material imprecisión que de modo objetivo haga el acto inejecutable*”<sup>599</sup>. Por ejemplo, el acto administrativo que sanciona con una multa a su destinatario, pero no indica el montante concreto. En este caso, el contenido del acto es indeterminado e indeterminable y, además, no podrá ejecutarse nunca, pues es, sencillamente, imposible<sup>600</sup>. También considera encuadrable dentro de estos supuestos la jurisprudencia, el acto por el cual la Administración ordena la realización de unas obras en unos inmuebles de propiedad privada por motivos de salubridad y habitabilidad. El Tribunal Supremo consideró nulo de pleno derecho el acto por contenido imposible por la entera indeterminación con que se describen las obras en la resolución administrativa, pues ni aparecían concretadas las deficiencias de los inmuebles ni las obras para subsanarlas<sup>601</sup>.

De la lectura de esta misma resolución se llega a la conclusión de que, pese a que el acto administrativo adolezca de indeterminación en su

---

<sup>598</sup> Véase la distinción que propone, en relación el contenido del acto, entre contenido inexacto y contenido imposible BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>. (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 145.

<sup>599</sup> STS de 9 de julio de 1981, CDO 2, (ES:TS:1981:1186).

<sup>600</sup> STS de 9 de mayo de 1985, CDO 1, (Ar. 2909, Ponente: A. Botella Taza). En este caso, en materia urbanística sancionadora se considera la sanción indeterminada “toda vez que en ese precepto, como corresponde a una disposición sancionadora de carácter general, tan sólo se establece que se sancionará con multa del 10 al 20 por ciento de su valor el exceso de edificación sobre la edificabilidad permitida por el Plan, por lo que aun en la hipótesis interpretativa sustentada por la Administración, de que con la ambigua dicción de referencia hubiera tácita fijación en su grado máximo del importe de la multa, subsistiría de modo patente la indeterminación ya que también lo está el valor del exceso de edificación como variable independiente en función de la cual tendría que concretarse el de la sanción impuesta”. Bien es cierto que el Tribunal Supremo ratifica la calificación de la sanción como anulable, aunque admite que pudiera encuadrarse en la nulidad de pleno derecho por contenido imposible.

<sup>601</sup> STS de 29 de julio de 1986, FD 1, (rec. 733/1983).

contenido, puede no incurrir en nulidad de pleno derecho si en el propio acto se hace referencia a otros documentos del procedimiento -informes en este caso concreto-, a través de los cuales se pueda determinar el contenido de la resolución. Haciendo extensivo este razonamiento a todos los actos administrativos, no serán nulos de pleno derecho por indeterminación o ambigüedad de su contenido cuando éste, pese a no estar determinado expresamente, es determinable sin necesidad de dictar otro acto administrativo<sup>602</sup>.

En conclusión, para apreciar una causa de nulidad por indeterminación del contenido del acto, ésta ha de ser total y absoluta -no determinable por remisión a otros documentos-, originaria, material, objetiva y que se traduzca en la imposibilidad de concretar o ejecutar el acto en la práctica. Fuera de esos supuestos, y siempre que estemos ante un acto inválido, parece que la calificación correcta será la anulabilidad, y no la nulidad de pleno derecho.

### **c) La nulidad del acto administrativo de contenido imposible no equivale a su inexistencia**

Tras un repaso de las principales opiniones doctrinales sobre esta causa de nulidad, consideramos oportuno hacer una aclaración dogmática y/o terminológica sobre la calificación jurídica que ha de obtener el acto de contenido imposible en relación a su invalidez. No faltan voces que colocan al acto de contenido imposible como ejemplo prototípico de acto inexistente -no nulo de pleno derecho-, entendiendo que no son realmente actos pues carecen de un elemento fundamental como es el contenido<sup>603</sup>.

---

<sup>602</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 394.

<sup>603</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* pp. 83 y 144, defiende que el contenido es un elemento esencial del acto administrativo y que, la ausencia del mismo o

Aun admitiendo la presunción genérica de validez de los actos, se propone la inclusión en nuestro derecho positivo de la categoría de la inexistencia del acto pues “ayudaría a entender (...) la diferencia entre actos nulos pero que producen efectos hasta la declaración de invalidez (...) y actos totalmente inexistentes”<sup>604</sup>.

Entiende, en definitiva, este sector de la doctrina que los actos de contenido imposible pueden considerarse inexistentes pues, al no poder concretarse en la realidad fáctica se puede afirmar que no producen efectos<sup>605</sup>.

Ya en el primer Capítulo se argumentó que la inexistencia como categoría de invalidez genera más conflictos que soluciones puesto que se trata de un concepto empírico y extrajurídico tal y como está diseñado nuestro régimen de invalidez del acto administrativo. En efecto, la presunción de validez y eficacia de los actos recogida en el artículo 39.1 LPACAP se aplicará a todos los actos que tengan la mínima apariencia de tales –perfeccionados- y, entre ellos, no puede excluirse sin más a los que tengan un contenido imposible.

Volviendo a los argumentos dados en el Capítulo I, es cierto que se puede defender la categoría de la inexistencia cuando el acto no tenga ni tan siquiera la apariencia de tal. Piénsese, por ejemplo, en un particular que trate de sancionar con una “multa” de tráfico al dueño de un vehículo aparcado a la puerta de su domicilio. En este caso, ese documento no alcanza la apariencia mínima requerida para que el ordenamiento jurídico presuma “*ius tantum*” su validez<sup>606</sup>. En este supuesto podríamos admitir que se trata de un acto inexistente en el

---

la inadecuación entre el contenido y la realidad sobre la que recae produce, o bien una apariencia, o bien la inexistencia del acto administrativo.

<sup>604</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1949.

<sup>605</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* p. 673, BLANQUER CRIADO, D., (2014), “Digresiones sobre la...” *op. cit.* p. 1287. Defiende que la verdadera causa de nulidad con ineficacia total es el acto de contenido imposible. También en esta línea, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 269, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, p. 339.

<sup>606</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II*, *op. cit.* p. 131, no da entidad suficiente a la inexistencia como categoría dentro de la invalidez, pues o bien es igual que la nulidad de pleno derecho y debe ser declarada para que cese su eficacia o, simplemente, el acto inexistente puede ser desconocido por todos.

sentido empírico de la palabra, pues es un acto que no existe para el derecho ni tiene ninguna apariencia favorable a su existencia. No es necesario, pues, plantearse su invalidez, pues no forma parte de la realidad jurídica<sup>607</sup>.

Ahora bien, si el acto goza de la mínima apariencia de tal y, en consecuencia, se presume válido y eficaz, no podemos decir que no tiene efectos. Parece que es demasiado arriesgado afirmar que el acto de contenido imposible no produce efectos por no poder ejecutarse en la práctica. El hecho de no poder concretar en la práctica el contenido de un acto por imposible, ilógico o indeterminado no equivale a que no produzca efectos pues la declaración de nulidad de pleno derecho no se produce al momento de la perfección del acto. En el ínterin desde su perfección hasta su declaración de nulidad producirá efectos, al menos, de carácter indirecto. El propio Consejo de Estado así lo entiende en un supuesto en que se declara nulo por contenido imposible el nombramiento de un funcionario para un destino que no existe -fotógrafo de helicóptero con destino en Barcelona-. Tras argumentar que estamos ante un supuesto de nulidad por contenido imposible del acto, determina que *“en sustitución de este acto debe dictarse otro en el que se señale el destino que corresponde al interesado de acuerdo con el Catálogo y la Relación de Puestos de Trabajo aplicables al presente caso”*<sup>608</sup>. Esto es un ejemplo claro de un efecto producido por el acto nulo por contenido imposible. Otro ejemplo puede ilustrar esta idea: el acto de contenido imposible por el que se concede una plaza de funcionario público a una persona fallecida. En este supuesto es evidente que el contenido del acto no puede ejecutarse, pero genera multitud de efectos indirectos, desde cubrir la plaza de forma interina como legalmente corresponde hasta los recursos interpuestos por terceros interesados o, en último término, volver a seleccionar con carácter definitivo a la persona que finalmente cubrirá la plaza vacante.

---

<sup>607</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 251, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 70.

<sup>608</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1705/1994, de 29 de septiembre. Misma solución ofrece el Consejo de Estado en su Dictamen 45193, de 28 de abril de 1983 donde calificó como acto nulo por contenido imposible la adjudicación de un contrato a una persona ya fallecida, que produce la necesidad de adjudicar de nuevo el contrato válidamente.

En conclusión, parece complicado asumir que un acto de contenido imposible es inexistente porque no produce efectos cuando, por el hecho de tener apariencia de acto, goza de presunción de validez y eficacia.

#### **IV.- ACTOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN PENAL O DICTADOS COMO CONSECUENCIA DE ÉSTA**

##### **1) La nulidad del acto administrativo constitutivo de infracción penal y su evolución a través de las leyes de procedimiento administrativo en España**

La infracción penal es otra de las causas históricas de nulidad en el derecho administrativo español. Nos encontramos ante otro supuesto de nulidad referido íntegramente al contenido del acto administrativo cuya especialidad radica en que es la única causa de nulidad que conecta su operatividad con el ordenamiento jurídico-penal.

Como ya hemos puesto de manifiesto en el anterior motivo de nulidad, la redacción de la Ley de Procedimiento de 1958 recogía en el mismo apartado de su artículo 47 la nulidad del acto cuyo contenido fuese imposible o constitutivo de delito<sup>609</sup>. En la actualidad -y desde la Ley 30/1992 RJAPPAC- el art. 47.1.d) consagra de forma autónoma la nulidad de los actos “*que sean constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta*”. Entre la redacción de esta causa de nulidad llevada a cabo por el legislador en la Ley de 1958, y la actual se aprecian dos diferencias fundamentales:

- La primera de ellas tiene que ver con una diferencia terminológica que se tradujo, hoy ya no, en una ampliación del contenido de esta causa de nulidad. La Ley de 1958 aludía a los actos constitutivos de delito mientras

---

<sup>609</sup> El tenor literal del artículo 47.1.b) de la Ley de Procedimiento de 1958 disponía la nulidad de pleno derecho de “aquellos -actos- cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito”.

que a partir de la Ley 30/1992 el legislador alude a actos constitutivos de infracción penal. Este cambio se traduce en una ampliación del contenido de la causa de nulidad pues nuestra legislación penal reconocía como infracciones no solo los delitos, sino las faltas<sup>610</sup>.

No nos detendremos más en esta diferencia puesto que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, se suprimen las faltas de nuestro ordenamiento jurídico-penal y, en consecuencia, cualquier infracción penal es constitutiva de delito. En la actualidad, por tanto, infracción penal y delito funcionan como conceptos sinónimos<sup>611</sup>.

- Más importancia tiene, sin embargo, la segunda modificación de la redacción pues supuso una ampliación<sup>612</sup> considerable del contenido de esta causa de nulidad. Ya no sólo son nulos de pleno derecho los actos constitutivos de infracción penal, sino los dictados como consecuencia de ella. En esta segunda hipótesis, en principio, el contenido del acto es indiferente -puede ser ajustado a derecho- pero será nulo si se ha dictado como consecuencia directa de una infracción penal.

Antes de que el legislador redactara expresamente esta causa, la doctrina y el Consejo de Estado ya equiparaban los actos dictados como

---

<sup>610</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y... op. cit.* p. 186.

<sup>611</sup> Como decimos, actualmente ya carece de importancia, pero con la entrada en vigor de la Ley 30/1992, algunas voces consideraban que el supuesto de nulidad no debía integrar los actos constitutivos de falta, sino sólo los de delito. En esta línea, las Enmiendas nº 485 del Congreso de los Diputados y nº 416 del Senado, ambas del grupo parlamentario Popular a la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que propuso que en la redacción final de esta causa de nulidad se suprimiese el término infracción por delito para “no extender la nulidad de pleno derecho a los actos constitutivos de falta”. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 154 y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 85 (c), de 16 de septiembre de 1992, p. 143.

<sup>612</sup> Considerando loable la ampliación de esta causa de nulidad, “dada la gravedad del vicio” vid. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 201.

consecuencia de un delito a los actos constitutivos de delito a efectos de su calificación como nulos de pleno derecho.

En concreto, el profesor SANTAMARÍA PASTOR criticó una interpretación restrictiva de la expresión legal “*actos constitutivos de delito*” pues consideró que además de los actos puramente delictivos, este precepto debía incluir también aquellos que, sin constituir por sí mismos un delito, tenían su razón de ser en una infracción penal previa<sup>613</sup>.

El Consejo de Estado, por su parte, al analizar este supuesto de nulidad consideraba -con anterioridad a la Ley 30/1992- que el hecho de que un acto estuviese decisivamente influido y preparado por un elemento que representó un ilícito penal convertía al citado acto en un acto constitutivo de delito<sup>614</sup>. Entendía, en otras palabras, que dentro de los actos constitutivos de delito deben comprenderse aquellos en los que el presupuesto de hecho y de validez del acto sea igualmente constitutivo de delito, aunque el acto en sí mismo no lo sea<sup>615</sup>.

El fundamento del primer inciso del artículo 47.1.d) LPACAP -actos constitutivos de delito- radica en que el ilícito penal comporta la ilegalidad más grave que contempla nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, si un acto administrativo es, a su vez, delictivo, debe calificarse administrativamente con el grado máximo de invalidez que es la nulidad de pleno derecho. En efecto, esta

---

<sup>613</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 351 y 356, incluye dentro de los actos constitutivos de delito “aquellos en los que el factor determinante de la responsabilidad penal se produce en un momento lógico anterior a la emanación del acto”.

<sup>614</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 54115, de 23 de noviembre de 1989, 52761, de 21 de septiembre de 1989, 51084, de 29 de diciembre de 1987, 49965, de 25 de diciembre de 1986, 39520, de 23 de enero de 1975.

<sup>615</sup> Dictamen del Consejo de Estado 47569, de 30 de abril de 1985. En este supuesto, se trataba de la presentación por parte de un particular de un documento público falsificado que influyó decisivamente en la posterior obtención de un certificado.

categoría está reservada a los actos más graves y contrarios al orden público entre los que, sin duda, se encuentran las infracciones penales<sup>616</sup>.

Es, en definitiva, una cuestión de coherencia del sistema jurídico. Si la legislación penal tutela precisamente los bienes jurídicos que se consideran esenciales para el desarrollo personal, social e institucional, el acto administrativo que atente contra ellos ha de ser calificado con el máximo grado de invalidez: la nulidad de pleno derecho<sup>617</sup>.

Respecto del segundo inciso del artículo 47.1.d) -actos dictados como consecuencia de una infracción penal- su fundamento se encuentra “*en el más elemental sentido de la justicia*”<sup>618</sup>. Si se parte de la justicia como valor supremo que informa el ordenamiento jurídico según el artículo 1.1 CE, ha de ser nulo de pleno derecho un acto administrativo que no hubiera tenido lugar sin una conducta previa que ha sido calificada penalmente como delito. Es decir, supone violentar la voluntad de la Administración Pública que está viciada de nulidad toda vez que esté basada o fundamentada en un delito.

Lo que trataremos de estudiar en este momento es, por un lado, qué actos administrativos son constitutivos de infracción penal y qué actos se entienden dictados como consecuencia de ésta, haciendo especial hincapié en la relación de causalidad que debe presidir esa hipótesis. Y, por otro lado, desde un punto de vista procesal, analizaremos las cuestiones relativas a quién es competente para declarar la infracción penal y cómo influirá la declaración de un delito en la posible invalidez del acto administrativo.

---

<sup>616</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 146.

<sup>617</sup> Cfr. LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 507, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* pp. 209 y 210. Este último autor justifica la aplicación de la técnica de la nulidad para estos actos pues “la gravedad vendrá asegurada por la propia tipificación de la conducta que supone la puesta en marcha frente a la misma de las potestades más intensas y restrictivas que conoce el ordenamiento”.

<sup>618</sup> STS de 15 de abril de 2004, FD 3, (rec. 7249/1999).

## **2) Relación entre la infracción penal y el acto administrativo a efectos de la nulidad de pleno derecho**

El supuesto de nulidad relativo a los actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta comprende dos motivos de nulidad que, al margen de estar relacionados con la comisión de un delito, poco tienen que ver el uno con el otro. Tanto el contenido como el fundamento de ambos motivos difieren considerablemente, razón por la cual los pasamos a examinar por separado.

### **a) El acto administrativo constitutivo de infracción penal**

Aunque parezca una obviedad, no es baladí comenzar este análisis aclarando que este motivo de nulidad exige que el acto constitutivo de delito ha de ser un acto administrativo. *A contrario sensu*, si el acto constitutivo de delito lo produce un particular, por mucho que se produzca en el seno de un procedimiento administrativo y tenga efectos jurídico-administrativos, nunca podrá declararse su nulidad aplicando el primer inciso del artículo 47.1.d)<sup>619</sup>.

---

<sup>619</sup> En el ámbito de la Administración Tributaria (el artículo 217.1.d) de la Ley General Tributaria reproduce el artículo 47.1.d) de la Ley 39/2015 PACAP, reconociendo la nulidad de los actos administrativos en materia tributaria que sean constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta), se ha solicitado la nulidad de un acto administrativo de liquidación tributaria basándose en un acto de autoliquidación previamente aportado por el administrado y declarado delictivo en sede penal. El Tribunal Supremo en la STS de 2 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 2151/2009), entiende el motivo de nulidad que ahora analizamos “ha de referirse, por regla general, a la actuación de la propia Administración Tributaria, a través de los titulares de sus órganos, al incurrir éstos, durante el procedimiento de comprobación, liquidación o inspección, en la comisión de un delito o falta, supuesto que no es el contemplado en el caso que se examina, pues en él, es el administrador de la sociedad el que incurre en la infracción penal”.

Cuestión diferente sería si el acto administrativo de liquidación hubiese sido dictado como consecuencia del delito cometido por el particular, en cuyo caso entraría en juego el segundo inciso del artículo 47.1.d). En este caso concreto también el Tribunal Supremo y, previamente, el Consejo de Estado descartan esta posibilidad.

Hecha esta aclaración, trataremos en este momento de delimitar el verdadero alcance de este motivo de nulidad. Quizás de todas las causas de nulidad del artículo 47.1 LPACAP, la del acto administrativo constitutivo de infracción penal sea la que menos problemas entraña en cuanto a la determinación de su contenido pues no se presta a interpretaciones de ningún tipo. Una vez eliminadas las faltas de nuestro ordenamiento jurídico-penal, el supuesto que ahora analizamos afectará a los actos administrativos que, por sí mismos, encajen<sup>620</sup> en alguna conducta tipificada como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Sin necesidad de ejecución ni de ninguna otra actuación administrativa posterior, el contenido del acto debe coincidir con la conducta descrita en el tipo penal<sup>621</sup>. Un par de ejemplos pueden ilustrar esta idea:

- Nos encontramos ante este tipo de actos en el supuesto de que un funcionario público emita una licencia o una certificación falsa, pues serían conductas encuadrables en el delito de falsedad en documento público<sup>622</sup>.
- Además de la falsedad documental, el delito que cobra más protagonismo en esta causa de nulidad es el delito de prevaricación. En efecto, el artículo 404 del Código Penal sanciona como autor de un delito de prevaricación a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

---

<sup>620</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204.

<sup>621</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 352, quién considera que “el elemento penal es coetáneo a la producción del acto”. En el mismo sentido, vid. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 209.

<sup>622</sup> El delito de falsedad documental a cargo de un funcionario público está tipificado en el artículo 390.1 del Código Penal, donde se castiga a “la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

Ahora bien, sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo sobre el delito de prevaricación, sí consideramos necesario establecer las diferencias entre la prevaricación y la nulidad de pleno derecho para que ambos conceptos no se identifiquen. Al igual que un acto administrativo dictado por un órgano manifiestamente incompetente o con ausencia total y absoluta de procedimiento no constituye en sí mismo un delito de prevaricación, debemos matizar qué requiere una “resolución arbitraria a sabiendas” para traspasar las fronteras del ámbito administrativo y constituir una infracción penal.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), de 25 de octubre de 2016, (rec. 86/2016), en su Fundamento de Derecho quinto establece los requisitos necesarios para que un acto administrativo pueda ser constitutivo en sí mismo de un delito de prevaricación:

En primer lugar, debemos estar ante “*una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo*”. Pocos problemas interpretativos ofrece este requisito; baste aclarar que estaremos ante un asunto administrativo en todas aquellas actuaciones llevadas a cabo por la Administración Pública mediante cualquiera de sus entes u órganos previstas por el ordenamiento jurídico-administrativo<sup>623</sup>.

En segundo lugar, que dicha resolución “*sea contraria al Derecho, es decir, ilegal*”, aclarando posteriormente que no es suficiente con cualquier ilegalidad, sino que “*puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución*”, siendo “*de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable*”. Aún va más allá el Tribunal Supremo, entendiendo que se excluirán del delito de prevaricación “*aquellos supuestos en los que el funcionario tenga “dudas razonables” sobre la*

---

<sup>623</sup> Cfr. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo: entre la validez y el delito (La anulación de actos administrativos por el juez penal)”, REDA, nº 163, 2014, nota 25, p. 29 (versión electrónica).

*injusticia de su resolución*”, supuestos que, a lo sumo, entrarán dentro del ámbito del derecho disciplinario o administrativo sancionador.

Se entiende que la ilegalidad es constitutiva de delito de prevaricación *“cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el derecho, sino sólo la voluntad del funcionario. Desde el punto de vista subjetivo el delito de prevaricación requiere dolo, es decir el conocimiento del apartamiento del derecho en la toma de la decisión”*<sup>624</sup>.

Por tanto, el delito requiere, además de la grave ilegalidad, que ésta esté motivada en una decisión deliberada del funcionario de apartarse del Derecho para imponer su voluntad, y que esa voluntad no encaje en una interpretación admisible de la norma. Este “plus” de ilegalidad al que hacemos referencia, no se encuentra en el elemento objetivo del delito de prevaricación -el grado de disconformidad de la resolución con la norma- sino en el subjetivo, es decir, en la arbitrariedad del funcionario público autor de la resolución. Es por ello que no todo acto administrativo dictado por un órgano manifiestamente incompetente o con ausencia total y absoluta de procedimiento –y por ello nulo de pleno derecho- constituye un delito de prevaricación, pues carece del elemento subjetivo de arbitrariedad del funcionario público requerido en el ámbito penal.

En tercer lugar, la resolución debe ocasionar *“un resultado materialmente injusto”*. Esto tiene lugar cuando el resultado se opone de hecho a los intereses sociales o bienes jurídicos tutelados por la norma penal infringida.

Finalmente, exige que *“la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el*

---

<sup>624</sup> STS (Sala 2ª), de 25 de enero de 2002, FD 2, (rec. 314/2000), al describir los elementos característicos del delito de prevaricación, exige que la resolución comporte “un ataque de cierta intensidad a la legalidad administrativa” justificado en la última ratio que se predica del derecho penal.

*conocimiento de actuar en contra del derecho*”, es decir, que el funcionario debe llevar a cabo un efectivo abuso de poder, una imposición caprichosa de su voluntad con total desprecio por la legalidad vigente.

En definitiva, todas las resoluciones administrativas que comporten un delito de prevaricación tal y como ha quedado descrito serán nulas de pleno derecho ex artículo 47.1.d) LPACAP.

Junto con este tipo de actos delictivos en sí mismos, se han asimilado históricamente a la categoría de actos constitutivos de infracción penal los actos administrativos que contengan una orden o mandato para la realización de una conducta delictiva<sup>625</sup>. Pensemos, por ejemplo, en el superior jerárquico que ordena a su subordinado la destrucción de un expediente administrativo previamente solicitado por un juez penal.

En efecto, el contenido de estos actos, aunque requiera su posterior puesta en práctica, es delictivo<sup>626</sup>, razón por la cual se equiparan jurídicamente a los actos en sí mismos delictivos a efectos de su nulidad de pleno derecho.

En conclusión, el acto constitutivo de infracción penal no presenta demasiados problemas desde el punto de vista material dada su grave ilegalidad y su incuestionable afección a orden público, razón por la cual merece su calificación como nulo de pleno derecho por imperativo del artículo 47.1.d) LPACAP.

Sin embargo, pese a la claridad que ofrece este motivo de nulidad de pleno derecho, es muy poco frecuente en la práctica su apreciación por la Administración Pública o por los tribunales. Quizás por este motivo, en la Ley 30/1992 RJAPPAC -y en la actual Ley 39/2015 PACAP-, se prevé también la nulidad de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal que,

---

<sup>625</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 351, considera que en este grupo de supuestos “el elemento penal se sitúa lógicamente en una fase posterior a la emanación formal del acto”. Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 208.

<sup>626</sup> Cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 271.

como estudiaremos a continuación, abre mucho más el abanico de posibilidades para la efectiva aplicación práctica de este supuesto de nulidad.

### **b) El acto administrativo dictado como consecuencia de una infracción penal**

Antes de entrar en el estudio del contenido de esta causa de nulidad, la doctrina ha destacado la coincidencia<sup>627</sup> entre el supuesto del artículo 47.1.d) LPACAP -nulidad de los actos dictados como consecuencia de un delito- y el artículo 125.1.d) LPACAP, el cual determina que podrá ser objeto del recurso extraordinario de revisión la resolución que *“se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme”*.

El Consejo de Estado, en su Dictamen al anteproyecto de lo que terminó siendo la Ley 30/1992, ya se percató de esta superposición de procedimientos para la misma causa e informó que la citada coincidencia, pese a constituir un ejemplo de descoordinación y desorientación, debe entenderse como una garantía más para la legalidad de la actuación administrativa, pues *“siempre que quede demostrada la existencia de un vicio de legalidad (...), el conjunto de los remedios jurídico-procesales debe ser articulado en el sentido que mejor facilite la respuesta más pronta y eficaz a una exigencia tan apremiante e ineludible como lo es la de restablecer la justicia y la legalidad, que padecen, desde luego, con la subsistencia -aunque fuera como simple apariencia jurídica- de actos*

---

<sup>627</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 673, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M<sup>a</sup>., (1993), “De la revisión de los actos en vía administrativa (Título VII)” en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, p. 349.

*administrativos (...) declarados delitos de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta*<sup>628</sup>.

Realmente, ambos procedimientos pueden ser utilizados para restablecer la legalidad en el supuesto de actos administrativos dictados como consecuencia de un delito; sin embargo, presentan dos diferencias a tener en cuenta:

- En relación al plazo, la acción de nulidad es imprescriptible mientras que el recurso extraordinario de revisión deberá interponerse en un plazo de tres meses a contar desde la firmeza de la sentencia judicial penal que declare la infracción penal.
- Según el tenor literal del artículo 125.1.d) LPACAP, en el recurso extraordinario de revisión el juez penal determinará la existencia de delito y, además, declarará que el acto administrativo objeto de revisión es consecuencia de la infracción penal. Por el contrario, en la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho dictados como consecuencia de delito, el juez penal es el competente para declarar la infracción penal, pero, en principio, serán la Administración Pública o el juez contencioso-administrativo los competentes para determinar la relación de causalidad entre el delito y el acto administrativo consecuencia de aquel<sup>629</sup>.

Al margen de esta reflexión, y centrándonos de lleno en el análisis de la nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito<sup>630</sup>, la

---

<sup>628</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1076/1991, de 31 de octubre, al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Es precisamente en este Dictamen donde el Consejo de Estado sugiere la inclusión de la expresión “otra conducta punible” en la última causa del recurso extraordinario de revisión -hoy artículo 125.1.d)-, asimilando por completo la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.d) a la del recurso extraordinario de revisión del artículo 125.1.d) hasta la actual Ley 39/2015 PACAP.

<sup>629</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y... op. cit.* p. 187.

<sup>630</sup> En contra de la inclusión de la nulidad de pleno derecho de los actos dictados como consecuencia de delito, vid. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 215. El autor considera -siguiendo la tesis de que la nulidad de pleno derecho implica ineficacia ab initio que no compartimos- que “es poco realista el afirmar una ineficacia absoluta y ab initio de un acto cuya ilegalidad puede no ser apreciable jamás” debido a que la declaración de la existencia del delito requiere una previa investigación. El autor considera que, siguiendo el ejemplo alemán, estos supuestos deben encuadrarse en la anulabilidad salvo que la ilegalidad sea del todo evidente.

primera circunstancia a destacar tiene que ver con la relación temporal entre la infracción penal y el acto administrativo. En esta causa de nulidad, el elemento delictivo tiene lugar en un momento anterior a la producción del acto administrativo. Además, a diferencia del supuesto anterior, en el cual el titular del órgano administrativo era quien ejecutaba o mandaba ejecutar la conducta tipificada como infracción penal, en esta ocasión el delito puede llevarse a cabo tanto por la Administración Pública como por una persona privada<sup>631</sup>. El elemento fundamental de este supuesto de nulidad no tiene que ver con el autor del delito, sino con la relación de causalidad entre el ilícito penal y el acto administrativo posterior.

Lejos del automatismo que existe entre el acto administrativo constitutivo en sí mismo de delito y su nulidad de pleno derecho, en los actos dictados como consecuencia de delito habrá que analizar la influencia concreta que la infracción penal ha tenido en el acto administrativo, y sólo si ésta es determinante del contenido del acto procederá su nulidad<sup>632</sup>. Puede ocurrir que en un procedimiento administrativo se haya cometido un hecho delictivo -sancionable penalmente en todo caso- y, sin embargo, no afecte a la validez de los actos posteriores pues su contenido hubiera permanecido idéntico si no se hubiese cometido ningún delito.

Indudablemente para conocer el grado de influencia que haya podido tener la infracción penal en el acto administrativo habrá que analizar el caso concreto. No obstante, podemos afirmar que la relación de causalidad, a efectos de poder declarar la nulidad del acto, exige dos circunstancias que deben concurrir necesariamente:

- En primer lugar, la relación de causalidad exige que el acto administrativo haya estado “*decisivamente influido y preparado*”<sup>633</sup> por el delito que le

---

<sup>631</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1953.

<sup>632</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 357, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 216, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 185, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* p. 673.

<sup>633</sup> STS de 15 de abril de 2004, FD 3, (rec. 7249/1999).

precede temporalmente en el procedimiento administrativo. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que el contenido del acto administrativo cuya nulidad se cuestiona haya sido “*determinado esencialmente por elementos constitutivos de delito*”<sup>634</sup>.

En la misma línea, el Consejo de Estado viene entendiendo que los actos nulos por este motivo “*tienen como presupuesto una conducta delictiva, es decir, en cuya elaboración ha sido causa determinante dicha conducta delictiva*”<sup>635</sup>.

- En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la rigurosidad predicable del nexo causal ha de ser tal, que, “*sin el delito cometido no se hubiera producido el acto*”<sup>636</sup>. La infracción penal ha de ser, en todo caso, causa directa del acto administrativo, de tal forma que, si éste hubiera existido con idéntico contenido, independientemente del delito, no podrá encuadrarse en la causa de nulidad de pleno derecho que ahora analizamos.

En definitiva, el acto administrativo posterior al delito sólo será nulo de pleno derecho cuando esté decisivamente influido por éste, hasta el punto de que sin el delito previo no se hubiera producido nunca el acto.

De esta interpretación del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado parece deducirse que, consecuencia de la estrecha relación de causalidad entre el delito y el acto administrativo, esta causa de nulidad exige, por último, que el acto no sea conforme con el ordenamiento jurídico<sup>637</sup>. Por coherencia con la teoría de la invalidez del acto administrativo y el principio de conservación de los actos, sería un contrasentido declarar nulo de pleno derecho un acto plenamente legal.

---

<sup>634</sup> STS de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011).

<sup>635</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1742/2011, de 23 de febrero de 2012.

<sup>636</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 176/2015, de 16 de abril, 1742/2011, de 23 de febrero de 2012, 2076/2005, de 9 de febrero de 2006, 2121/2005, de 9 de febrero de 2006, 111/2002, de 7 de febrero, 2543/2002, de 31 de octubre, 4895/1997, de 9 de octubre.

<sup>637</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 156, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 216, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1952.

Pocas dudas presentan en este sentido los actos reglados: pensemos en el otorgamiento de una licencia a quien cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, pero aún así entrega una cantidad de dinero al funcionario público competente para acelerar el proceso de otorgamiento. Al margen de las responsabilidades penales por un delito de cohecho, parece que, en principio, no cabrá declarar la nulidad de pleno derecho de la licencia puesto que ésta se hubiera otorgado igualmente al cumplir el solicitante los requisitos legales y, por tanto, estamos ante un acto válido<sup>638</sup>.

Igual solución merece un procedimiento competitivo al que solo se presenta un único licitador que comete un delito de cohecho previo, pero que aún así cumple con los requisitos de la licitación y, de forma legal, obtiene la adjudicación del contrato. Al existir un único licitador, lo que debería ser un acto discrecional de adjudicación se convierte prácticamente en un acto reglado toda vez que el licitador cumpla los requisitos normativos<sup>639</sup>.

Sin embargo, se plantean más problemas cuando el acto dictado como consecuencia de un delito sea de carácter plenamente discrecional. Imaginemos un procedimiento de concurrencia para obtener la adjudicación de un contrato de obra pública al que se presentan varios licitadores. Uno de los licitadores entrega una cantidad de dinero al órgano administrativo encargado de la adjudicación -incurriendo así en un delito de cohecho- y, consigue finalmente que le adjudiquen el contrato de obra. En estos supuestos donde la discrecionalidad administrativa juega un papel decisivo, es muy difícil concluir que el acto discrecional hubiera existido de forma idéntica sin la concurrencia del delito previo. Por ello, consideramos que, al encajar esta circunstancia en el supuesto de hecho del artículo 47.1.d) LPACAP, en principio, se habrá de presumir que estamos ante un acto nulo de pleno derecho por haber sido dictado

---

<sup>638</sup> En contra de esta idea, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 176, quien considera que la licencia debería ser nula de pleno derecho, aunque sea perfectamente conforme a Derecho puesto que ha sido otorgada como consecuencia de una infracción penal. Entendemos que realmente la licencia no ha sido otorgada como consecuencia de un delito previo, pues si el solicitante cumple los requisitos tasados en la ley para ser merecedor de la licencia, la hubiera obtenido de igual manera aunque, posiblemente, más tarde.

<sup>639</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 217.

como consecuencia de un delito. Corresponderá a la Administración autora del acto demostrar que el acto administrativo no está influido por el delito, es un acto plenamente conforme a Derecho y hubiese tenido idéntico contenido de no haber concurrido el elemento penal.

En conclusión, un acto dictado como consecuencia de un delito previo puede plantear tres escenarios diferentes:

- Será nulo de pleno derecho si existe una relación estrecha de causalidad hasta el punto de que sin la existencia del delito no hubiera tenido lugar el acto administrativo que, además, es ilegal.
- Será válido cuando la infracción penal no ha influido en el contenido del acto administrativo y, además, éste es plenamente conforme a derecho. Estamos ante el supuesto de los actos reglados, en cuyo caso se hubiese dictado el mismo acto con o sin la existencia del elemento penal previo.
- Por último, en el caso de actos administrativos discrecionales precedidos por un delito, consideramos que, debemos presumir que son nulos de pleno derecho. Será la Administración la que, en cada caso concreto, deba probar la ausencia total de influencia del delito en el acto administrativo, así como su legalidad, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en la presunción de validez de los actos administrativos del artículo 39.1 LPACAP.

En la práctica, esta causa de nulidad de pleno derecho entra en escena en relación con dos delitos fundamentalmente: el delito de falsedad documental -ya sea pública o privada- y el delito de cohecho.

En lo que al delito de falsedad documental se refiere, conviene aclarar que no afecta quién sea el autor del delito para la declaración de nulidad del acto administrativo. Tanto si el autor es la Administración Pública, como si es el propio interesado, o incluso un tercero<sup>640</sup>, lo decisivo es, por un lado, que el delito de

---

<sup>640</sup> Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2016), *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, p. 122.

falsedad esté declarado por sentencia penal firme y, por otro lado, que esté conectado causalmente con el acto administrativo.

Constituye un ejemplo de lo anterior la declaración de nulidad de pleno derecho de una Orden que mandó expedir la Carta de sucesión en el título nobiliario de Marqués, pues para su otorgamiento fue presupuesto necesario la presentación de cinco partidas eclesiásticas declaradas falsas en sede penal<sup>641</sup>. En este caso, la falsificación de la documentación la llevan a cabo los abogados del beneficiario del título nobiliario, hasta el punto de ser éste indemnizado en sede penal como perjudicado. Sin embargo, como la relación de causalidad entre la documentación falsa y el título de Marqués es rigurosa e indudable, se declara la nulidad de pleno derecho de la Orden.

De forma análoga, aunque en este caso es el propio interesado el que falsifica la documentación, lo constituye la presentación de un Título de Bachiller falsificado que era requisito indispensable para la obtención de un certificado de aptitud que otorga la Dirección General de Tráfico a efectos de poder formar parte de las Escuelas Particulares de Conductores. En este caso tampoco se planteó duda sobre la nulidad del certificado pues un juez penal condenó a la solicitante como autora de un delito de falsedad en documento público y, además, no había dudas en la relación de causalidad pues estar en posesión del título de Bachiller Superior era *conditio sine qua non* para obtener el certificado requerido<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> STS de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011).

<sup>642</sup> STS de 15 de abril de 2004, FFDD 1 y 2, (rec. 7249/1999). El Dictamen del Consejo de Estado 2543/2002, de 31 de octubre, considera, con el mismo razonamiento, nula de pleno derecho la resolución que contiene el nombramiento como funcionario de carrera a un sujeto -nulidad sólo de esta parte de la resolución- que falsificó el título de Bachiller, indispensable para acceder a las pruebas selectivas, y cuya falsificación quedó probada y declarada en sede penal.

También este supuesto podría encajar en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.f), pues estamos ante un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos obtenidos careciendo de los requisitos esenciales para su obtención. Desde el punto de vista procesal, no cabe duda que acudir a esta causa de nulidad permitirá una más ágil anulación del acto, pues no es necesario un pronunciamiento del juez penal firme para iniciar la revisión de oficio.

En el ámbito de la Administración Tributaria se declaró la nulidad de pleno derecho de varias liquidaciones, todas ellas motivadas por un delito de falsedad en documento oficial declarado por sentencia penal firme. En este caso, mediante la falsificación de documentos, un padre puso a

El otro delito con gran trascendencia práctica en esta causa de nulidad es el delito de cohecho, recogido en el artículo 419 del Código Penal y que se refiere a *“la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”*.

Concretamente, en el ámbito tributario, se han declarado nulas de pleno derecho las liquidaciones del impuesto de sociedades obtenidas con la omisión de documentación en la investigación debido a la entrega de dádivas por el grupo empresarial a los funcionarios encargados del procedimiento. En efecto, los hechos fueron declarados delito de cohecho -entre otros- en sede penal. La entrega de las dádivas se conecta causalmente con la conducta de los funcionarios de no solicitar toda la documentación que hubiera permitido la completa regularización tributaria y, en consecuencia, las actas de liquidación resultantes son nulas pues *“como resultado de las omisiones en las comprobaciones efectuadas por dichos actuarios, dejó de ingresar a la Hacienda Pública los altísimos importes que hubieran resultado de la correcta liquidación de los tributos”*<sup>643</sup>.

---

nombre de su hija -menor de edad y sin su consentimiento- un negocio de hostelería resultando la hija deudora de diversos conceptos impositivos derivados de la “titularidad” del negocio. En este supuesto, el “delito de falsedad documental incide, de un lado, de forma directa en el acto de alta e inscripción en el censo de empresarios y, de otro, que de él nacen como consecuencia las obligaciones tributarias a cargo de la interesada”. Nos encontramos ante otro supuesto claro de nulidad de pleno derecho pues los actos de liquidación son consecuencia directa y nunca hubiesen surgido sin el delito previo. Vid. Dictamen del Consejo de Estado 1742/2011, de 23 de febrero de 2012.

<sup>643</sup> SAN de 11 de noviembre de 2016, FD 1, (rec. 408/2015) dictada previo Dictamen del Consejo de Estado 176/2015, de 16 de abril. Idénticos hechos y razonamientos jurídicos se recogen en la SAN de 30 de junio de 2016, FD 5, (rec. 406/2015).

### **3) El papel del juez penal en la nulidad del acto administrativo constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella**

Analizado el contenido material o de fondo de esta causa de nulidad, nos centraremos en este momento en el papel que desempeña la jurisdicción penal y en sus relaciones con la Administración Pública o la jurisdicción contencioso-administrativa. Dado que la especialidad de esta causa de nulidad radica en su doble contenido, penal y administrativo, es precisamente en la relación entre ambas jurisdicciones donde surgen las principales controversias o debates doctrinales.

En este momento estudiaremos hasta dónde alcanza la competencia del juez penal en relación a este supuesto, así como la posibilidad o no que tiene de influir en una posterior declaración de nulidad por parte de la Administración o del juez contencioso-administrativo.

#### **a) La sentencia penal firme declarativa de la infracción penal: un presupuesto, por norma general, necesario**

Por regla general, aunque existen matices que analizaremos en este mismo epígrafe, la declaración de la existencia de un delito es competencia exclusiva del juez penal<sup>644</sup>. Por lo tanto, para que pueda operar la causa de nulidad relativa al acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella va

---

<sup>644</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 146, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 394, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 185, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento... op. cit.* p. 215, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 156.

También el Tribunal Constitucional, en su STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4, (rec. 3657/1994), atribuye al orden jurisdiccional penal la “exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito”.

a ser, en principio, presupuesto necesario un pronunciamiento de un juez penal calificando unos hechos como delictivos<sup>645</sup>.

El fundamento legal de la competencia exclusiva del juez penal para la calificación de unos hechos como delito lo encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), cuyo artículo 9.3 determina que los juzgados y tribunales “*del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales*”, excluyendo a cualquier otro orden jurisdiccional del conocimiento de cuestiones penales, incluso prejudiciales, en el artículo 10.2 del mismo texto legal<sup>646</sup>. Una exclusividad de los jueces penales para el conocimiento de causas criminales que se ve reforzada por el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr) y por el artículo 8, que considera “*siempre improrrogable*” la jurisdicción penal.

Además, en la legislación administrativa también encontramos exclusiones expresas a la posibilidad de conocer de cuestiones penales por jueces de lo

---

<sup>645</sup> En contra de esta doctrina mayoritaria, vid. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II... op. cit.* p. 111, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 210. Ambos autores entienden que para declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo no es necesario determinar si existe o no culpabilidad -cuestión que sí es competencia exclusiva del juez penal- sino que será suficiente comprobar la tipicidad y antijuricidad (elementos objetivos) de la conducta. Precisamente como lo pretendido en este momento es la declaración de nulidad de un acto administrativo, los autores consideran que es perfectamente posible que el juez contencioso-administrativo o la propia Administración, cuando estemos ante hechos especialmente groseros y plenamente acreditados en el procedimiento administrativo o en el proceso contencioso-administrativo, puedan considerar unos hechos como delictivos a efectos de declarar la nulidad del acto administrativo, sin entrar a valorar consecuencias penales. En concreto, PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 278, entiende que, de lege ferenda, debería admitirse que en los supuestos delictivos que no ofrezcan ninguna duda, pueda la justicia administrativa “estimarlos en razón a su tipicidad penal nulos de pleno derecho” y, sin embargo, no ser esto incompatible con una posterior sentencia absolutoria en sede penal porque falten elementos que deben concurrir en el delito o la persona a quien se le imputa.

No compartimos esta posición, puesto que si el supuesto de nulidad exige que el acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal o sea dictado como consecuencia de ésta, y la competencia exclusiva para determinar que conducta es constitutiva de delito la tiene el orden penal según la LOPJ, no podrá invocarse esta causa de nulidad sin el previo pronunciamiento de un juez penal pues de lo contrario se estaría vulnerando el reparto competencial establecido en la LOPJ.

<sup>646</sup> El artículo 10.2 LOPJ determina que “la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

contencioso-administrativo. Asimismo, el artículo 4 LJCA establece que *“la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales”*.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo entiende que *“la competencia para calificar como delito la actividad de los agentes administrativos corresponde únicamente al juez penal, pues sin una resolución penal previa no es posible que juegue este supuesto de nulidad de los actos administrativos”*. Y, contrario sensu, se muestra tajante cuando considera que *“es innegable que la Administración no puede declarar por sí misma que se ha cometido una “infracción penal” de la que derive la aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 a los efectos de la revisión de oficio”*<sup>647</sup>.

No sólo el delito debe estar declarado por un juez penal, sino que deberá declararlo mediante sentencia firme pues, según el tenor literal del artículo 141 LECr sólo las sentencias deciden *“definitivamente la cuestión criminal”*, y sólo su firmeza garantiza que no quepa recurso alguno contra ellas.

Precisamente por esto, y apoyándose en la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho, el Consejo de Estado rechaza la posibilidad de declarar la nulidad de un acto administrativo tomando como base un auto de sobreseimiento de un juez penal, del cual *“se desprendía que los hechos investigados eran constitutivos de infracción penal -aunque los hechos no estaban en absoluto determinados, ni tampoco su tipicidad-, si bien no existían motivos suficientes para atribuirlos a persona determinada”*<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> Ambas citas tomadas de la STS de 26 de noviembre de 2008, FFDD 2 y 5, (rec. 1988/2006). Reproduce esta misma idea el Dictamen del Consejo de Estado 990/2013, de 9 de enero de 2014.

<sup>648</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1289/2014, de 12 de febrero de 2015.

Ahora bien, esta regla general se ve quebrantada por una serie de supuestos en los cuales, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito -piénsese en su muerte, por ejemplo<sup>649</sup>, no va a ser posible en la práctica conseguir una sentencia firme condenatoria del juez penal. Realmente nos encontramos ante supuestos muy excepcionales que, sin embargo, debemos afrontar para tratar de dar una solución jurídica adecuada.

Parece que no es de justicia que si un funcionario falsifica la emisión de un título académico a cambio de una cantidad de dinero que le entrega su destinatario, la solución respecto de la validez de ese título sea diferente si el funcionario muere al día siguiente o si continúa su actividad con normalidad. En efecto, es de sentido común que el título académico sea nulo de pleno derecho en ambos casos, pues su emisión se identifica plenamente con varios delitos.

Por lo tanto, ante estas situaciones, como es del todo imposible obtener una sentencia penal que declare la comisión del delito, no nos queda más remedio que admitir que en los casos de extinción de la responsabilidad penal -y sólo en estos casos- o bien la Administración, o bien el juez de lo contencioso-administrativo, a los solos efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo, puedan declarar que unos hechos determinados tienen carácter delictivo<sup>650</sup>, con independencia de que la responsabilidad penal haya desaparecido.

---

<sup>649</sup> El artículo 130 del Código Penal reconoce que la responsabilidad penal se extingue en los siguientes casos: por la muerte del reo, por el cumplimiento de la condena, por la remisión definitiva de la pena, por el indulto, por el perdón del ofendido en determinadas situaciones y por la prescripción del delito, la pena o la medida de seguridad.

<sup>650</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. pp. 359 y 360, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 395, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), "Las causas de..." op. cit. p. 273, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* op. cit. p. 186, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 676, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas...* op. cit. p. 340.

Sin embargo, esta posibilidad de la Administración o del juez contencioso-administrativo sólo podrá operar, dada la excepcionalidad y especialidad de la cuestión, si se cumplen dos condiciones:

- La primera cuestión a tener en cuenta trae causa del ya citado artículo 4 LJCA, el cual excluye a la jurisdicción contenciosa-administrativa -y se deduce que, con más razón a la Administración Pública- del conocimiento de cualquier cuestión prejudicial en materia penal.

Precisamente para salvar esta prohibición de conocer cuestiones prejudiciales penales directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, parece recomendable que exista un pronunciamiento de un juez penal -generalmente será con forma de auto- que declare precisamente la imposibilidad de abrir un procedimiento penal por concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal.

Una vez que el juez penal ha declarado la imposibilidad de que recaiga sentencia condenatoria firme por concurrir una causa de extinción de responsabilidad, tendrá vía libre la Administración o el juez contencioso-administrativo para, a los exclusivos efectos de declarar la nulidad del acto, considerar que unos hechos encajan en un tipo penal.

- Y la segunda, que el caso concreto no pueda acogerse a ningún otro supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 LPACAP. Si el supuesto de hecho encaja de forma natural en otra causa tasada de nulidad, no será necesario plantearse esta vía excepcional de declarar la nulidad vía artículo 47.1.d) LPACAP sin sentencia penal condenatoria<sup>651</sup>.

---

<sup>651</sup> Este ha sido precisamente el modo de proceder –acertado a nuestro juicio- del Consejo de Estado en el Dictamen, anteriormente citado, nº 1289/2014, de 12 de febrero de 2015. En esta ocasión se analiza un curioso supuesto en el que se plantea la nulidad de pleno derecho de una transmisión de un vehículo autorizada por la Dirección General de Tráfico. El motivo de la nulidad es una previa falsificación de documentación del DNI y del permiso de circulación del titular originario para conseguir el pretendido cambio de titularidad. Denunciados los hechos en sede penal, se dicta auto de sobreseimiento admitiendo que los hechos pueden ser constitutivos de delito pero que no se pueden atribuir a unas personas determinadas. En este caso, el Consejo de Estado entiende que procede la nulidad de la transmisión del vehículo, pero no por la causa del acto constitutivo de delito -pues no confirma el delito una sentencia penal firme- sino por la

En conclusión, como regla general, para la aplicación del artículo 47.1.d) será necesaria una sentencia penal firme condenatoria. Por razones de pura justicia esta regla general puede ceder en los casos que, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito, va a ser imposible obtener la sentencia penal condenatoria. En estos supuestos, la Administración o el juez contencioso-administrativo podrán declarar la nulidad del acto por la causa del artículo 47.1.d) LPACAP si el caso concreto no encaja en ninguna otra causa de nulidad del artículo 47.1 LPACAP y, además, un juez penal se ha pronunciado sobre la efectiva extinción de la responsabilidad penal del autor, razón por la cual nunca podrá obtenerse una sentencia firme condenatoria<sup>652</sup>.

#### **b) La influencia de la sentencia penal en la declaración de nulidad del acto administrativo**

Como venimos razonando, por regla general, para que entre en juego la causa de nulidad que analizamos se requiere una sentencia penal firme que reconozca la existencia de un delito. Lo próximo que hemos de plantearnos es si la sentencia penal influye o no en la validez del acto administrativo. En otras palabras, la razón de ser de este epígrafe es determinar si la sentencia penal puede declarar por sí misma la nulidad de un acto administrativo, o si, por el contrario, se trata de un presupuesto necesario, pero no determinante, pues la

---

causa del artículo 47.1.f) LPACAP de los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran derechos o facultades sin los requisitos esenciales para su adquisición.

<sup>652</sup> Frente a esta solución ecléctica, un sector doctrinal considera que la causa de nulidad del acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella sólo podrá entrar en juego si existe una sentencia penal firme condenatoria, sin admitir ninguna excepción. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento...* op. cit. p. 215, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 188, RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), "Comentario al artículo..." op. cit. p. 432.

declaración de nulidad de un acto administrativo es competencia exclusiva de la Administración o de los tribunales contencioso-administrativos.

Para ello consideramos oportuno distinguir los dos motivos de nulidad que plantea el artículo 47.1.d) LPACAP para conocer el papel que puede jugar la sentencia penal en la determinación de una causa de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo: por un lado, el acto constitutivo de delito y, por otro lado, el dictado como consecuencia del delito.

En relación con los actos administrativos constitutivos de delito, tanto la infracción penal como la infracción administrativa recaen sobre el mismo objeto -el acto administrativo- y, por ello, parece innecesario un ulterior pronunciamiento en sede administrativa cuando un juez penal ha declarado por sentencia firme que el acto administrativo constituye un hecho delictivo<sup>653</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado también favorable a esta idea, dando a entender que el juez penal podrá por sí mismo declarar la nulidad del acto administrativo cuando sea “*una nulidad basada en legislación administrativa*”<sup>654</sup>, es decir, cuando exista una habilitación legal previa que lo permita. Entendemos que esta habilitación existe en los supuestos en los que el acto administrativo es constitutivo de delito, pues si sólo el juez penal es competente para declarar un delito, y éste coincide con la actuación administrativa, su nulidad es una consecuencia automática de la ley<sup>655</sup> -ex artículo 47.1.d) LPACAP- en la que poco hay que valorar en un posible examen en sede administrativa.

En otras palabras, el Tribunal Supremo considera que “*los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser*

---

<sup>653</sup> En contra, vid. VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 455, donde se defiende que, sin excepción, sólo la Administración o los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden declarar la nulidad del acto.

<sup>654</sup> STS (Sala 2ª), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

<sup>655</sup> Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2016), *Los procedimientos administrativos...* op. cit. p. 123.

los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva”<sup>656</sup>. No consideramos descabellada esta apreciación pues un acto administrativo constitutivo de delito ha de ser necesariamente nulo de pleno derecho atendiendo al tenor literal del artículo 47.1.d) LPACAP<sup>657</sup>, pues de lo contrario podríamos estar ante el contrasentido de que un acto administrativo constitutivo de delito pueda producir efectos jurídico-administrativos<sup>658</sup>. Si el delito está conceptualizado como la ilegalidad más grave y contraria al orden público que reconoce el ordenamiento jurídico, por coherencia, un acto que constituya por sí mismo un delito no puede tener validez en ningún ámbito.

Más allá del artículo 47.1.d) -cuyo tenor literal asocia automáticamente el delito con la nulidad del acto-, la propia Constitución fundamenta la posibilidad de que el juez penal pueda declarar la nulidad de un acto administrativo, pues el artículo 106 establece que “*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”, sin distinción alguna entre jurisdicciones.

Ahora bien, si parece lógica la posibilidad de que el juez penal pueda declarar la nulidad administrativa del acto constitutivo de delito, hemos de aclarar que, salvo disposición expresa de la ley<sup>659</sup>, las consecuencias administrativas de la

---

<sup>656</sup> STS (Sala 2ª) de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS (Sala 2ª), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012), STS (Sala 2ª), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

<sup>657</sup> En contra, vid. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 7: “es posible encontrar, como venimos diciendo, actos válidos en derecho administrativo y sin embargo constitutivos de delito”. No podemos compartir esta afirmación pues contradice frontalmente el artículo 47.1. d) que declara la nulidad del acto constitutivo de delito.

<sup>658</sup> En otras palabras, la STS (Sala 2ª), de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS (Sala 2ª), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012) establecen que “podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos”.

<sup>659</sup> Encontramos un ejemplo en el artículo 319.3 del Código Penal relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo -pensemos en la falsedad de una licencia de construcción o la prevaricación en su otorgamiento- que faculta a “los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario”.

nulidad sí deben decidirse en sede administrativa, por la Administración o por el juez contencioso-administrativo. Las consecuencias de la nulidad deberán establecerse para cada caso concreto y garantizando, en todo caso, el desarrollo de un procedimiento administrativo que garantice los derechos de los interesados que han podido estar representados, o no, en el proceso penal. De lo contrario podríamos estar ante una vulneración de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución.

Diferente valoración merecen los supuestos de nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. Para llegar a una conclusión válida en relación con la influencia que debe tener la sentencia penal en estos supuestos acudiremos, en primer lugar, al artículo 3 LECr que determina que la competencia de los tribunales penales se podrá extender a resolver cuestiones prejudiciales administrativas que aparezcan íntimamente ligadas al hecho punible “*para sólo el efecto de la represión*” del delito. Ahora bien, continúa el artículo 4 LECr, “*si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda*”.

Es interesante al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones prejudiciales y la separación competencial entre jurisdicciones. El citado Tribunal entiende que debe permitirse el conocimiento por un orden jurisdiccional de cuestiones que correspondan a otro cuando su conocimiento sea meramente instrumental o auxiliar para resolver la pretensión solicitada y a los solos efectos de ese proceso. En consecuencia, admite la posibilidad de que puedan darse resultados contradictorios entre tribunales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales cuando unos mismos hechos son analizados desde ópticas jurídicas diferentes<sup>660</sup>.

---

<sup>660</sup> STC 30/1996, de 26 de febrero, (rec. 400/1994) y STC 50/1996, de 26 de marzo, (rec. 2528/1994).

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva - artículos 9.3 y 24 de la Constitución- no permiten que las contradicciones entre órdenes jurisdiccionales desemboquen en que unos hechos existieron y no existieron a la vez y una persona fue su autor y no lo fue. Precisamente por esto, *“resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto indeseado desde la perspectiva constitucional”*<sup>661</sup>.

Por lo tanto, cuando no se trata de cuestiones auxiliares o instrumentales, sino decisivas y trascendentales para los derechos de los interesados en el procedimiento, la separación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales parece clara.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA para analizar esta situación distingue dos escenarios posibles: si la sentencia penal versa sobre categorías propias y exclusivas del derecho penal (homicidios, robos, hurtos...) no cabe la posibilidad de que los hechos probados puedan ser contradichos por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, cuando el juez penal deba valorar categorías propias del derecho administrativo (en muchos delitos relativos a funcionarios públicos, delitos urbanísticos o medioambientales, o todos aquellos que utilicen la técnica de la norma penal en blanco remitiéndose a infracciones administrativas), todas las valoraciones del juez penal en este sentido lo serán a título prejudicial y, podrán ser planteadas ulteriormente, a efectos administrativos, al tribunal contencioso-administrativo competente. En este momento, el juez contencioso decidirá sobre la licitud o ilicitud administrativa sin que el pronunciamiento penal en ese sentido tenga efectos de cosa juzgada, pues el juez penal sólo se ha pronunciado a efectos de la represión<sup>662</sup>.

---

<sup>661</sup> STC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5, (rec. 400/1994) y STC 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3, (rec. 2528/1994).

<sup>662</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en

En definitiva, no parece lógico que un juez penal pueda pronunciarse con fuerza de cosa juzgada sobre la legalidad de la actuación administrativa sujeta a derecho administrativo<sup>663</sup>.

Este modo de proceder se adapta perfectamente al esquema diseñado por el Tribunal Constitucional antes descrito para la declaración de nulidad de un acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. Una vez declarado por sentencia penal firme el delito, corresponde con exclusividad a la Administración o al juez contencioso-administrativo analizar la relación de causalidad entre el delito y el acto dictado como consecuencia de aquel, sin que pueda el juez penal entrar a valorar esa cuestión puramente administrativa<sup>664</sup>. En conclusión, estamos en condiciones de afirmar que el artículo 47.1.d) LPACAP no es una remisión directa de la ley administrativa a la sentencia penal<sup>665</sup>.

---

*La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (coords. ORTÍZ BLASCO, J. & MAHILLO GARCÍA, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 258 y 259. (Este mismo artículo fue publicado previamente en *REDA*, nº 98, 1998, pp. 321 y ss.).

<sup>663</sup> Cfr. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 5.

En contra, vid. AYMERICH CANO, C., (2017), “Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia”, en *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Barcelona, p. 164, quien entiende que el mecanismo de la cuestión prejudicial devolutiva es “una vía muerta” y que la jurisdicción penal puede decretar la nulidad de un acto administrativo para asegurar la efectividad de un derecho constitucional a un proceso sin dilaciones y sin costes indebidos.

<sup>664</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 247.

En contra, cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 272, quien considera que la declaración del juez penal sobre la existencia de un delito de cohecho vinculará obligatoriamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para los actos administrativos dictados como consecuencia del delito.

<sup>665</sup> STC 102/1996, de 11 de junio, FJ 3, (rec. 2066/1994). Esta doctrina ha tenido reflejo en el Tribunal Supremo, que entiende desde su antigua STS de 24 de enero de 1974 (Ar. 1154, Ponente: J. Becerril y Antón-Miralles), que es la jurisdicción contencioso-administrativa, como jurisdicción principal, la competente para decidir si unos hechos declarados delictivos por sentencia penal acarrearán o no la invalidez de la actuación administrativa posterior. Este era el caso de la condena penal a todos los concejales de Vigo por un delito de cohecho consistente en la recepción de joyas por parte de la empresa adjudicataria de un contrato. Una vez declarados los hechos como delictivos, el asunto se reanudó en sede contencioso-administrativa para valorar si el delito afectaba o no a la validez del acto administrativo. Y así se ha mantenido la doctrina hasta el día de hoy, buena muestra de ello es la STS (Sala 2ª), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017) del archiconocido caso Nóos.

A modo de recapitulación, el papel que juega el juez penal -competente para la declaración de un delito- en la invalidez de los actos administrativos varía en función de si el acto es constitutivo en sí mismo de delito o es dictado como consecuencia de una infracción penal previa:

- Si el acto administrativo es constitutivo en sí mismo de delito, por imperativo del artículo 47.1.d) LPACAP y del principio de seguridad jurídica, el juez penal sí podrá declarar su nulidad administrativa pues la correspondencia entre acto administrativo delictivo y nulidad es automática<sup>666</sup>. Ahora bien, corresponderá a la Administración o al juez contencioso-administrativo determinar las consecuencias jurídico-administrativas de la nulidad.
- Por el contrario, si el acto es dictado como consecuencia de un delito acudiremos a la solución basada en la separación total de jurisdicciones. Es decir, corresponderá al juez penal la declaración delictiva y corresponderá siempre a la Administración o al juez de lo contencioso valorar si procede declarar la nulidad o no. Para ello se precisará que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico como se advirtió en un epígrafe anterior y, además, que exista relación de causalidad entre el delito y el acto, y esto es una cuestión puramente administrativa.

Si llegado el momento, un juez penal declarase la nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito, lo hará a los solos

---

<sup>666</sup> Interesante al respecto es la ya citada STS (Sala 2ª), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012). “En el caso que se juzga es claro que al haber sido impuesta la sanción administrativa en virtud de un boletín de denuncia cuya confección integra un delito de falsedad en documento oficial, resulta incuestionable que el acto de la denuncia es nulo por ser delictivo y la sanción administrativa impuesta también deviene nula al ser una consecuencia directa del delito”.

Compartimos esta valoración solo en parte: puesto que la denuncia es un acto administrativo y está probado que constituye un delito de falsedad documental, el juez penal estaría capacitado para declarar su nulidad administrativa. Ahora bien, la sanción administrativa posterior impuesta como consecuencia del delito previo no podría ser declarada nula por el juez penal, sino que será competencia de la Administración o el juez contencioso previo análisis de la relación de causalidad e influencia de la denuncia falsa en la posterior sanción.

efectos de la represión del ilícito penal, por lo que no tendrá fuerza de cosa juzgada en sede administrativa. Será posible, en definitiva, plantear ante el juez contencioso la nulidad o no del acto administrativo, y éste sólo estará vinculado a los hechos probados constitutivos de delito, pero aplicará plenamente su jurisdicción administrativa en un procedimiento con un sistema probatorio abierto y sin límites<sup>667</sup>.

## **V.- ACTOS ADMINISTRATIVOS 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**

### **1) Un supuesto de nulidad que se debate entre su utilidad práctica y el peligro de su *vis expansiva***

Para concluir este Capítulo, analizamos el último motivo de nulidad –junto con la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional– incorporado por nuestro legislador al elenco de causas tasadas. Fue en la Ley 30/1992 RJAPPAC donde se incluyó por primera vez el supuesto de nulidad que ahora analizamos y se ha mantenido vigente hasta la actualidad sin ningún tipo de modificación<sup>668</sup>.

---

<sup>667</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 262, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 185, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1954.

<sup>668</sup> Tal vez podamos encontrar el origen de esta causa de nulidad en la legislación sobre contratos del sector público. Concretamente, el ya derogado artículo 4 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado disponía que “los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad necesaria o que estén incurso en cualquiera de las prohibiciones del presente artículo, serán nulos”. La referencia a la carencia de requisitos esenciales que deben concurrir en el contratista nos lleva a pensar que la posterior inclusión en la Ley 30/1992 del supuesto de nulidad relativo a “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” puede constituir una generalización de

Como ya hemos señalado, con la aprobación de la Ley 30/1992 se invierte la tendencia tradicional que relacionaba la nulidad de pleno derecho principalmente con defectos graves en los elementos formales y subjetivos –procedimiento y competencia- del acto administrativo. El motivo de nulidad que ahora analizamos da buena muestra de ello pues, junto con la vulneración de derechos fundamentales, el acto de contenido imposible y el constitutivo de delito o dictado como consecuencia del mismo, otorga un papel protagonista al elemento objetivo del acto<sup>669</sup>.

El apartado f) del artículo 47.1 LPACAP declara que serán nulos de pleno derecho “*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*”. Así las cosas, nos encontramos ante un motivo de nulidad que merece, a nuestro juicio una doble valoración:

- Por un lado, nos encontramos ante una causa de nulidad de enorme utilidad práctica, pues permite declarar nulos de pleno derecho ciertos actos administrativos en cuyo contenido concurren graves ilegalidades. Antes de la entrada en vigor de este supuesto, las causas de nulidad relacionadas con el contenido del acto se limitaban al contenido imposible y al acto constitutivo de delito o dictado como consecuencia de éste. La práctica demostraba continuamente que existían supuestos en los que la ilegalidad era totalmente grave y notoria y, sin embargo, no encajaban en ningún supuesto de nulidad. La solución que se tomaba, totalmente contraria a la interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad,

---

lo que, hasta ese momento, era un supuesto de nulidad aplicable solo al ámbito de los contratos públicos.

<sup>669</sup> El motivo de nulidad que ahora analizamos relativo a la adquisición de derechos o facultades sin los requisitos esenciales para ello no guarda relación de ningún tipo con el elemento subjetivo ni formal del acto administrativo, sino directamente con el elemento objetivo, es decir, el contenido. Vid. COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, “El supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. Texto y contexto”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 10, 2008, p. 34.

consistía en recurrir a interpretaciones extensivas o forzadas<sup>670</sup> de los supuestos de nulidad existentes.

Por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado nº 52761/1989, de 21 de septiembre, consideró nula la expedición del título de Director de Escuelas Particulares de Conductores a favor de un sujeto que carecía del título de Bachiller Superior, lo cual era un requisito legal inexcusable. El Consejo de Estado concluye que estamos ante un acto nulo de pleno derecho pues *“la ausencia de los presupuestos fácticos básicos exigidos para dictar un acto administrativo supone que el contenido del mismo deviene imposible”*. Sin embargo, ante un supuesto análogo, un funcionario público que accede a un cargo sin la titulación requerida para ello, el Consejo de Estado en su Dictamen nº 111/2002, de 7 de febrero, ya vigente la causa de nulidad que ahora analizamos, concluye que la causa de nulidad aplicable al caso es la prevista en el hoy artículo 47.1.f) relativo a la adquisición de facultades y derechos careciendo de los requisitos esenciales necesarios al no tener la titulación requerida en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes.

En conclusión, es evidente que existen ilegalidades muy graves relativas al contenido del acto administrativo que no encajan, salvo de manera excesivamente forzada, ni en la vulneración de derechos fundamentales, ni en el acto de contenido imposible<sup>671</sup> ni en el constitutivo de delito. Por ello este supuesto de nulidad es necesario y tiene gran utilidad práctica.

- Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que estamos ante una causa de nulidad que presenta unos contornos imprecisos y que exige una

---

<sup>670</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 200.

<sup>671</sup> En contra, vid. GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* *op. cit.* p. 191, quienes consideran a esta causa de nulidad una “tautología” en relación con los actos de contenido imposible, pues en éstos se incluían –a nuestro juicio erróneamente y de manera forzada, rompiendo la máxima de la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho- “los supuestos en que falta el substrato fáctico, personal o material”. En el mismo sentido, vid. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 179.

interpretación especialmente restrictiva pues, de lo contrario, se generaría un grave riesgo para la seguridad jurídica<sup>672</sup>. Recordemos que, en virtud de este motivo de nulidad, cabe la posibilidad de la revisión de oficio de actos que crean o declaran situaciones favorables para los administrativos, en principio, en cualquier momento<sup>673</sup>, lo cual potencia el argumento de la aplicación especialmente restrictiva del supuesto<sup>674</sup>.

Incluso el Tribunal Supremo se hace eco del especial peligro de la *vis expansiva* de esta causa de nulidad concluyendo que la aplicación amplia de este supuesto podría incluso dejar sin contenido a la categoría de la anulabilidad, pues podría reconducirse a la nulidad de pleno derecho cualquier supuesto de ilegalidad de los actos administrativos<sup>675</sup>.

Tres son, por lo tanto, las condiciones necesarias para que opere esta causa de nulidad. En primer lugar, la existencia de un acto administrativo expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico. La segunda, que del acto se derive la adquisición de un derecho o facultad. Y, la tercera, que esa adquisición se realice careciendo de los requisitos esenciales exigidos para ello. Como iremos analizando a continuación, de estas tres condiciones, la única que permite frenar la *vis expansiva* de este motivo de nulidad es la relativa a la determinación del alcance de los “requisitos esenciales”. Es decir, la clave para la correcta

---

<sup>672</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1964, quien aboga “desde la perspectiva de la seguridad y estabilidad de las situaciones ciudadanas exigiría, seguramente una interpretación contenida”. En la misma línea, cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2001), *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, p. 111.

<sup>673</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo...* *op. cit.* p. 571, quien considera que este motivo de nulidad introduce “un factor de inseguridad jurídica” por lo que la “aplicación del precepto merece máxima cautela”.

<sup>674</sup> De lo contrario, podría desvirtuarse la categoría de la nulidad de pleno derecho y actos meramente anulables podrían ser revisados sin límite tempore. Vid. STS de 13 de diciembre de 2018, FD 1, (rec. 568/2017) o, en el mismo sentido, Dictamen del Consejo de Estado 301/2019, de 23 de mayo.

<sup>675</sup> Por todas, STS de 6 de mayo de 2009, FD 9, (rec. 1511/2016), STS de 5 de diciembre de 2012, FD 5, (rec. 6076/2009) o STS de 13 de diciembre de 2018, FD 1, (rec. 568/2017): “no puede interpretarse en un sentido tan amplio que incluya dentro de ellos cualquier condición o exigencia necesaria para la validez del acto declarativo del derecho, pues si así se hiciera, se reconduciría a la categoría de nulidad radical todo supuesto de ilegalidad de esos actos, prescindiendo para ellos de la categoría de nulidad relativa o anulabilidad”.

aplicación de este supuesto de nulidad radica en la interpretación restrictiva del concepto jurídico indeterminado “requisitos esenciales”.

## 2) Delimitación de su ámbito de aplicación

### a) Actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico

Centrándonos ya en el motivo que nos ocupa, el apartado f) del artículo 47.1 LPACAP declara que serán nulos de pleno derecho “*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*”. La inclusión de esta novedosa causa de nulidad se debe al nuevo régimen que la Ley 30/1992 diseñó para el silencio administrativo positivo<sup>676</sup>. Utilizamos la expresión “nuevo régimen” del silencio administrativo pues durante la vigencia de la LPA de 1958 la regla general era la del silencio negativo o desestimatorio<sup>677</sup>. Quizás la excepción más significativa la constituía la posibilidad de obtención de licencias por silencio que contemplaba la Ley del

---

<sup>676</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 680, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. p. 236, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* op. cit. p. 188, CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... op. cit. p. 201, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas...* op. cit. p. 343.

El apartado noveno de la Exposición de motivos de la Ley 30/1992, después de justificar el nuevo régimen del silencio administrativo determina que “lógicamente, la citada regulación se complementa con la inclusión posterior, como supuesto de nulidad de pleno derecho, de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

<sup>677</sup> El artículo 94.1 de la LPA de 1958 disponía que “cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición”.

Suelo de 1956 remitiéndose al Reglamento de Servicios de las Entidades Locales<sup>678</sup>.

Ante esta situación, la Ley 30/1992 invierte los términos y establece el silencio positivo –en teoría- como la regla general<sup>679</sup>. En efecto, su espíritu “renovado” concibe el silencio administrativo estimatorio como una garantía para los administrados que, debiendo ser excepcional dado el deber de resolver de forma expresa de la Administración<sup>680</sup>, tiene como propósito anteponer la eficacia al formalismo y reconocer las pretensiones del administrado ante el incumplimiento del deber de la Administración de resolver expresamente y dentro del plazo<sup>681</sup>.

Bajo esta premisa, la ley 30/1992 previó la posibilidad del silencio positivo *contra legem*. Sin embargo, acogiéndose el legislador a la línea jurisprudencial

---

<sup>678</sup> El artículo 165.2 de la Ley del Suelo de 1956 –“el procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades locales”- remite las condiciones de otorgamiento de las licencias al Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, cuyo artículo 9.1.7º, letra a) establecía que “el peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión provincial de Urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión provincial de Servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo”.

<sup>679</sup> El artículo 43 de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común disponía que “en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo”, y a continuación establecía las excepciones a esta regla general.

<sup>680</sup> El artículo 21.1 LPACAP establece que “la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”.

<sup>681</sup> El ya citado apartado noveno de la Exposición de motivos de la Ley 30/1992 dice textualmente: “El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista”.

dominante<sup>682</sup>, la posibilidad de obtener derechos o facultades mediante silencio positivo tiene como límite la nulidad de pleno derecho<sup>683</sup>. En otras palabras, la adquisición de derechos o facultades mediante silencio administrativo *contra legem* será nula de pleno derecho si hubiera resultado igualmente nula su adquisición por acto administrativo expreso. No debemos olvidar que, independientemente de esta novedosa causa de nulidad, el silencio sigue siendo generalmente positivo y como tal el acto se presume válido y producirá efectos mientras no se declare su nulidad<sup>684</sup>. En conclusión, el silencio positivo *contra*

---

<sup>682</sup> Traemos a colación la STS de 26 de abril de 1984, CDO 2, (Ar. 2577, Ponente: J. M<sup>a</sup>. Reyes Monterreal) pues describe las tres posibles soluciones que se barajaban para regular los efectos del silencio administrativo positivo. “La primera establece que el silencio positivo sustituye el acto expreso a todos los efectos, es decir, producido aquél el proyecto queda aprobado en sus propios términos; así la sentencia de 20 mayo 1966 confirmando la doctrina de obras anteriores, dice que el silencio positivo -aun reconociéndose los perjuicios que puede interrogar a la Administración- opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es, la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia; una segunda corriente -SS. de 3 noviembre de 1964 y 18 marzo 1970- afirma que el silencio positivo suple el acto expreso pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, por lo que aquéllas llaman la atención sobre el gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocérseles, y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley”. Y una tercera línea jurisprudencial entiende “que con el silencio positivo puede crearse (sic) la autorización o aprobación solicitadas, en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas, enseñando aquellas resoluciones que no cabe acudir al silencio administrativo positivo para lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si lo hubiera concedido”.

Es precisamente esta tercera línea jurisprudencial la que asumió la Ley 30/1992 –y mantiene actualmente la vigente LPACAP- sobre el alcance de la validez de los derechos obtenidos mediante silencio administrativo.

<sup>683</sup> “Ello supone una inversión de los términos de la relación entre el ciudadano emprendedor y la Administración como gestor del interés general, pues por el mero transcurso de un plazo de tiempo se blinda el interés particular que puede comenzarse a gozarse desde el momento de la estimación y se impone a la Administración, poco sobrada de recursos personales y materiales, la carga de revisar o impugnar jurisdiccionalmente el acto contrario al ordenamiento obtenido por silencio positivo”, vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., (2019), *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, p. 390.

<sup>684</sup> Cfr. SANZ RUBIALES, I. “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, en *RAP*, nº 171, 2006, p. 198, AGUADO I CUDOLÀ, V., (2012), “El

*legem* sigue siendo positivo, pero en los supuestos de adquisición de derechos sin los requisitos esenciales exigibles, la validez del acto presunto podrá ser cuestionada sin límite temporal vía revisión de oficio gracias a la inclusión de esta nueva causa de nulidad de pleno derecho<sup>685</sup>.

Ahora bien, la nulidad de los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición no solo es predicable de los actos presuntos. Si bien fue el régimen del silencio administrativo positivo la razón fundamental por la que se incorpora esta causa de nulidad, no existía ningún motivo para excluir de ésta a los actos expresos<sup>686</sup>. De hecho, si de lo que se trata es de proteger el contenido del acto administrativo de las ilegalidades más graves, poco sentido tendría establecer distinciones entre actos expresos y actos presuntos<sup>687</sup>.

El propio Consejo de Estado, como ya hemos expuesto anteriormente, ya reclamaba durante la vigencia de la LPA de 1958<sup>688</sup> que los actos administrativos

---

silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual” en *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales* (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 365.

<sup>685</sup> Cfr. VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 459.

<sup>686</sup> En contra de la inclusión de los actos expresos, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1209, que consideran que es una “extensión notoriamente improcedente” pues deja abierta la posibilidad de la revisión de oficio de los actos sin límite temporal. No compartimos esta postura pues si un acto presunto puede declararse nulo de pleno derecho por incurrir en graves ilegalidades su contenido, no hay razón lógica para entender que el mismo acto dictado expresamente sea calificable como meramente anulable. En el mismo sentido, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 188.

<sup>687</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 174, pues “en la medida de lo posible, los actos presuntos –en tanto actos administrativos– se rigen por las mismas reglas que los actos expresos”. En el mismo sentido, VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 458.

<sup>688</sup> “A diferencia de la Ley 30/1992, la LPA de 1958 no contemplaba esta causa de nulidad radical. El origen de la introducción de esa causa de nulidad radical puede encontrarse en la doctrina de este Consejo de Estado, que durante la vigencia de la Ley de 1958 entendió en diversos expedientes que la ausencia de los presupuestos esenciales para adquirir un derecho es un vicio que determina la nulidad de pleno derecho del acto que lo sufra”. Vid. Dictamen del Consejo de Estado 1979/1994, de 1 de diciembre.

dictados –es decir, expresos- con ausencia de los presupuestos esenciales exigibles deberían ser nulos de pleno derecho<sup>689</sup>.

En definitiva, este supuesto de nulidad es aplicable tanto para los actos presuntos como para los actos expresos siempre que éstos sean –continuando con el tenor literal del artículo 47.1.f) LPACAP- “*contrarios al ordenamiento jurídico*”. Esta expresión del legislador no parece acertada<sup>690</sup> puesto que puede conducir a interpretaciones que solapen la nulidad de pleno derecho con la anulabilidad, provocando gran inseguridad jurídica. Recordemos que el artículo 48.1 LPACAP establece que, como regla general, son anulables los actos administrativos que “*incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*”. Es claro que los actos nulos de pleno derecho también son contrarios al ordenamiento jurídico y por ello no es incorrecta la redacción del apartado f) del artículo 47.1 LPACAP que ahora analizamos; sin embargo, podría haber omitido la expresión “*contrarios al ordenamiento jurídico*” y centrar la causa de nulidad en los actos expresos o presuntos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. De este modo se hubieran evitado confusiones y, sobre todo, la tentación constante de ampliar –bajo la aparente cobertura de esta hipótesis de nulidad-

---

<sup>689</sup> Vid., entre otros, Dictamen del Consejo de Estado 50710/1987, de 1 de octubre, 45192/1983, de 30 de junio, 49965/1983, de 23 de diciembre. Al no existir el supuesto de nulidad que analizamos en este momento en la Ley de Procedimiento de 1958, el Consejo de Estado consideraba que la nulidad por carecer de los presupuestos esenciales exigibles encajaría –de forma ciertamente forzada- en la causa de nulidad de los actos de contenido imposible. Por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado 54115/1989, de 23 de noviembre, en un supuesto análogo al ya citado supra, consideró que el Director de Escuelas Particulares de Conductores debía estar en posesión del título de Bachiller Superior pues de lo contrario su nombramiento sería nulo de pleno derecho por la ausencia de requisitos esenciales. El mismo razonamiento aparece en el Dictamen del Consejo de Estado 54547/1990, de 19 de julio, que consideró que debía ser declarado nulo de pleno derecho el acto administrativo por el que se concede el grado de Doctor a una persona que no esté en posesión del título de Licenciado o que no acredite haber realizado los cursos de doctorado.

<sup>690</sup> Califica de “desafortunada”, por evidente, esta expresión del legislador CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 200, puesto que si se exige que se adquiera un derecho o facultad sin requisitos esenciales, esa ausencia de requisitos esenciales lleva implícita la ilegalidad.

los actos nulos de pleno derecho a cualquier acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico<sup>691</sup>.

**b) Análisis del alcance de los actos favorables. Especial alusión a la adquisición de licencias urbanísticas *contra legem***

El motivo de nulidad que ahora analizamos afecta exclusivamente a los actos –expresos o presuntos- de carácter favorable, es decir, “*por los que se adquieren facultades o derechos*”. Dentro de los actos favorables se engloban, no sólo los actos que crean derechos *ex novo*, sino también aquellos que declaran o reconocen situaciones jurídicas favorables y aquellos que reducen o suprimen cargas u obligaciones para los administrados<sup>692</sup>. Un sector de la doctrina considera que este motivo de nulidad solo engloba los actos que constituyen derechos en favor de un particular, y no aquellos que reconocen o declaran

---

<sup>691</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1964, pone de manifiesto el peligro para la seguridad jurídica que puede entrañar este supuesto de nulidad debido a sus “presupuestos normativos ciertamente amplios”. En el mismo sentido, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 237, quien considera que la inclusión de los actos expresos en esta causa de nulidad la otorga “un gran potencial expansivo”.

<sup>692</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo...* *op. cit.* p. 571, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* p. 680, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 50, GARCÍA URETA, A., (2002), *Procedimiento Administrativo y Derecho Comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, Oñati, pp. 122 y 123.

Traemos a colación la interesante reflexión de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “El recurso contencioso de lesividad en materia tributaria” en *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2005, p. 27 (nota 15) sobre la difícil clasificación de un acto como favorable o desfavorable. Entiende que “el carácter favorable o desfavorable con que suele clasificarse a los actos administrativos es eminentemente relativo, desde distintas perspectivas. Un acto de liquidación definitiva que fija una cuantía determinada para la cuota tributaria de un contribuyente tiene dimensión favorable o de acto declarativo de derechos, en cuanto que comporta para el contribuyente el reconocimiento del derecho a no estar sujeto a la obligación de pagar una cantidad superior. De ahí que otro acto ulterior que pretendiera sustituir esa liquidación por otra que comportase exigir una cuota superior, equivaldría a una revisión del primero “en perjuicio” del contribuyente interesado, o a una revisión de un acto en cuanto favorable y declarativo de derecho en el sentido indicado”. Podría discutirse a raíz de esta reflexión si la condición de favorable o desfavorable de un acto depende de su naturaleza, de sus efectos en el destinatario o de ambos. En cualquier caso, parece que estamos ante una reflexión que tiene poca aplicabilidad en el supuesto de nulidad de pleno derecho que estamos analizando.

situaciones jurídicas previas<sup>693</sup>. En nuestra opinión, nos encontramos ante una interpretación excesivamente restringida pues no hay motivo para excluir de los actos favorables a los actos declarativos de derechos. La propia literalidad del artículo se refiere a la adquisición de derechos o de facultades, y entendemos las facultades como posibilidades de ejercicio de un derecho –que podría ser previamente adquirido-, por lo que parece complicado descartar, por ejemplo, las licencias o autorizaciones obtenidas sin los requisitos esenciales para su adquisición de este motivo de nulidad<sup>694</sup>.

El propio Tribunal Supremo no deja lugar a demasiadas dudas pues considera un acto administrativo favorable a “*todo aquel acto administrativo – cualquiera que sea su naturaleza a otros efectos- del que su destinatario obtiene derechos, facultades u otras situaciones jurídicas ventajosas*”<sup>695</sup>. En este sentido, parece que existe una plena identificación entre los “actos favorables” y los “actos por los que se adquieren facultades o derechos” a los que se refiere el artículo 47.1.f) LPACAP. Es interesante el matiz que incorpora el Tribunal Supremo pues un acto favorable –ya sea constitutivo o declarativo, pero en cualquier caso ventajoso para el destinatario- no lo es por su naturaleza en abstracto sino valorando cómo afecta en cada circunstancia concreta a su destinatario.

A mayor abundamiento, el espíritu de la Ley 30/1992, al introducir esta novedosa hipótesis de nulidad, parece que incluye dentro de su ámbito de aplicación tanto los actos constitutivos de derechos como los actos declarativos.

---

<sup>693</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1209 y 1210, quienes consideran que sólo encajarían en este supuesto los actos que determinen el nacimiento del derecho o facultad, es decir, los constitutivos, no pudiendo aplicarse a los actos que “únicamente remueven el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente”, como por ejemplo, una licencia.

<sup>694</sup> Incluso, se ha sostenido que “esta norma parece pensada teniendo a la vista la licencia de edificación en la nueva legislación urbanística”, vid. LLISSET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. & LÓPEZ PELLICER, J. A., (2000), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 339.

<sup>695</sup> Vid., entre otras, STS de 11 de octubre de 2016, FD 5 (rec. 673/2015), STS de 21 de marzo de 2017, FD 9, (rec. 4021/2014) o STS de 29 de enero de 2019, FD 4, (rec. 2972/2016).

Así, su Exposición de Motivos determina que “*el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado*”. No supondría una garantía real excluir los actos declarativos del motivo de nulidad que ahora analizamos<sup>696</sup>.

En concordancia con el fundamento de este motivo de nulidad –limitar las consecuencias favorables del silencio administrativo positivo a los supuestos en que no concurren graves irregularidades- no hubiera tenido demasiado sentido incluir los actos de gravamen<sup>697</sup>. No debemos olvidar que esta causa de nulidad se introduce al generalizar la regla del silencio positivo y persigue proteger a la Administración cuando su inactividad desemboca en un otorgamiento de derechos que sería nulo de pleno derecho de haberse otorgado por acto expreso<sup>698</sup>. En relación con los actos de gravamen, su declaración de nulidad podrá basarse en cualquier otro motivo tasado de nulidad o, en su defecto, constituirán un vicio de mera anulabilidad.

Para ilustrar lo expuesto hasta ahora, nos referiremos a continuación al ámbito urbanístico, en especial a la obtención de licencias urbanísticas contrarias al ordenamiento jurídico, y su posible identificación con el motivo de nulidad del artículo 47.1.f) que ahora analizamos.

Tomaremos como punto de partida el artículo 11.3 *in fine* del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto

---

<sup>696</sup> Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2001), *Silencio administrativo... op. cit.* p. 113.

<sup>697</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 201, critica que “no se haya definido para los actos de gravamen una causa de nulidad de pleno derecho equivalente” a la que estamos analizando. Pero, como ella misma admite más adelante, el legislador está pensando en proteger a la Administración Pública de los efectos del silencio positivo, por lo que parece complicado imaginar un supuesto equivalente para los actos de gravamen que, por otra parte, ampliaría aún más el potencial expansivo de esta causa de nulidad.

<sup>698</sup> Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2001), *Silencio administrativo... op. cit.* p. 113, para quien “la razón que llevó al legislador a limitar este caso de nulidad a los actos favorables y declarativos estriba en que los efectos de la ausencia de resolución en los procedimientos limitativos es la caducidad que, como veremos, produce efectos procedimentales y no sustanciales”.

Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLS), según el cual “*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”. Lo que, en principio, puede interpretarse como una excepción al principio general del silencio positivo *contra legem* no es, en realidad, otra cosa que su confirmación.

Las licencias urbanísticas, como actos administrativos que son, gozan de presunción de validez mientras su invalidez no sea declarada, independientemente de si son o no conformes con el ordenamiento jurídico. Por ello, no podemos hablar de silencio negativo en este caso<sup>699</sup>, pues siendo la adecuación al ordenamiento jurídico un requisito de validez, la licencia ilegal no otorgará facultades o derechos, tal y como reza el artículo 11.3 TRLS, pero mientras no se declare su invalidez deberá ser respetada por la presunción de validez general de los actos administrativos, incluso aunque la ilegalidad pueda encuadrarse dentro de las causas de nulidad de pleno derecho<sup>700</sup>.

Aclarada esta cuestión que puede llevar a equívoco sobre el sentido del silencio en el ámbito de la obtención de licencias urbanísticas, nos centraremos ahora en la calificación jurídica que merecen las licencias obtenidas vulnerando los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Como venimos insistiendo, los supuestos de nulidad deben interpretarse restrictivamente y para que pueda

---

<sup>699</sup> Se produce el silencio negativo, porque así lo dice expresamente el artículo 11.4 TRLS, en el supuesto de “los actos que autoricen: a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta. c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes. d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público”. Precisamente esta alusión expresa a los supuestos donde se produce el silencio negativo, abre la posibilidad a la interpretación de que en el resto de supuestos cabe la posibilidad del silencio positivo *contra legem*. En todo caso, no cabría plantearse aquí la nulidad de los actos por la causa del artículo 47.1.f) LPACAP pues el silencio negativo impide la adquisición de cualquier derecho o facultad.

<sup>700</sup> La prohibición de adquirir licencias *contra legem* es solo una aparente excepción al régimen general de silencio positivo. La licencia urbanística contraria al ordenamiento jurídico gozará, como todos los actos administrativos, de presunción de validez. Ciertamente es que con base en una licencia inválida no podrán adquirirse derechos o facultades pero, mientras esa invalidez no sea declarada, su presunción de validez sigue intacta y por ello debe ser respetada. No podría ser de otra manera pues el particular no tiene por qué sufrir una situación de inseguridad jurídica permanente que trae causa en la inactividad administrativa. Cfr. SANZ RUBIALES, I. “Silencio administrativo y...” *op. cit.* pp. 194 y 195.

entrar en juego este supuesto de invalidez es necesario que el requisito del cual se carece tenga el carácter de esencial. Por ello, en función de la esencialidad del requisito ausente y de la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico, las licencias contrarias al ordenamiento jurídico podrán ser, generalmente anulables y, excepcionalmente nulas de pleno derecho<sup>701</sup>.

Pese a que la contundencia del tenor literal del artículo 11.3 TRLS –“*en ningún caso podrán entenderse adquiridas*”- podría interpretarse como la incorporación de un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en el ámbito urbanístico<sup>702</sup>, no debemos olvidar que las causas de nulidad deben establecerse “*expresamente*” en una disposición con rango de ley tal y como se desprende del artículo 47.1.g) LPACAP<sup>703</sup>. Dado que el TRLS no reconoce expresamente la nulidad de las licencias obtenidas contraviniendo el ordenamiento jurídico<sup>704</sup>, la regla general será la mera anulabilidad<sup>705</sup>.

---

<sup>701</sup> Cfr. IGLESIAS GONZÁLEZ, F., (2007), *Licencias urbanísticas*, Francis Lefebvre, Madrid, p. 314.

También se pronuncia en este sentido en relación con las licencias urbanísticas el Dictamen del Consejo de Estado 798/2012 de 19 de julio: “En estos supuestos, una interpretación extensiva del artículo 62.1.f) podría conducir a la desaparición de las fronteras entre la nulidad y la anulabilidad. La interpretación expansiva de aquello que constituye ausencia de los requisitos esenciales llevaría a la errónea conclusión de que cualquier acto favorable expreso puede ser declarado nulo por contradecir cualquier norma o instrumento de planeamiento urbanístico, con independencia de la gravedad del vicio que le fuera imputado, interpretación sobre cuyos peligros no ha dejado de advertir el Consejo de Estado”. En el mismo sentido, vid. Dictamen del Consejo de Estado 3204/1995, de 18 de abril y 3817/1999, de 10 de febrero de 2000.

<sup>702</sup> Así lo ha entendido, a nuestro juicio equivocadamente, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “Licencia urbanística y silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Licencia Urbanística de Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 46, 2002, p. 510.

<sup>703</sup> La interpretación contraria “generaría una gran inseguridad jurídica”, vid. SANZ RUBIALES, I. “Silencio administrativo y...” *op. cit.* p. 210.

<sup>704</sup> El artículo 55 TRLS sí reconoce expresamente, por ejemplo, la nulidad de pleno derecho de “los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística”.

<sup>705</sup> Así lo interpreta también el Consejo de Estado considerando anulable y no nula de pleno derecho ex artículo 47.1.f) la licencia urbanística cuya infracción del ordenamiento jurídico consistía en que “de los tres viales de la unidad de actuación dos están desviados sobre la grafía de los planos del Plan General de Ordenación Urbana”, vid. Dictamen del Consejo de Estado 1070/2013, de 24 de octubre.

También la COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, “El supuesto de...” *op. cit.* p. 38, ha considerado anulable la “licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar que supera la altura permitida (Dictamen 291/05), la licencia de edificación que infringe las condiciones de ocupación de la parcela y las separaciones mínimas respecto de los lindes (Dictamen 147/05), la cédula de habitabilidad de segunda ocupación concedida a una vivienda

**c) La interpretación restrictiva de los “requisitos esenciales” como condición para no desvirtuar la categoría de la nulidad de pleno derecho**

No presenta dudas en la doctrina el riesgo que comporta una interpretación amplia del motivo de nulidad que ahora analizamos. Si todas las causas de nulidad deben aplicarse, por definición, restrictivamente, la adquisición de derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales exige una interpretación especialmente restrictiva y cautelosa<sup>706</sup>. De lo contrario, se corre el grave riesgo de convertir a la nulidad de pleno derecho en la regla general de invalidez para los actos favorables contrarios al ordenamiento jurídico, vaciando de contenido a la categoría de la anulabilidad<sup>707</sup>.

Para que esto no ocurra, pues supondría desnaturalizar la nulidad de pleno derecho como grado excepcional de invalidez de los actos administrativos, es

---

que presenta deficiencias reparables en materia de conservación y mantenimiento (en concreto, humedades de consideración, mal estado de conservación de la cocina, sanitarios en pésimo estado y anomalías en la distribución eléctrica y la instalación de gas butano: Dictamen 15/07), o la licencia de obras para la transformación de un local en vivienda que no ha previsto, entre sus condiciones, la colocación de un tubo de extracción de humos sujeta a la autorización de la comunidad de vecinos (dictámenes 51/08, 52/08 y 53/08)”. En todos estos casos se considera que no reviste la infracción al ordenamiento jurídico la suficiente gravedad como para concurrir un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Existen supuestos en que el propio TS ha considerado válida la licencia obtenida por silencio positivo, cuando ésta ha adquirido firmeza y se ha amparado en un Plan urbanístico que posteriormente ha sido anulado. Vid. STS de 14 de diciembre de 2020, FD 6, (rec. 7929/2019): “La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo”.

<sup>706</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 680, SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo...* op. cit. p. 571, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 191, GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de...* op. cit. p. 551, GALLARDO CASTILLO, M. J., (2016), *Los procedimientos administrativos...* op. cit. p. 132.

<sup>707</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* op. cit. p. 175, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 192.

Incluso, no faltaron voces en la doctrina que afirmaron que esta causa de nulidad “extiende desmesuradamente la nulidad y además hasta límites tan imprecisos y difíciles de determinar con seguridad como la noción de requisitos esenciales”, cfr. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Modificaciones del régimen...” op. cit. p. 21.

necesario tratar de acotar al máximo el alcance de la expresión “requisitos esenciales”.

No es la única vez que el legislador utiliza el término “esencial” para definir las causas de nulidad de pleno derecho. La ley 30/1992 consideraba nulos de pleno derecho los actos administrativos que “*lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”, aunque bien es cierto que en la reforma posterior por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se eliminó la referencia al contenido esencial. Por otro lado, sí se mantiene en la actualidad en vigor el artículo 47.1.e) que considera nulos de pleno derecho, entre otros, los actos administrativos dictados prescindiendo de “*las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”. Por lo tanto, parece que la esencialidad ha sido siempre un criterio delimitador<sup>708</sup> entre los dos grados de invalidez –nulidad y anulabilidad-.

#### **i) El necesario carácter subjetivo de los requisitos esenciales**

Antes de abordar el debate relativo a si los requisitos esenciales exigidos en este supuesto por el legislador son de carácter objetivo o subjetivo, trataremos de delimitar los contornos del adjetivo “esencial”. Para ello, comenzaremos por distinguir, tal y como ha venido haciendo el Consejo de Estado entre, “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”<sup>709</sup>. Son requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho todos aquellos exigidos por la normativa aplicable. La adquisición de un derecho obviando alguno de los requisitos

---

<sup>708</sup> Cfr. VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 458, LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” op. cit. p. 516.

<sup>709</sup> Entre otros, vid. Dictámenes del Consejo de Estado 301/2019, de 23 de mayo y 909/2015, de 17 de septiembre. Ambos dictámenes advierten de la necesaria distinción entre requisitos necesarios y requisitos esenciales con el fin de no desnaturalizar las causas de invalidez: “No todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales”, debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que una interpretación amplia de los “requisitos esenciales” comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad”.

necesarios podría constituir una irregularidad no invalidante –en el caso, por regla general, de un defecto formal- o, incluso un acto anulable pues según el artículo 48.1 LPACAP son anulables los actos “*que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*”. Excepcionalmente, la adquisición del derecho o facultad podría calificarse nula de pleno derecho cuando el requisito necesario del que se carezca constituya, además, un requisito esencial. El requisito esencial no sólo es un requisito necesario<sup>710</sup>, sino que además debe ser especialmente significativo e ir indisociablemente unido a la naturaleza del derecho o facultad adquirida<sup>711</sup>. La carencia del requisito esencial debe ser total, incontrovertible<sup>712</sup> y notoria<sup>713</sup>, es decir, apreciable de forma indubitada, sin que quepa lugar a dudas. Por ejemplo, no hay duda de que un requisito esencial para el ejercicio de la abogacía es estar en posesión del título de Licenciado o Graduado en Derecho. Se trata, en conclusión, de los presupuestos esenciales que de modo ineludible deben concurrir para ser titular de un derecho u ostentar una determinada facultad<sup>714</sup>.

Si la esencialidad del requisito ausente no plantea demasiados problemas interpretativos, a día de hoy la doctrina se divide entre quienes consideran que el legislador se refiere a los requisitos que deben concurrir en el sujeto – subjetivos- y quienes creen que se refiere a los que deben concurrir en el objeto

---

<sup>710</sup> Vid. STS de 6 de mayo de 2009, FD 9, (rec. 1511/2006): “La expresión “requisitos esenciales” no puede interpretarse en un sentido tan amplio que incluya dentro de ellos cualquier condición o exigencia necesaria para la validez del acto declarativo del derecho, pues si así se hiciera, se reconduciría a la categoría de nulidad radical todo supuesto de ilegalidad”.

<sup>711</sup> Vid. Por todas, STS de 26 de noviembre de 2008, FD 5, (rec. 1988/2006), STS de 7 de octubre de 2010, FD 3, (rec. 481/2008), STS de 5 de diciembre de 2012, FD 5, (rec. 6076/2009) o STS de 28 de abril de 2015, FD 3, (rec. 2089/2013): “No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse “esenciales”: tan sólo los más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma de aquél. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad”.

<sup>712</sup> STS de 16 de enero de 2015, FD 1, (rec. 5212/2011).

<sup>713</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1176/2017, de 15 de marzo de 2018. Además, el propio Consejo de Estado, en otros Dictámenes interpreta que la nulidad procederá ante “la ausencia de un presupuesto esencial o básico, que determina la adquisición del derecho o facultad de que se trate”, pero no “en aquellos otros [supuestos] en los que la controversia deriva de una mera interpretación, con eventuales soluciones razonablemente divergentes, de una norma jurídica”. Vid. Dictamen del Consejo de Estado 120/2019, 21 de marzo o 125/2019, de 14 de marzo.

<sup>714</sup> STS de 24 de abril de 2015, FD 6, (rec. 427/2013).

–objetivos-<sup>715</sup>. Consideramos, en la línea del Consejo de Estado<sup>716</sup> y de nuestro Tribunal Supremo<sup>717</sup> que, como regla general, los requisitos esenciales a los que se refiere esta hipótesis de nulidad son de carácter subjetivo:

- En primer lugar, la literalidad del artículo 47.1.f) LPACAP se refiere a la adquisición de derechos o facultades “*cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. Todo indica, según esta formulado, que la ausencia de requisitos esenciales concurrirá en el interesado en la adquisición del derecho o facultad, y no en el objeto de adquisición<sup>718</sup>. Normalmente los requisitos esenciales afectarán a la capacidad de obrar general, a las capacidades específicas para la adquisición de un derecho o facultad determinada o a los presupuestos de hecho exigidos por la norma en cada caso concreto<sup>719</sup>.

---

<sup>715</sup> Por un lado, entre quienes consideran que dentro del ámbito de aplicación del supuesto de nulidad que ahora analizamos se engloban tanto la carencia de requisitos subjetivos como objetivos, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 182, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 238, COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, “El supuesto de...” *op. cit.* p. 34, GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1209.

Por otro lado, entre quienes consideran que el supuesto de nulidad sólo hace referencia a los requisitos esenciales de carácter subjetivo, cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 284, COSCULLUELA MONTANER, L., (2020), *Manual de Derecho...* *op. cit.* p. 404, RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), “Comentario al artículo...” *op. cit.* p. 434.

<sup>716</sup> Dictamen del Consejo de Estado 2151/2009, de 14 de enero de 2010, Dictamen del Consejo de Estado 1176/2017, de 15 de marzo de 2018, Dictamen del Consejo de Estado 334/2017, de 18 de mayo.

<sup>717</sup> Vid. STS 1998/2015, de 24 de abril, (FD 6): “Esos requisitos esenciales se refieren a los presupuestos esenciales de los destinatarios de los actos, de modo que no se reúnan las condiciones que de modo ineludible deben concurrir para ser titular de un derecho u ostentar la facultad que se reconoce - relativos a la estructura básica y primaria de la propia definición del acto, respecto del destinatario titular del derecho”. En el mismo sentido, vid. STS de 26 de junio de 2007, FD 4, (rec. 10601/2004).

<sup>718</sup> Cfr. COSCULLUELA MONTANER, L., (2020), *Manual de Derecho...* *op. cit.* p. 404.

<sup>719</sup> “La mayoría de edad y la nacionalidad para adquirir la condición de funcionario, haber alcanzado una determinada edad para tener derecho a la jubilación, ser titular de algún derecho sobre el bien expropiado a efectos del reconocimiento de la indemnización expropiatoria o haber efectuado el pago correspondiente antes de solicitar o recibir una devolución de la Hacienda Pública” son ejemplos que propone RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), “Comentario al artículo...” *op. cit.* p. 434.

- Y, en segundo lugar y en coherencia con todo lo dicho hasta ahora, incluir los requisitos esenciales de carácter objetivo supondría aumentar excesivamente esta causa de nulidad pudiendo llegar, incluso, a dejar sin contenido la anulabilidad. La interpretación restrictiva favorecerá la excepcionalidad de la categoría de la nulidad de pleno derecho así como la seguridad jurídica a la hora de aplicar esta causa de nulidad prevista para la ausencia de requisitos esenciales que deban concurrir en el sujeto, y no en el objeto.

Pocas dudas ofrece en este sentido la aplicación del motivo de nulidad consistente en la adquisición de derechos o facultades sin la concurrencia de los requisitos esenciales exigidos en todos los supuestos relacionados con el acceso a un determinado nivel de estudios o puesto de trabajo<sup>720</sup>, así como a ascensos o reconocimientos de determinadas situaciones jurídicas<sup>721</sup>. Todos estos

---

<sup>720</sup> Así lo determina el Dictamen del Consejo de Estado 1319/2004, de 15 de julio, declarando la nulidad de la resolución que admite a un alumno en los estudios de Diplomatura en Máquinas Navales acreditando un título de Técnico superior que no habilita según la normativa aplicable al caso a cursar estudios de nivel universitario. En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1315/2004, de 15 de julio declara la nulidad de la matrícula universitaria de otro alumno en la diplomatura de Trabajo Social cuando, pese a haber superado el bachiller, no había superado la prueba de acceso a la Universidad, careciendo pues de los requisitos esenciales para acceder a la Universidad.

Por su parte, la STS de 26 de junio de 2007, FD 1, (rec. 10601/2004), declara nula por el mismo motivo la resolución del Subsecretario de Sanidad y Consumo de 21 de marzo de 2000 que reconoció a un sujeto el derecho a ejercer como Médico de Medicina General en el sistema Nacional de Salud Español pues éste no reunía los requisitos esenciales para la adquisición de este derecho, que en esta ocasión eran ostentar la nacionalidad española y ejercer legítimamente la medicina en España con anterioridad al 1 de enero de 1995.

<sup>721</sup> STS de 28 de abril de 2015, FD 3, (rec. 2089/2013), aplica este motivo de nulidad a la decisión que determinó que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito hospitalario se deberán hacer exclusivamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica. Se excluye de esta posibilidad a los neurólogos, quienes solicitan la nulidad de esta resolución entendiendo que la exclusividad constituye la adquisición de un derecho sin los requisitos esenciales exigidos, pues no existe motivo para excluir a los neurólogos de la realización de este tipo de pruebas.

También la STS de 23 de octubre de 2019, FFDD 3 y 4, (rec. 79/2018) confirma la nulidad de pleno derecho del acto presunto por el que se le había concedido al recurrente una indemnización en su condición de amenazado por organización terrorista incumpliendo los requisitos legales previstos en el artículo 3.bis de la ley de Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo pues –resumidamente- ni existía sentencia firme ni diligencias judiciales abiertas ni tampoco hay constancia en los archivos policiales de que esta persona hubiera sufrido amenazas de tipo terrorista.

supuestos encajan perfectamente en lo exigido por este motivo de nulidad pues los requisitos exigibles son de carácter estrictamente subjetivo y deben concurrir en la persona interesada<sup>722</sup>.

Un paso más en nuestro afán por reducir la tendencia expansiva de esta causa de nulidad lo constituye el hecho de que la nulidad se predica de los actos administrativos que determinan la adquisición de derechos o facultades en los particulares y no en la Administración Pública<sup>723</sup>.

En conclusión, la interpretación restrictiva de la expresión “requisitos esenciales” es una necesidad de primer orden, de lo contrario representaría un grave peligro para la seguridad jurídica pues podría desvirtuar la categoría de la nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, determinaría la inexistencia de plazo para la revisión de actos meramente anulables. Además, en este motivo de nulidad también tiene especial importancia el análisis del caso concreto<sup>724</sup>. Claro está que el hecho de carecer de un requisito subjetivo esencial de forma

---

<sup>722</sup> Trayendo a colación lo antes expuesto en relación a la adquisición de licencias urbanísticas, el necesario carácter subjetivo que debe concurrir en los requisitos esenciales limita aún más la posibilidad de calificar como nula de pleno derecho una licencia urbanística adquirida *contra legem*, pues los requisitos subjetivos exigibles al solicitante de una licencia no presentan ningún tipo de especialidad más allá de ostentar la condición de interesado en relación con el bien para cuya construcción u obra se solicita la licencia, la genérica capacidad de obrar y el pago de la tasa correspondiente. En este sentido, no compartimos el planteamiento del Dictamen del Consejo de Estado 136/2012, de 15 de marzo, en el cual se considera nula licencia otorgada a un vecino para la construcción de un muro de cerramiento exterior y una conducción de alcantarillado pues el muro resultó ser colindante con un camino público cuando, en estos supuestos, deben retranquearse tres metros. Considera el Consejo de Estado que estamos ante un supuesto subsumible en el artículo 62.1.f) –hoy 47.1.f) LPACAP- pues el interesado ha adquirido mediante la licencia facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello. En efecto, la licencia es contraria al ordenamiento jurídico porque autoriza al interesado a construir contraviniendo la normativa, ahora bien, no podemos entender que no concurren en el interesado los requisitos para obtener la licencia. No estaremos, en consecuencia, ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.f) LPACAP, a lo sumo, cabrá la posibilidad de la declaración de lesividad de actos anulables en el plazo de cuatro años prevista en el artículo 107 LPACAP.

Choca desde luego esta interpretación del Consejo de Estado con la interpretación general que hace de la expresión “requisitos esenciales” que viene referida, como ha dicho en numerosas ocasiones, “no al contenido del acto mismo, sino a su destinatario”. Vid. Dictamen del Consejo de Estado 440/2019, de 6 de junio.

<sup>723</sup> Dictamen del Consejo de Estado 375/2018, de 12 de julio, o 268/2018, de 17 de mayo.

<sup>724</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1176/2017, de 15 de marzo de 2018 o 334/2017, de 18 de mayo.

total, absoluta y notoria, requiere un análisis de la situación específica para poder concluir si procede o no la nulidad.

## ii) La natural inclusión de los vicios de obrepción y subrepción del particular en este motivo de nulidad

La RAE define la obrepción como “*la falsa narración de un hecho, que se hace al superior para sacar o conseguir de él un rescripto, empleo o dignidad, de modo que oculta el impedimento que haya para su logro*”<sup>725</sup>. Asimismo, entiende por subrepción “*la ocultación de un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría*”<sup>726</sup>.

Los vicios de obrepción y subrepción comienzan a considerarse en la época postclásica del Derecho Romano y obtienen su mayor protagonismo en el Derecho Canónico<sup>727</sup>, dónde aún a día de hoy permanecen regulados en el Código de Derecho Canónico<sup>728</sup>.

En la Ley 39/2015 PACAP no encontramos una regulación expresa de estos vicios, lo cual no impide que podamos entender que la validez de un acto administrado que reconozca un derecho al administrado basándose en una previa solicitud que falsifica requisitos necesarios –obrepción- u oculta situaciones que impedirían su obtención –subrepción- quede, al menos, en entredicho.

---

<sup>725</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: obrepción.

<sup>726</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: subrepción, 2ª acepción.

<sup>727</sup> Sobre el nacimiento y la evolución histórica de los vicios de obrepción y subrepción, cfr. PAREJO GÁMIR, R. Y MARTÍNEZ GEREZ, J. L., “A la búsqueda de nuevas técnicas: obrepción y subrepción”, en *RAP*, nº 49, 1966, pp. 323 a 331.

<sup>728</sup> El canon 63 del vigente Código de Derecho Canónico, dado en Roma el 25 de enero de 1983 dispone que “§ 1. La subrepción u ocultación de la verdad impide la validez de un rescripto, si en las preces no se hubiera expuesto todo aquello que, según la ley, el estilo y la práctica canónica, debe manifestarse para su validez, a no ser que se trate de un rescripto de gracia otorgado Motu proprio. § 2. También es obstáculo para la validez de un rescripto la obrepción o exposición de algo falso, si no responde a la verdad ni siquiera una de las causas motivas alegadas”.

Pese a que no aparezcan, al menos textualmente, los términos “obrepción” o “subrepción” en la vigente ley de procedimiento administrativo, la interpretación del motivo de nulidad que venimos analizando parece que podría integrar precisamente estos vicios. Por lo pronto, la falsificación de datos o la ocultación de los mismos por un particular frente a la Administración se hará ordinariamente para la obtención de un acto favorable –beneficio o ventaja- y nunca para uno de gravamen. Tratándose, por tanto, de un acto administrativo favorable –*conditio sine qua non* para la aplicación del artículo 47.1.f)- podemos concluir, entonces, que si la obrepción o la subrepción recaen sobre los requisitos esenciales exigibles para la adquisición de derechos o facultades, esta causa de nulidad sería plenamente aplicable. Poco sentido tendría declarar la nulidad de un acto por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento – instrumento de formación de la voluntad administrativa- y no declararla cuando el acto se ha formado mediante falsificación u ocultación de datos que inciden directamente en la voluntad de quien lo dicta<sup>729</sup>.

Ahora bien, no todo acto administrativo basado en una previa obrepción o subrepción del administrado puede ser calificado como nulo de pleno derecho<sup>730</sup>. Debemos tener en cuenta, al menos, dos circunstancias:

- La obrepción o subrepción debe traducirse necesariamente en un acto administrativo de carácter favorable. Traemos en este momento a

---

<sup>729</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. Ma., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 192.

<sup>730</sup> Interesante reflexión sobre el grado de invalidez que alcanzan los actos administrativos en los que concurren vicios de obrepción o subrepción puede encontrarse en PAREJO GÁMIR, R. Y MARTÍNEZ GEREZ, J. L., “A la búsqueda...” *op. cit.* p. 342. Consideraron, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y, por lo tanto, del supuesto de nulidad de la adquisición de derechos o facultades sin los requisitos esenciales exigibles para su adquisición, que había sido un olvido del legislador de 1958 no incluir la regulación de estos vicios y proponían como solución: en primer lugar, estar a lo que la ley disponga para cada caso concreto –bien es cierto que consideran que la sanción que la ley imponga para un caso concreto no tiene porqué excluir la nulidad o anulabilidad-. Si la ley no dice nada, el acto sería nulo o anulable según los casos. En definitiva, no descarta la nulidad como sanción para los casos de obrepción y subrepción y, entendemos, que decantarse por un grado o por otro de invalidez dependerá del análisis del caso concreto. La regla general sería la anulabilidad mientras que los supuestos más graves y flagrantes serían nulos de pleno derecho. Así parece que lo interpretó el legislador en la ley 30/1992 y así se mantiene en la actualidad pues sólo la ausencia de requisitos esenciales – supuestos más graves- en la adquisición de derechos o facultades conllevará la nulidad de pleno derecho, mientras que la ausencia de requisitos que, aun siendo necesarios, no son esenciales se sancionará con la anulabilidad o incluso podría consistir en una irregularidad no invalidante.

colación lo expuesto más arriba sobre el alcance de los actos favorables para centrarnos en la exigencia de que los citados vicios deben concurrir en un acto administrativo y no en un documento aportado por un sujeto privado a la Administración<sup>731</sup>.

Nos estamos refiriendo a actos de los particulares tales como solicitudes -de licencias o ayudas públicas por ejemplo-, declaraciones responsables o comunicaciones previas<sup>732</sup>. En todos estos supuestos no podemos aplicar el régimen de nulidad de los actos administrativos pues no estamos ante actos administrativos propiamente dichos. Por ello, la obrepción o subrepción en una solicitud, declaración responsable o comunicación previa no tendrá como consecuencia su declaración de invalidez como acto administrativo –pues no lo es- sino, en su caso, la ilicitud de la actividad que se estuviera llevando a cabo como consecuencia de la aportación de actos privados viciados a la Administración<sup>733</sup>. Al margen, claro está, queda la responsabilidad penal, civil o administrativa que pueda derivarse de la conducta del administrado.

---

<sup>731</sup> Sobre la utilización de la técnica de la comunicación previa como acto privado en las relaciones de los administrados con la Administración, cfr. NÚÑEZ LOZANO, M. C., (2001), *Las actividades comunicadas a la administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons. Más concretamente, sobre la privatización de los procedimientos administrativos mediante la técnica de la comunicación previa, cfr. ESTEVE PARDO, J., (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 98 y 99.

<sup>732</sup> El artículo 69.1 de la Ley 39/2015 PACAP determina que “se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”, y el artículo 69.2 que “se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho”.

<sup>733</sup> Las consecuencias que tendrá la obrepción o la subrepción en una declaración responsable o comunicación previa están previstas en el artículo 69.4 LPACAP cuando dispone que “la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”. El segundo párrafo continua regulando las

Sólo procederá, en su caso, la nulidad de pleno derecho si el engaño provocado por la obrepción o subrepción tiene como consecuencia la emisión por parte de la Administración Pública de un acto administrativo de contenido favorable para el administrado.

- En segundo lugar, será necesario que los vicios de obrepción o subrepción influyan directamente sobre los requisitos esenciales exigibles para la adquisición de derechos o facultades<sup>734</sup>. Pese a los poquísimos ejemplos que relacionan la obrepción o la subrepción con la causa de nulidad del artículo 47.1.f), traemos a colación la declaración de nulidad de un acto administrativo que reconoce el título de Marqués a una persona que presentó una documentación para acreditar la sucesión en el título que resultó ser falsa<sup>735</sup>.

Como venimos insistiendo, es especialmente importante en esta causa de nulidad realizar una interpretación restrictiva, por lo que no será nulo de pleno derecho cualquier acto administrativo que reconozca derechos

---

consecuencias de la obrepción y la subrepción en una declaración responsable o comunicación previa estableciendo que “podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación”.

Además, sobre las consecuencias de la falsedad, ocultación u omisión de datos en las declaraciones responsables o comunicaciones previas, vid. CUBERO MARCOS, J. I., (2013), *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 206 y ss.

<sup>734</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 174.

<sup>735</sup> Pese a que la resolución del Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación, sí deja clara la relación entre la obrepción y la causa de nulidad que ahora estudiamos por recaer aquélla sobre un requisito esencial como es el de ser sucesor legítimo para la adquisición de un título nobiliario. Vid. ATS de 6 de junio de 2013, FD 4, (rec. 2011/2012), “la infracción del artículo 62.1 f –hoy artículo 47.1.f)- por concurrir el vicio de obrepción en la expedición de la Real Carta de Sucesión en el Título de Marqués, pues la probada filiación adulterina de la actual Marquesa determina que ésta carezca de los requisitos indispensables para suceder en el marquesado, por lo que el acto impugnado es nulo de pleno derecho”.

En el mismo sentido, también en un asunto de sucesión de un título nobiliario y relacionando la obrepción con la nulidad de pleno derecho, vid. STS de 14 de septiembre de 2015, FD 2, (rec. 2766/2013).

sobre la base del engaño que supone la obrepción o la subrepción, sino exclusivamente aquellos en los que el engaño recaiga sobre los requisitos esenciales exigibles para la adquisición del derecho o facultad.

Incluso cabría la posibilidad de que los vicios de obrepción o subrepción comporten una irregularidad no invalidante del acto administrativo en aquellos casos en que el falseamiento u ocultación de datos sea del todo intrascendente para la obtención del reconocimiento del derecho o facultad por parte de la Administración.

En relación con lo que acabamos de exponer, dado el papel protagonista que tiene el administrado en los vicios de obrepción y subrepción, tendrá especial importancia la posible concurrencia de estos vicios en los actos administrativos necesitados de aceptación y, más concretamente, puede entrar en juego en el ámbito de la contratación pública<sup>736</sup>. De hecho, el artículo 39 LCSP, además de reconocer la aplicabilidad de las causas de nulidad del artículo 47 LPACAP a los contratos públicos, en la letra a) de su apartado segundo reconoce como causa de nulidad “*la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71*”. Todos estos requisitos son esenciales en el ámbito de la contratación pública y tienen carácter subjetivo, por lo que el falseamiento u ocultación de datos para acreditarlos no deja de ser una especificación de la causa de nulidad artículo 47.1.f) LPACAP.

Para finalizar el análisis de los vicios de obrepción y subrepción en relación con la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos hemos de aludir a

---

<sup>736</sup> Vid. PAREJO GÁMIR, R. Y MARTÍNEZ GEREZ, J. L., “A la búsqueda...” *op. cit.* p. 340. “Hay que hacer notar que los vicios objeto de este estudio se dan con frecuencia en estos actos necesitados de colaboración o de coadyuvante, incluso llamados “actos bilaterales”... Es decir, en aquellos actos en los que es preciso una declaración de voluntad del particular previa en la que se mienta o se oculte algún hecho relevante”.

una circunstancia, cuando menos, sorprendente que recoge la Ley 38/2003, General de Subvenciones (en adelante, LGS). En su artículo 36.1.a), la LGS reconoce como causas de nulidad de la resolución de la concesión de la subvención “*las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*” (actualmente artículo 47.1 LPACAP). En consecuencia, serán nulas de pleno derecho las resoluciones por las que se adquiriera el derecho al cobro de una subvención cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

El mismo artículo 36 LGS, en su apartado quinto, 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*”. Y, he aquí la sorpresa, que entre las causas de reintegro de subvenciones, el artículo 37.1.a) LGS incluye la “*obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido*”.

Como venimos razonando, si los vicios de obrepción o subrepción recaen sobre los requisitos esenciales exigibles para la adquisición de un derecho o facultad –en este caso una subvención- estamos ante el motivo de nulidad recogido en el artículo 47.1.f)<sup>737</sup>. Sin embargo, la LGS excluye en este caso concreto la posibilidad de la revisión de oficio, rompiendo así el esquema general de la nulidad que presenta como uno de sus principales rasgos definitorios –y distintivos de la anulabilidad- la posibilidad de la revisión prevista en el artículo 106.1 LPACAP<sup>738</sup>.

El legislador ha querido excluir la revisión de oficio de los supuestos más graves de obrepción o subrepción para proceder directamente al reintegro.

---

<sup>737</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., (2005), “El reintegro de subvenciones” en *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (dir. FERNÁNDEZ FARRERES, G.), Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 412.

<sup>738</sup> Textualmente, el artículo 106 LPACAP titulado “Revisión de disposiciones y actos nulos” dispone en su apartado primero que “las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”

Parece que el único motivo que puede justificar esta excepción al régimen general de revisión de oficio de actos nulos es el mayor pragmatismo y agilidad del procedimiento de reintegro frente a la complejidad de la revisión de oficio<sup>739</sup>. En definitiva, el fin perseguido por el legislador es la devolución de las cantidades que nunca debieron haberse percibido, para lo cual -parece que por razones prácticas- ha optado por el reintegro y no por la revisión de oficio<sup>740</sup>.

Podemos interpretar que más que revisar la validez del acto de concesión de la subvención, lo que se pretende es penalizar a la mayor brevedad una conducta antijurídica de quien ha sido indebidamente perceptor de la subvención. Por ello, también es razonable pensar que estos supuestos concretos de reintegro que además coinciden con la causa de nulidad del artículo 47.1.f) LPACAP dejan en un segundo plano los vicios de invalidez del acto de concesión para centrarse en la sanción a un comportamiento reprochable del administrado<sup>741</sup>.

En fin, consideramos que se trata de una excepción puntual al régimen general de la revisión de oficio que se fundamenta exclusivamente en razones de orden práctico, pues el procedimiento de reintegro es más simple, más rápido y permite un mayor poder de intervención para la Administración. Lo que se pretende, en resumidas cuentas, es la devolución del dinero obtenido por quien haya recibido ilegalmente una subvención. Ahora bien, no deja de ser discutible desde el punto de vista dogmático, que se sustituya la declaración de invalidez –nulidad en este caso- de un acto administrativo por el reintegro de cantidades

---

<sup>739</sup> “La LGS viene a resolver el conflicto que se presenta cuando concurre un supuesto de invalidez del acuerdo de concesión con alguna de las causas de reintegro del artículo 37, en cuyo caso opta porque se siga el cauce para la exigencia de éste, prescindiendo del laborioso procedimiento de la revisión de oficio”. Vid. PASCUAL GARCÍA, J., (2004), *Régimen jurídico de las subvenciones públicas. Ley 38/2003 General de Subvenciones*, Ed. 4ª, Boletín oficial del Estado, Madrid, p. 311.

<sup>740</sup> No faltan voces discrepantes en la doctrina que entienden que se prescinde conscientemente del procedimiento de revisión de oficio para las causas de reintegro pues la revisión de oficio está rodeada de unas garantías que no entienden que deba disfrutar quien ha percibido una subvención gracias a una serie de actos fraudulentos. En este sentido, VV.AA., (2004), *Comentarios prácticos a la nueva ley general de subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, p. 311.

<sup>741</sup> Tratando así de dar a este motivo de reintegro un perfil propio e intentar diferenciarla de la causa de nulidad que permite la revisión de oficio del artículo 47.1.f), basándolo precisamente en ese “plus” de engaño o dolo cualificado que hace especialmente reprobable la conducta fraudulenta del administrado, cfr. MARTÍNEZ GINER, L. A., (2006), *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, p. 107.

pues la naturaleza jurídica y las consecuencias prácticas son sustancialmente diferentes<sup>742</sup>.

---

<sup>742</sup> Entre otras, REBOLLO PUIG, M., (2005), “El reintegro de...” *op. cit.* p. 422, señala que son “procedimientos por completo diferentes (más simples y con mayor poder de Intervención en el caso del reintegro), obligación de pagar intereses en distinta cuantía (superior en el caso del reintegro), distintos obligados al reintegro, etc.”.

## **CAPÍTULO TRES: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO AJENOS AL CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **I.- INTRODUCCIÓN: LA DECRECIENTE PERO FUNDAMENTAL IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO EN LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Una vez analizadas en el Capítulo anterior las causas de nulidad de los actos administrativos que afectan a su contenido, centraremos nuestro análisis en este Capítulo en los vicios de nulidad del acto ajenos al fondo del mismo<sup>743</sup>.

En efecto, la competencia se sitúa en el ámbito de los requisitos subjetivos del acto administrativo y el procedimiento entre los requisitos formales<sup>744</sup>. Por lo tanto, la primera característica común al vicio de incompetencia y al vicio de procedimiento es su posición al margen del contenido objetivo del acto. En otras

---

<sup>743</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 82. Al margen de la legalidad del contenido del acto administrativo existen requisitos por completo al margen del mismo, esto es, “los actos administrativos deben ser dictados por los titulares legítimos del órgano competente, siguiendo el procedimiento legalmente establecido”.

<sup>744</sup> Es muy frecuente encontrar en los manuales los requisitos de validez del acto administrativo clasificados en tres categorías: requisitos subjetivos relativos al sujeto emisor del acto, requisitos objetivos relacionados con el contenido del mismo y requisitos formales entre los que fundamentalmente se incluye el procedimiento administrativo. Vid, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 595, SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 544, FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho... op. cit.* p. 882.

palabras, estamos ante elementos que conforman la legalidad externa del acto administrativo.

Sin embargo, la competencia y el procedimiento son elementos del acto administrativo que, además de ser ajenos a su contenido, poseen características comunes entre sí que expondremos someramente a continuación. Es por ello que consideramos útil analizar en el mismo capítulo la causa de nulidad relativa a la incompetencia manifiesta y a la ausencia total y absoluta de procedimiento o de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

En los orígenes del derecho administrativo francés, competencia y procedimiento se configuraron como los dos elementos que posibilitaban el control de la actuación de la Administración Pública. La actuación de la Administración dentro de su competencia suponía la principal garantía del principio de división de poderes, garantía que se amplió posteriormente al respeto a las formas<sup>745</sup>, cuyo incumplimiento, al igual que el de las reglas de competencia, suponía que la Administración se había extralimitado en sus poderes. En definitiva, la asociación de la nulidad con los vicios de incompetencia y procedimiento se configuró –y así sigue actualmente- como una garantía para la actuación administrativa dentro de sus límites<sup>746</sup>.

Consecuencia de lo anterior, en el marco de la estricta separación de poderes a que dio lugar la Revolución Francesa, en vía jurisdiccional sólo se permitió el control de la legalidad externa del acto administrativo –es decir, competencia y procedimiento- dando lugar su vulneración a la declaración de nulidad del acto y nunca a la posibilidad de fiscalizar el contenido del mismo<sup>747</sup>.

---

<sup>745</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 53.

<sup>746</sup> Cfr. ALIBERT R., (1926), “*Le contrôle juridictionnel de l'administration - au moyen du recours pour excès de pouvoir*”, Payot, París, p. 38, considera que el procedimiento –la forma-, al igual que la competencia, supone un límite para asegurar la correcta actuación de la Administración.

<sup>747</sup> “La censura jurisdiccional se reduce pura y simplemente a examinar la legalidad externa del acto” en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 51.

El recurso por exceso de poder francés es otra muestra más de la íntima relación que existe entre el vicio de incompetencia y el vicio de procedimiento, pues surge de la necesidad de controlar la actuación administrativa frente a las ilegalidades más groseras. No es baladí que entre los tres primeros motivos<sup>748</sup> que podían dar lugar al recurso por exceso de poder figurasen tanto la incompetencia como la violación del procedimiento<sup>749</sup>.

Por último, y también relacionado con la influencia que el derecho administrativo francés ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, competencia y procedimiento vuelven a aparecer ligados en la categoría administrativa de la “vía de hecho”<sup>750</sup>.

En conclusión, el vicio de incompetencia y el vicio de procedimiento, además de ser ajenos al contenido del acto administrativo, han ido indisolublemente unidos desde los orígenes del derecho administrativo como los dos mecanismos que han permitido el control de la legalidad externa de la actuación administrativa.

A pesar de su importancia histórica, como veremos, en la actualidad es muy difícil encontrar supuestos de nulidad de pleno derecho absolutamente desconectados del contenido del acto pues, aunque existan vicios de incompetencia o procedimiento en su producción, con base en los principios de economía procesal o de seguridad jurídica se tenderá a mantener la validez de los actos cuyo contenido es plenamente legal. Por ello, es innegable la progresiva reducción de la capacidad invalidante de los vicios ajenos al contenido del acto aisladamente considerados<sup>751</sup>, sin embargo, no debemos

---

<sup>748</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., “El recurso subjetivo de anulación”, en *RAP*, nº 8, 1952, p. 179.

<sup>749</sup> Cfr. HAURIOU M., (1943), *Précis Elementarie Droit Administratif*, Ed. 5ª, París, p. 255.

<sup>750</sup> Como veremos más adelante en este Capítulo, se califica de vía de hecho la actuación material administrativa llevada a cabo sin competencia o sin observar el procedimiento legalmente establecido que genere un perjuicio en los derechos de los particulares. Sin entrar en detalles en este momento, una vez más, la competencia y el procedimiento se presentan unidos como los principales respaldos del correcto actuar de la Administración Pública. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 414.

<sup>751</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 129 y ss., quien pone de relieve el “modestísimo lugar” que ocupa el vicio de forma en el derecho administrativo actual a

perder de vista la importancia del procedimiento<sup>752</sup> y de la competencia como principales categorías al servicio de la salvaguarda de los derechos de los administrados. Esto provoca que, aún a día de hoy, el vicio de incompetencia manifiesta y el acto dictado con ausencia total de procedimiento se reconozcan autónomamente como vicios de nulidad de pleno derecho en el artículo 47 LPACAP.

## **II.- ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR ÓRGANO MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTE POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL TERRITORIO**

### **1) La competencia: el elemento subjetivo del acto administrativo por antonomasia**

Para comenzar el análisis del vicio de incompetencia, quizás el más arraigado históricamente a la categoría de la nulidad del acto administrativo, debemos, en primer lugar, definir la competencia, así como ubicarla dentro de los elementos del acto administrativo, para así entender su transcendencia en la teoría general de la invalidez de los actos administrativos.

Recurrimos a la histórica definición de D'ALESSIO quien entiende la competencia como "la medida de la potestad conferida a cada órgano"<sup>753</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

---

efectos de la declaración de nulidad de los actos administrativos y la necesidad de valorar la legalidad objetiva o contenido de los mismos.

<sup>752</sup> Sobre la importancia de la forma en los actos jurídicos en general, y en los actos administrativos en particular, cfr. MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la... op. cit.* p. 50.

<sup>753</sup> Cfr. D'ALESSIO, F., (1932), *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, Volume Primo*, Editrice Torinese, Torino, p. 230, "la misura della potestà spettante a ciascun ufficio".

En el mismo sentido, GIANNINI M. S., (1959), "Atto amministrativo"... *op. cit.* p. 173, define la competencia como "misura dell'attribuzione del potere".

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>754</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>755</sup>.

De ambas definiciones se deduce que la competencia en sentido estricto se refiere al órgano administrativo. Sin embargo, no es infrecuente que el término “competencia” se confunda con el término “capacidad”<sup>756</sup>. En el marco del derecho administrativo, la capacidad se refiere a la persona jurídico-pública, mientras que la competencia se exige al órgano administrativo concreto<sup>757</sup>. Siendo indiscutible esta diferencia, nos parece igualmente indiscutible que a efectos del estudio de la invalidez del acto administrativo no hay inconveniente en asimilar ambos conceptos puesto que, si inválido es un acto dictado por un

---

<sup>754</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1957), *Principios Jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 186.

<sup>755</sup> En este sentido, cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1996), *Derecho Administrativo I*, Ed. 10<sup>a</sup>, Civitas, Madrid, p. 196 y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994). *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Eunsa, Pamplona, p. 319.

<sup>756</sup> Interesante desarrollo de las diferencias entre capacidad y competencia encontramos en WALINE M., (1957), *Droit Administratif*, Ed. 7<sup>a</sup>, Sirey. París, p. 392. Partiendo de que la capacidad es un concepto propio del derecho privado y la competencia del derecho público, el autor entiende que sus diferencias son: a) la falta de capacidad es más fácilmente subsanable que un defecto de competencia, dando lugar mayormente a la anulabilidad y no a la nulidad, b) el motivo de la capacidad es fundamentalmente una cuestión de madurez mientras que la competencia es simplemente una atribución que te permite hacer o no hacer válidamente un trabajo concreto, en definitiva, la capacidad suele ser general y la competencia concreta, c) la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, mientras que la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, y, d) la incapacidad no impide actuar, se puede actuar aunque se requiera unas asistencia de capacitación, mientras que la incompetencia impide actuar válidamente.

<sup>757</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 121.

órgano incompetente, con más motivo debe ser inválido si la persona jurídica a la que pertenece carece de capacidad<sup>758</sup>.

Igualmente asimilable a la competencia predicable del órgano administrativo a efectos de invalidez es el concepto de competencia que utiliza la propia Constitución cuando, en sus artículos 148 y 149 establece el reparto de materias cuya titularidad o ejercicio corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas. Se trata de una competencia en sentido amplio equivalente al presupuesto habilitador necesario para dar validez a la actuación de un poder público<sup>759</sup>.

En segundo lugar, y para terminar la introducción acerca del término competencia, parece que debe ubicarse dentro de los elementos subjetivos del acto administrativo<sup>760</sup>. Como vimos en la introducción del Capítulo anterior, dentro de los elementos del acto administrativo destacan el elemento objetivo que engloba el contenido del acto, el elemento formal relacionado fundamentalmente con el procedimiento para dictar el acto administrativo y el elemento subjetivo que está íntimamente ligado con “quién” dicta el acto administrativo.

No entendemos que la competencia sea un elemento meramente formal del acto administrativo. O lo que es lo mismo, no entendemos que el vicio de incompetencia se encuadre dentro de los vicios de forma<sup>761</sup>, pues la forma del

---

<sup>758</sup> En este sentido, cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 222, GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994). *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Eunsa, Pamplona, p. 320.

<sup>759</sup> RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Competencia, en su primera acepción define la competencia como “atribución, potestad, facultad de actuación”, y en la tercera como “cada una de las funciones que el Estado y las comunidades autónomas pueden desarrollar y que les atribuyen, respectivamente, la Constitución y el Estatuto de Autonomía de cada comunidad”. En esta acepción el término competencia tampoco alude a la competencia orgánica, pero también es asimilable, con más motivo, a la competencia que venimos definiendo a efectos de la nulidad de pleno derecho. Por ejemplo, queda fuera de toda duda la nulidad de un acto dictado por un órgano de una comunidad autónoma en una materia de competencia exclusiva del Estado.

<sup>760</sup> Cfr. CASSAGNE, J. C., (2019), *El acto administrativo... op. cit.* p. 189.

<sup>761</sup> Al contrario, sí entienden el vicio de incompetencia como un vicio formal, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 82 y 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. 1ª, Iustel, Madrid, pp. 19 y 20. Ambos reconocen como los tres elementos

acto o el procedimiento legalmente establecido para su producción se sitúan en un momento temporal posterior al de la competencia, que supone la habilitación para poder iniciar ese procedimiento o producir un acto con unos determinados elementos formales.

Podríamos entender que la competencia se sitúe dentro de los elementos objetivos del acto administrativo, si concebimos ésta como un conjunto de materias o fines que tiene cada órgano administrativo. Sin embargo, estaríamos ante una concepción errónea, pues el carácter de la competencia es estrictamente subjetivo. Con el concepto competencia, no nos referimos a un conjunto de materias sino a la titularidad de esas materias. En definitiva, hacemos nuestras las palabras del profesor SANTAMARÍA PASTOR: “*no se tiene, pues, competencia; se es competente*”<sup>762</sup>.

Por todo lo expuesto hasta ahora, la competencia es ajena a la clásica distinción entre los vicios de fondo y los vicios de forma del acto administrativo, pues ambos se sitúan en un momento posterior al requerido para examinar si concurre o no el elemento de la competencia. Sólo podría justificarse la incompetencia como vicio formal si se ubicase dentro del procedimiento legal requerido para producir un acto administrativo, pero entendemos que queda fuera del procedimiento, pues es un presupuesto del mismo.

La competencia es el presupuesto habilitante, previo y necesario para que un órgano de la Administración Pública pueda actuar válidamente<sup>763</sup>. Precisamente por este carácter habilitante, que dota de potestad al órgano administrativo para producir un acto válido, la competencia se sitúa en un plano distinto al de los elementos formales del acto administrativo. Y también este carácter previo y habilitante es el que confiere a la competencia la naturaleza de elemento

---

formales que debe poseer el acto administrativo la competencia, el procedimiento y la forma sensu stricto.

<sup>762</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Ed. 5ª, Lustel, Madrid, p. 308.

<sup>763</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 116.

esencial<sup>764</sup> 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, en mayor o menor medida, a todos los elementos subjetivos del acto administrativo, lo cual no quiere decir que la ausencia de cualquier elemento subjetivo del acto pueda ser calificado como vicio de nulidad de pleno derecho, como matizaremos a lo largo del análisis del vicio de incompetencia.

Una vez definida la competencia como el presupuesto habilitador de una actuación válida, entendemos que el vicio de incompetencia haya sido el primero que ha surgido en la teoría de la invalidez del acto administrativo. A continuación, indagaremos en el origen histórico de este vicio para tratar de comprender su transcendencia en el sistema de las nulidades del acto administrativo.

## **2) El vicio de incompetencia: fundamento de su vinculación histórica con la nulidad de pleno derecho**

Nadie duda de que el vicio de incompetencia del acto administrativo es el que tiene un mayor recorrido histórico en el derecho administrativo. Esta realidad no es baladí, sino que obedece a la posición que ocupa la idea de la competencia en un Estado de Derecho<sup>765</sup>.

Como ya señalamos en el epígrafe anterior, nos estamos refiriendo en este momento a la competencia en sentido amplio concebida como una condición previa habilitante para la válida actuación de un poder público, más allá de la competencia en sentido estricto es que es propia de cada órgano administrativo.

---

<sup>764</sup> *Íbidem*, p. 116.

<sup>765</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 317 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 260.

El vicio de incompetencia surge en el seno del derecho administrativo francés, en concreto, en el recurso por exceso de poder<sup>766</sup>. 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, *ergo* ha salido de su competencia.

Significativo en este sentido es el pensamiento de HAURIOU 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>767</sup>. No es que la Administración pueda actuar y lo haga de modo incorrecto, sino que actúa cuando no puede actuar. 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 línea con lo expuesto hasta ahora, concluimos que la importancia de la competencia en el sistema jurídico administrativo es absoluta<sup>768</sup> por dos motivos fundamentales:

- La competencia es el fundamento del reparto del poder. La división de poderes como base de nuestro Estado de Derecho<sup>769</sup> tiene su origen precisamente en el reparto de atribuciones entre los distintos poderes del Estado. Este reparto obedece a un doble objeto: desde el punto de vista

---

<sup>766</sup> Cfr. VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 451.

<sup>767</sup> Cfr. HAURIOU M., (1943), *Précis Elementarie Droit... op. cit.* p. 255.

<sup>768</sup> Hasta tal punto es importante el concepto de la competencia en el derecho administrativo que en todos los tipos legales de nulidad de pleno derecho late un trasfondo de incompetencia importante, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 260.

<sup>769</sup> Ya adelantaba esta idea en el siglo XVIII MONTESQUIEU, uno de los grandes teóricos de la división de poderes, quien considera que el reparto de poder limita el propio poder, y además favorece su control por el resto de poderes, evitando así abusos. Sin duda, las normas atributivas de competencia son la herramienta por la cual se lleva a la práctica ese reparto y control del poder. Cfr. MONTESQUIEU, (1748), *L'esprit des lois*, París, “[P]our qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”.

positivo establece lo que cada poder del Estado puede y debe hacer, y desde el punto de vista negativo determina los límites de actuación de cada poder del Estado. La competencia habilita, y a su vez limita, la capacidad de acción de los distintos poderes.

- En segundo lugar, la competencia cumple una innegable función de garantía en cuanto al correcto cumplimiento de los fines públicos establecidos en las propias normas atributivas de competencias que se proyecta en un doble sentido. En primer lugar, respecto de los propios ciudadanos, los cuales conocen o tienen la posibilidad de conocer lo que la Administración puede o no puede hacer en función de las competencias de las que sean titulares. Y, en segundo lugar, la competencia opera como garantía dentro de la propia Administración pues implica el reparto del cumplimiento de los fines públicos entre los órganos de la propia Administración<sup>770</sup>.

Justificada la conexión entre la competencia y la división de poderes, así como su función garantista del interés público, podemos concluir que la competencia es el primer y fundamental presupuesto de una correcta actividad administrativa<sup>771</sup>.

De esta posición capital que ocupa la competencia en el actuar de la Administración se derivan sus dos características más tradicionales y más reconocibles:

- La competencia es irrenunciable<sup>772</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 8.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público determina que *“la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los*

---

<sup>770</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1996), *Derecho Administrativo I...* op. cit. p. 195.

<sup>771</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de...* op. cit. p. 270.

<sup>772</sup> Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994). *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Eunsa, Pamplona, p. 320.

*casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”.*

Dado que la competencia se atribuye por una norma jurídica que habilita a la Administración a actuar para el cumplimiento del interés público, ésta no podrá rehusar esa atribución pues no tiene la disponibilidad<sup>773</sup> sobre las potestades o facultades que la norma la ha atribuido previamente<sup>774</sup>.

Cuestión distinta son los supuestos de ejercicio por un órgano diferente del titular de la competencia -delegación, avocación y sustitución-; en estos casos no se traslada la titularidad, sino exclusivamente el ejercicio de la competencia que, además, debe estar previsto en la norma<sup>775</sup>.

La irrenunciabilidad de la competencia, deducible de su importancia histórica para el reparto del poder público, conecta también con el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad<sup>776</sup>.

- La concepción de la competencia en términos generales como el reparto de atribuciones entre los poderes públicos eleva su posición a una cuestión de orden público<sup>777</sup>. La transcendencia de su vulneración podrá

---

<sup>773</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 318, que alude a la “imperatividad de la competencia”, y MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” op. cit. p. 1943.

<sup>774</sup> En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. pp. 122 y 123, define la irrenunciabilidad de la competencia entendiendo que “no cabe la sumisión de las partes a un órgano determinado, sino que está prevista con carácter rígido y fijo mediante normas inderogables o cogentes”. Precisamente por ello, concluye su razonamiento, la competencia “no fue una facultad sino una obligación, tanto para el órgano como para el administrado”.

<sup>775</sup> Las citadas técnicas de traslado interorgánico del ejercicio de la competencia se regulan en los artículos 9 y 10 de la LRJSP. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 595.

<sup>776</sup> En este sentido, IZQUIERDO CARRASCO, M., (2017), “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2771 y 2772, entiende que consecuencia de la irrenunciabilidad de la competencia, ésta debe ser ejercida de forma obligatoria, es imprescriptible, apreciable de oficio e indisponible.

<sup>777</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 686.

llevar, en los casos de máxima gravedad, a la nulidad de pleno derecho de la actuación de que se trate.

En el ámbito de los actos administrativos, considerando la competencia como un presupuesto necesario y habilitante para la actuación de un órgano, parece coherente la existencia de una enérgica respuesta del ordenamiento jurídico frente a un acto gravemente viciado de incompetencia. La calificación de éste como nulo de pleno derecho será la mejor garantía para procurar que el actuar administrativo sea acorde con la legalidad.

Del carácter irrenunciable y, por tanto, imperativo de la competencia, además de su íntima relación con el orden público, se infiere que ésta puede y debe apreciarse *ex officio* por la Administración<sup>778</sup>. Esta realidad nos da otra pista sobre la conexión existente entre la nulidad de pleno derecho y el vicio de incompetencia. Siguiendo el hilo argumental del Capítulo I, uno de los pocos factores diferenciadores entre el régimen de la nulidad y la anulabilidad, es la posibilidad de declaración de oficio de los vicios de nulidad mediante la institución de la revisión de oficio.

A continuación, examinaremos el vicio de incompetencia en el derecho administrativo español, partiendo del derecho positivo, para determinar qué vulneraciones de la competencia pueden dar lugar a la nulidad de pleno derecho, y cuáles a la anulabilidad.

---

<sup>778</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 686.

### 3) La incompetencia manifiesta: un supuesto manifiestamente ambiguo

A priori, la práctica judicial indica que la nulidad basada en el vicio de incompetencia es muy alegada por las partes, pero el porcentaje de estimación por parte de nuestros tribunales es mucho menor. Esta realidad ratifica, como ya expusimos en el primer Capítulo, que las causas de nulidad de pleno derecho deben ser interpretadas de forma restrictiva, pues la seguridad jurídica también forma parte de la legalidad.

Sin embargo, otro factor a tener en cuenta a la hora de analizar las numerosas solicitudes de nulidad de pleno derecho del acto administrativo por incompetencia es la indeterminación del supuesto. El legislador, como veremos a continuación, no ha hecho demasiados esfuerzos en concretar el contenido del vicio de incompetencia, que históricamente se ha movido en la ambigüedad y en la confusión.

Remontándonos al régimen de nulidad de pleno derecho instaurado por la LPA de 1958, su artículo 47.1.a) determinaba que son nulos de pleno derecho los actos de la Administración “*dictados por órgano manifiestamente incompetente*”. Es decir, que todo el esfuerzo que el legislador hizo en su momento para concretar los supuestos de incompetencia que desembocarían en nulidad de pleno derecho se redujo a que la incompetencia habría de ser “manifiesta”.

En la reforma de esta ley que tuvo lugar por la Ley 30/1992 RJAPPAC, el artículo 62.1.b) proclamaba la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos “*dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*”<sup>779</sup>. Esta redacción se mantiene intacta en la actualidad

---

<sup>779</sup> Resulta curiosa la Enmienda nº 482 del Congreso de los Diputados del grupo parlamentario Popular a la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común proponiendo la supresión del término “manifiestamente” argumentando que “no es preciso que sea ostensible la incompetencia”. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 82-6, de 7 de mayo de 1992, p. 154.

en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En definitiva, es el intérprete de la ley quien decidirá en cada supuesto si la incompetencia es manifiesta o no, lo cual ha generado -y sigue generando- un mar de críticas doctrinales, todas en el mismo sentido: la vaguedad y ambigüedad propias del adverbio “manifiestamente” impiden que estemos ante un criterio delimitador válido entre nulidad y anulabilidad<sup>780</sup>.

### **a) La insuficiencia del adverbio “manifiestamente” para delimitar los supuestos de nulidad de pleno derecho por incompetencia**

La RAE define el concepto “*manifiesto*” como “*descubierto, patente y claro*”<sup>781</sup>. Para tratar de concretar el alcance del adverbio “manifiestamente” aplicado a la incompetencia acudiremos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como a la doctrina del Consejo de Estado.

No es ninguna novedad que el Tribunal Supremo viene reiterando desde antiguo que el carácter manifiesto de la incompetencia es sinónimo de ostensible, patente, claro, incontrovertido, palpable, evidente o rotundo. Debe tratarse de una incompetencia que se aprecie sin esfuerzo<sup>782</sup>.

Otro grupo de sentencias, para referirse a lo mismo, utiliza expresiones como que no se requiera un esfuerzo dialéctico para la comprobación del carácter manifiesto de la incompetencia, que no sea necesaria una previa interpretación

---

<sup>780</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de...* op. cit. p. 236, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. pp. 319 y 323, BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., “Grados de ilegalidad...” op. cit. p. 1019, ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), “De las disposiciones...” op. cit. p. 267, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* op. cit. p. 148.

<sup>781</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23<sup>a</sup> ed. Voz: manifiesto, 1<sup>a</sup> acepción.

<sup>782</sup> Vid, entre otras, STS de 24 de mayo de 2018, FD 5, (rec. 2520/2016), STS de 16 de junio de 2017, FD 1, (rec. 1585/2016) o STS de 18 de mayo de 2001, FD 6, (rec. 2678/1995).

jurídica o que resalte claramente sin necesidad de acudir a elucubraciones indirectas<sup>783</sup>.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado hace suya la idea del propio Tribunal Supremo exigiendo, para poder calificar la incompetencia como manifiesta, que se trate de un defecto claro, rotundo u ostensible. Igualmente, la filosofía que late detrás de estas expresiones nos indica que el defecto de incompetencia, para poder ser causante de nulidad de pleno derecho debe ser apreciable sin esfuerzo porque es incompetencia evidente<sup>784</sup>.

Asumiendo que el término “manifiesto” es un concepto jurídico indeterminado<sup>785</sup> y que su interpretación siempre va a levantar polémicas, la dificultad de su concreción no puede hacernos prescindir de su utilización a la hora de valorar el vicio de incompetencia<sup>786</sup>.

Partiendo de que “manifiesto” es sinónimo de cualquiera de las expresiones acuñadas por la jurisprudencia que acabamos de señalar, la siguiente duda que se nos plantea es de carácter subjetivo. ¿Para quién la incompetencia debe ser manifiesta, ostensible o evidente? ¿Bastará que lo sea para un ciudadano lego en derecho o es preciso que se trate de un jurista experimentado?

---

<sup>783</sup> En este sentido, vid. STS de 5 de junio de 2018, FD 6, (rec. 1301/2016), STS de 20 de junio de 2017, FD 6, (rec. 2463/2016), STS de 2 de febrero de 2017, FD 7, (rec. 91/2016) o STS de 19 de enero de 2004, FD 2, (rec. 6494/1998).

<sup>784</sup> Cfr, entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado 999/2017, de 25 de enero de 2018, 998/2016 de 2 de febrero de 2017, 997/2016, de 26 de enero de 2017 o 993/2016, de 26 de enero de 2017.

<sup>785</sup> Muy ilustrativo es el ejemplo que trae a colación de la reconocibilidad y del carácter manifiesto de los vicios JELLINEK, W., (1948), *Verwaltungsrecht*, Lehrmittel-Verl., Offenburg, p. 263. El profesor alemán considera que el vicio de incompetencia -entre otros- debe verse “escrito en la frente”. Pese a que se refiere a los vicios de los reglamentos, en este momento lo podemos hacer extensivo al acto viciado de incompetencia manifiesta. Precisamente será incompetencia manifiesta si es fácilmente apreciable por un tercero, pues el propio acto lleva el vicio de incompetencia “escrito en la frente”.

<sup>786</sup> En este sentido, cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* pp. 183 y 184, GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1202, “el grado de invalidez no radica tanto en el tipo de incompetencia, como en la forma evidente en que se presenta”.

La mayor parte de la doctrina se ha decantado por la primera opción. El carácter manifiesto de la incompetencia debe serlo a los ojos de un observador medio desde una perspectiva externa a la Administración<sup>787</sup>. Pese a que el concepto de “ciudadano medio” no deja de ser otro concepto jurídico indeterminado, la idea que subyace tras él es la de una persona lega en derecho, pero con unos conocimientos jurídicos básicos y un nivel mínimo de responsabilidad<sup>788</sup>.

Nos parece lógico entender que el carácter manifiesto de la incompetencia debe serlo a los ojos de un ciudadano medio y no de un jurista cualificado. La razón es puramente terminológica. Cuando el legislador utiliza el término manifiesta, y la jurisprudencia lo complementa con adjetivos como ostensible, patente, claro o notorio, se está pensando en que el vicio de incompetencia ha de ser conocido por todos, no solamente por el jurista especializado.

Sin embargo, al movernos en el ámbito de la nulidad de pleno derecho, parece que no es suficiente el carácter manifiesto de la incompetencia, sino que, además, el vicio ha de ser grave y representar un peligro para el interés público. La propia definición de la categoría de nulidad de pleno derecho exige una afección al orden público y un nivel de gravedad sin las cuales esta categoría no tiene razón de ser.

#### **b) El interés público y la gravedad del vicio como elementos integrados en el carácter manifiesto de la incompetencia a efectos de la nulidad**

Como en todos los supuestos del artículo 47.1 LPACAP, el requisito de la gravedad del vicio debe concurrir necesariamente para que se pueda apreciar la nulidad de pleno derecho del acto. La afección al interés público, requerido en todos los supuestos de nulidad, no se produce si el vicio no es grave. Por ello, el

---

<sup>787</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1945, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 183.

<sup>788</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2016), *Las infracciones formales...* *op. cit.* p. 38.

carácter manifiesto de la incompetencia debe integrar, además de la ostensibilidad y la claridad del vicio, un nivel de gravedad suficiente que implique una afección al interés público y permita la calificación del acto como nulo<sup>789</sup>.

Un sector doctrinal interpreta que el carácter manifiesto que exige el legislador a la incompetencia no está relacionado con la evidencia o notoriedad sino con la gravedad o la importancia de la infracción<sup>790</sup>. Puede considerarse, ciertamente, que la gravedad determina la nulidad y que el carácter manifiesto o evidente de la infracción es consecuencia automática de esa gravedad. En definitiva, se propone una preponderancia de la perspectiva cualitativa -gravedad- frente a la cuantitativa -manifiesta- en el vicio de incompetencia que desemboque en nulidad de pleno derecho<sup>791</sup>. En otras palabras, el adjetivo “manifiesta” no tiene porqué conllevar automáticamente la gravedad requerida para la categoría de la nulidad<sup>792</sup>.

Ahora bien, si atendemos al tenor literal del motivo de nulidad que analizamos -actos “*dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*”- parece demasiado forzada la interpretación que propone la identificación absoluta entre el carácter manifiesto del vicio de incompetencia y su gravedad. Aunque puede existir relación entre ambos atributos, son diferentes e igualmente necesarios para que el acto viciado de incompetencia pueda ser nulo de pleno derecho. La incompetencia debe ser manifiesta en el sentido de ostensible, evidente y fácilmente reconocible y, además, debe ser

---

<sup>789</sup> Cfr. FORSTHOFF, E., (1958), *Tratado de Derecho...* op. cit. p. 314, considera que la nulidad por incompetencia exige una “violación crasa de la competencia” y “reconoscible *prima facie*”.

<sup>790</sup> Cfr. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 331 o BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” op. cit. p. 174, VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 452.

<sup>791</sup> Cfr. LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” op. cit. p. 505.

<sup>792</sup> Por ejemplo, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. p. 187 entiende que cuando un órgano administrativo tiene atribuida la competencia mediante una norma que condiciona su titularidad al cumplimiento de unos requisitos y este órgano actúa sin cumplir tales requisitos, estaríamos ante un incumplimiento de los requisitos manifiesto u ostensible pero no parece lógico calificar de grave esa actuación. El órgano es competente en abstracto, en el caso concreto el incumplimiento de los requisitos a los que se vincula su competencia podría afectar a la validez de sus actos, pero vía anulabilidad, no nulidad de pleno derecho pues no se deduce una gravedad que pueda afectar al orden público en ese caso.

grave, pues ha de tener una trascendencia y afección al orden público<sup>793</sup>. La gravedad es inherente a todos los supuestos de nulidad de pleno derecho, mientras que el adjetivo “manifiesta” es un requisito a mayores exigido por el legislador en el ámbito de la incompetencia.

A esta misma idea llega el Tribunal Supremo basándose en una interpretación algo forzada del término “manifiesta”. En este sentido, nuestros tribunales, y el Consejo de Estado de forma idéntica, entienden que “*el adjetivo “manifiesta” exige que la incompetencia sea notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad jurídica proporcional a los efectos que comporta su declaración*”<sup>794</sup>. Es decir, nuestra jurisprudencia, conecta el concepto “manifiesta” con un nivel mínimo de gravedad para que pueda considerarse tal a efectos de la nulidad de los actos administrativos.

La única forma de conectar el tenor literal del artículo 47.1.b) con el innegable requisito de la gravedad -y la afección al orden público- propio de la categoría de la nulidad es, en definitiva, admitir que el carácter manifiesto del vicio de incompetencia debe implicar necesariamente una afección grave al interés público a efectos de poder constituir un motivo de nulidad de pleno derecho. El legislador parece haber integrado el elemento de la gravedad en la incompetencia manifiesta sólo si ésta es de carácter material o territorial. No podemos estar completamente de acuerdo con esta idea, pues si bien la incompetencia jerárquica puede no ser grave toda vez que el órgano superior pueda convalidar el acto dictado por el órgano jerárquicamente incompetente, existen supuestos, como veremos más adelante, en los que este tipo de incompetencia puede revestir una gravedad suficiente como para constituir un motivo de nulidad.

---

<sup>793</sup> Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 307, RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), “Comentario al artículo...” op. cit. p. 430.

<sup>794</sup> STS de 2 de febrero de 2017, FD 7, (rec. 91/2016), y también en el mismo sentido STS de 5 de junio de 2018, FD 1, (rec. 1301/2016), SAN de 27 de enero de 2016, FD 8, (rec. 518/2014), STS de 1 de febrero de 2010, FD 3, (rec. 6200/2004), y los ya citados Dictámenes del Consejo de Estado 999/2017, de 25 de enero de 2018, 998/2016 de 2 de febrero de 2017, 997/2016, de 26 de enero de 2017 o 993/2016, de 26 de enero de 2017.

Por la ambigüedad de la expresión del legislador puede resultar interesante en este punto traer a colación una clasificación de los vicios de incompetencia que prescinde de la división entre competencia material, territorial o jerárquica - asumiendo que no agota todos los supuestos-, y distinga entre incompetencia absoluta e incompetencia relativa<sup>795</sup>. La consecuencia inmediata de esta división se traduce en que la incompetencia absoluta daría lugar a la nulidad de pleno derecho, mientras que la incompetencia relativa daría lugar a la anulabilidad<sup>796</sup>.

En cualquier caso, ni el carácter absoluto de la incompetencia ni el manifiesto son claramente identificables con las diferentes clases de incompetencia que distingue la doctrina. Por ello, a partir de ahora iremos analizando de modo individualizado los supuestos reconducibles al vicio de incompetencia y, a la vista de las circunstancias de cada caso, justificaremos si son susceptibles de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad.

Quizás, el mayor peligro que tiene el vicio de incompetencia es que puede convertirse en una especie de “cajón de sastre” al que reconducir hipótesis que, en principio, reúnen los niveles de gravedad y flagrancia propios de la nulidad de pleno derecho, pero que aparentemente no encuentran acogida en ningún otro supuesto de los tasados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

---

<sup>795</sup> Esta clasificación es utilizada en la doctrina española por ROYO VILLANOVA, S., (1944), *Problemas del Régimen Jurídico Municipal*, IEAL, Madrid, p. 37 y GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 223.

<sup>796</sup> Encontramos en derecho comparado un supuesto encajable en este esquema de incompetencia absoluta que conlleva nulidad de pleno derecho e incompetencia relativa que da lugar a anulabilidad. En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo Italiana, Legge 241 de 1990, en su artículo 21-septies establece la “nullità del provvedimento amministrativo viziato da difetto assoluto di attribuzione”, mientras que el artículo 21-octies establece la “annullabilità del provvedimento adottato da incompetenza”.

Comporta claramente nulidad de pleno derecho un acto dictado por un poder del Estado diferente al que determina la ley como competente. Del mismo modo, en derecho italiano es anulable en todo caso el acto que proviene de un órgano distinto pero perteneciente a la misma administración del órgano competente según la norma. La discusión doctrinal se plantea cuando el acto proviene de una administración de un nivel territorial diverso al competente. Lo que parece indiscutible para el legislador italiano es la idea de reducir al máximo la operatividad de la nulidad de pleno derecho en favor de la anulabilidad, y parece que la diferencia entre ellas en el vicio de incompetencia es el carácter del vicio como formal o sustancial. Sólo el sustancial podrá dar lugar a la nulidad de pleno derecho. En este sentido, vid. CARCIONE, M. G., (2017), “L’annullabilità del provvedimento (art. 21-octies, comma 1 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)” en *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Ed. 2ª, Giuffrè, Milán, pp. 592 y 593.

Por ello, todo este análisis se realizará teniendo presente que la categoría de la nulidad de pleno derecho exige una interpretación restrictiva de sus causas, puesto que genera una inseguridad jurídica al sistema.

#### **4) Análisis de las clases de incompetencia *stricto sensu* y sus consecuencias invalidantes**

Si atendemos al tenor literal del artículo 47.1.b) LPACAP antes citado, bastaría concluir que la incompetencia conllevará la nulidad del acto siempre y cuando tenga el carácter de manifiesta y lo sea por razón de la materia o por razón del territorio. La realidad nos indica que la situación no es tan sencilla, por dos razones fundamentales. En primer lugar, como anticipamos más arriba, y desarrollaremos en profundidad en este epígrafe, porque no existe un motivo lógico –a pesar de la literalidad del precepto- para excluir automáticamente la incompetencia jerárquica de los supuestos de nulidad de pleno derecho. Y, en segundo lugar, porque la interpretación de la afección al orden público, así como el carácter manifiesto de la incompetencia depende a efectos prácticos de los jueces<sup>797</sup>, y lo que puede ser manifiesto para un tribunal puede no serlo para otro.

Precisamente por la imprecisión que genera este supuesto, vamos a analizar toda la casuística que la doctrina analiza en el ámbito del vicio de incompetencia del acto administrativo. Partiremos para ello de la clasificación tradicional que distingue entre incompetencia material, territorial y jerárquica<sup>798</sup>. Esta distinción se mueve en dos planos: horizontal para determinar qué órgano tiene competencia entre sus iguales (material y territorial) y vertical para determinar

---

<sup>797</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. Ma., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 142.

<sup>798</sup> Aunque esta clasificación tripartita no agota los supuestos de incompetencia, sí ha venido siendo la más utilizada por la doctrina, tanto tradicional como moderna. Véase, entre otros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., (1929), *El acto administrativo... op. cit.* p. 181, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 237.

qué órgano es competente entre superiores e inferiores jerárquicos<sup>799</sup>. Por último, haremos referencia a un cuarto tipo de incompetencia que hemos denominado incompetencia temporal.

### **a) Incompetencia material**

Partiendo de la definición de competencia como el conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico confiere a un órgano administrativo, desde el punto de vista material -también denominado funcional- diremos que un órgano es materialmente competente cuando el ordenamiento jurídico lo habilita para actuar en relación con determinadas materias o funciones. *A contrario sensu*, un órgano administrativo será materialmente incompetente cuando ejerce funciones o actúa invadiendo las de otro ente u órgano.

Como venimos analizando, para calificar esa invasión competencial como nula de pleno derecho, ésta debe reunir una notoriedad y una gravedad capaces de afectar al interés público. En este momento trataremos de deslindar qué actos viciados de incompetencia material cumplen los requisitos para ser nulos de pleno derecho y cuáles no<sup>800</sup>.

Como venimos repitiendo a lo largo de este estudio, siendo la nulidad una categoría de interpretación restrictiva y aplicación excepcional debemos excluir los supuestos en que, existiendo incompetencia material, no procede la nulidad por no tener ésta el carácter manifiesto exigido por el legislador:

- El primer supuesto que no producirá nulidad de pleno derecho está asociado a la complejidad, prolijidad o confusión de las normas

---

<sup>799</sup> Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994). *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Eunsa, Pamplona, p. 322 y 323.

<sup>800</sup> En principio, estaríamos ante ejemplos de actos nulos de pleno derecho por incompetencia manifiesta por razón de la materia si un órgano del Estado dicta actos administrativos que corresponde dictarlos a un municipio, o si el Rector de una Universidad dicta un acto sobre la materia en la que es competente un Consejero de Sanidad de una Comunidad Autónoma.

distributivas de competencias entre los órganos administrativos<sup>801</sup>. Un vicio no puede ser calificado de grave ni manifiesto si existen serias dudas para determinar qué órgano es competente para una materia en concreto<sup>802</sup>. La inseguridad jurídica creada por las normas distributivas de competencias no puede servir para crear más inseguridad jurídica en virtud de la posibilidad de revisar estos actos sin límite temporal alguno en virtud de la técnica de la nulidad de pleno derecho.

- Tampoco estaremos ante una incompetencia material manifiesta cuando el órgano que dictó el acto pudo haber sido competente mediante cualquier técnica de traslado competencial -delegación, avocación o sustitución-<sup>803</sup>. El fundamento de esta afirmación radica en que si el propio legislador ha previsto la posibilidad del ejercicio de competencias por otro órgano distinto al originariamente competente, no se estaría, en principio, vulnerando de manera grave ni evidente la legalidad. En el peor de los casos podríamos estar ante un supuesto anulable, pero nunca nulo de pleno derecho pues en abstracto se contempla por el legislador -que es quien distribuye la competencia- que el órgano actuante pueda llegar a ser competente<sup>804</sup>.
- Otro supuesto destacado tiene que ver con los efectos que debe tener la declaración de inconstitucionalidad de un precepto concreto o de una ley que otorgaba competencia a un órgano administrativo para los actos

---

<sup>801</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 193, y en el ámbito de la contratación local, vid. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 151.

<sup>802</sup> STS de 2 de febrero de 2017, FD 7, (rec. 91/2016), discutiendo si la titularidad de unos terrenos pertenece a una Administración o a otra, descarta que nos encontremos ante incompetencia manifiesta por razón de la materia: “prueba de ello son los esfuerzos que realiza la parte recurrente para tratar de acreditar el carácter demanial de los terrenos”.

<sup>803</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 190.

<sup>804</sup> STS de 14 de octubre de 1991, (FD 3, (rec. 1943/1989), en la cual no se contempla el vicio de incompetencia manifiesta en un acto que dictó un Director General “por delegación del Ministro aunque incumpliera la obligación legal de hacerlo constar así en la propia resolución”. En el mismo sentido, STS de 26 de mayo de 2000, (FD 3, (rec. 360/1993) en la que se niega la nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta de un acto dictado por un Subsecretario de un ministerio en una materia reconocida por la normativa como delegable por el Ministro en el Subsecretario, pese a que esa delegación no se había llevado a cabo.

dictados por este órgano con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo, en contra de algún precedente, ha optado por una interpretación absoluta de inconstitucionalidad. En consecuencia, la incompetencia del órgano sería originaria por lo que todos sus actos en ejercicio de esa competencia serán nulos de pleno derecho por tratarse de un vicio manifiesto<sup>805</sup>.

Esta argumentación puede no ser del todo válida por tres motivos fundamentales. En primer lugar, porque venimos defendiendo un carácter originario y estático de la invalidez que debe evaluarse al momento de la perfección del acto administrativo, y no después<sup>806</sup>. En segundo lugar, porque la solución del Tribunal Supremo aumenta considerablemente la inseguridad jurídica y es contraria a la confianza legítima de los terceros que actuaron confiando en la validez de los actos dictados por el órgano administrativo originariamente competente. Y, en tercer lugar, porque en ningún caso puede ser manifiesta una incompetencia que con arreglo al ordenamiento jurídico vigente en ese momento era plenamente legal. La nulidad de pleno derecho, a nuestro juicio, no puede apreciarse en este tipo de supuestos pues con la intención de salvaguardar la legalidad, genera un perjuicio mayor contra la seguridad jurídica, que también es legalidad según el artículo 9.3 de la Constitución.

- Por idénticos motivos no podemos considerar que concurre un vicio de incompetencia manifiesta cuando ésta deriva de la declaración posterior de nulidad de un reglamento que habilitaba al órgano a actuar. Sin embargo, en este caso el Tribunal Supremo se pronuncia en sentido contrario al supuesto analizado anteriormente. Entiende que *“mal podría calificarse de incompetencia «manifiesta» aquella cuya declaración*

---

<sup>805</sup> STS de 17 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 5667/2011).

<sup>806</sup> En este sentido, cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1947.

*requiere nada menos que un pronunciamiento judicial anulatorio*<sup>807</sup>. Se podría discutir si estamos ante un supuesto de anulabilidad, pero en ningún caso es nulo de pleno de derecho pues estamos ante un supuesto ostensible, patente, evidente o notorio.

Antes de terminar el análisis de las hipótesis de incompetencia manifiesta por razón de la materia, nos detendremos en la casuística que se da, en relación con este tipo de incompetencia, en el ámbito local por su gran trascendencia práctica. Es unánime la jurisprudencia en este punto<sup>808</sup>, pues entiende que los conflictos de competencias entre el Pleno del Ayuntamiento y el Alcalde pueden dar lugar a la nulidad de pleno derecho por incompetencia por razón de la materia, ya que entre ellos no existe una relación de jerarquía<sup>809</sup> por lo que no cabría, en principio, convalidación.

Ahora bien, no se puede deducir de lo anterior que cualquier acto dictado por el Alcalde cuya competencia corresponda al Pleno o viceversa es, automáticamente, nulo de pleno derecho por incompetencia material. Tal y como hemos advertido líneas arriba, si la materia es contemplada por la legislación vigente como delegable entre ambos órganos -normalmente el Alcalde en el Pleno<sup>810</sup>-, aunque en el caso concreto no exista esa delegación expresa, podríamos estar ante supuestos meramente anulables y no nulos de pleno derecho<sup>811</sup>. El hecho de que el legislador prevea la posibilidad de delegar ciertas atribuciones hace que la invasión competencial en una de estas materias no pueda calificarse como manifiesta.

Como podemos observar, el equilibrio entre la seguridad jurídica y la legalidad es el caldo de cultivo para concretar el grado de invalidez que puede

---

<sup>807</sup> STS de 18 de mayo de 2001, FD 6, (rec. 2678/1995).

<sup>808</sup> Véanse, entre otras, STS de 16 de noviembre de 2006, FD 2, (rec. 3906/2003), STS de 16 de diciembre de 2004, FD 1, (rec. 2595/2001), STS de 19 de marzo de 2013, FD 3, (rec. 65/2010), o Dictamen del Consejo de Estado 1003/2017, de 14 de diciembre.

<sup>809</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), "Supuestos de nulidad..." *op. cit.* p. 1947.

<sup>810</sup> El artículo 21.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local enumera las atribuciones que el Alcalde puede delegar.

<sup>811</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* pp. 186 y 187.

otorgarse a un acto ilegal. La gravedad y la afección al orden público deben concurrir necesariamente para que el acto sea nulo de pleno derecho y, además, en los supuestos de incompetencia, su carácter manifiesto, normalmente consecuencia inmediata de la gravedad, es un añadido cuya definición es clave para determinar el grado de la invalidez en cada supuesto concreto.

## **b) Incompetencia territorial**

Cuando el legislador se refiere al concepto de incompetencia territorial está pensando en los supuestos en que un órgano o ente administrativo interviene en el ámbito territorial reservado a otro según la norma distributiva de competencias<sup>812</sup>, esto es, cuando el órgano administrativo no tiene competencia en el territorio en que ha ocurrido el hecho que motiva su actuación<sup>813</sup>. Por ejemplo, estaríamos ante un supuesto de incompetencia territorial manifiesta cuando la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de Valladolid concede una licencia urbanística para construir en el término municipal de Burgos.

Este vicio de incompetencia, como podemos suponer, no se produce frecuentemente en la práctica puesto que las delimitaciones territoriales en la actualidad están claramente determinadas. Es difícil encontrar jurisprudencia sobre esta materia. Ahora bien, nadie duda que si un órgano administrativo dicta un acto para que tenga efectos fuera del ámbito territorial donde es competente, tendrá que ser necesariamente nulo de pleno derecho, pues la invasión competencial es manifiesta y grave en todo caso.

Aunque no es común, en ocasiones surgen problemas en relación con la delimitación territorial, mayormente en el ámbito municipal<sup>814</sup>. La jurisprudencia en estos supuestos es reacia a decretar la nulidad de pleno derecho por

---

<sup>812</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 223.

<sup>813</sup> Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento... op. cit.* p. 214.

<sup>814</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 193.

incompetencia territorial si la delimitación entre dos municipios limítrofes es confusa, por entender, acertadamente a nuestro entender, que no estamos ante una incompetencia manifiesta<sup>815</sup>. Esto nos permite concluir que la claridad en la delimitación territorial de cada órgano administrativo con respecto al colindante puede ser un factor determinante a la hora de calificar un acto como nulo de pleno derecho o no.

### **c) Incompetencia jerárquica**

Antes de entrar de lleno en el análisis de los supuestos de incompetencia jerárquica, consideramos útil dar una definición de “jerarquía”, pues en ésta descansa el fundamento de la, a priori, exclusión de la incompetencia jerárquica de las causas de nulidad de pleno derecho.

La jerarquía se define como un sistema organizativo<sup>816</sup> por el cual el órgano superior podrá dirigir y fiscalizar la conducta del inferior en relación con una competencia que se encuentra simultáneamente atribuida a ambos órganos<sup>817</sup>. Ahora bien, el poder de dirección no es absoluto, sino que se encuentra limitado por la sujeción de los órganos superior e inferior a la legalidad vigente<sup>818</sup>. En definitiva, la jerarquía no legitima cualquier mandato del superior al inferior, sino exclusivamente los compatibles con la legalidad<sup>819</sup>. La autoridad conferida por la

---

<sup>815</sup> STS de 21 de febrero de 2002, FD 5, (rec. 7809/1997) o STS de 21 de mayo de 2001, FD 3, (rec. 6580/1996).

<sup>816</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho... op. cit.* p. 442.

<sup>817</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...I, op. cit.* p. 323.

<sup>818</sup> Cfr. NIETO, A., “La jerarquía administrativa” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, p. 39.

<sup>819</sup> *Íbidem*, p. 40.

ley al órgano superior respecto del inferior tiene como objetivo principal garantizar la unidad de actuación de la Administración Pública<sup>820</sup>.

En otras palabras, la competencia jerárquica es un modo de distribución vertical de las atribuciones entre órganos administrativos que comparten un mismo ámbito material de actuaciones y guardan entre sí una relación de dependencia<sup>821</sup>.

Esta potestad de mando del superior jerárquico sobre el inferior se traduce en la posibilidad de convalidar sus actos cuando éstos no sean conformes a la legalidad. Precisamente por ello, la Ley 30/92 excluyó, en principio, el supuesto de incompetencia jerárquica -o de grado- como causa de nulidad de pleno derecho<sup>822</sup>, pues el superior jerárquico tiene potestad para corregir la actuación ilegal del órgano inferior, generalmente, a través del recurso de alzada. El legislador ha mantenido esta circunstancia hasta la vigente LPACAP<sup>823</sup>. En efecto, el artículo 52.3 LPACAP, determina que “*si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por*

---

<sup>820</sup> Cfr. MORELL OCAÑA, L., “El principio de jerarquía en la Administración: del paradigma de la objetivación al de la fidelitas personal” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, p. 68.

<sup>821</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 186.

<sup>822</sup> Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 201.

A juicio de GARBERÍ LLOBREGAT, J. & BUITRÓN RAMÍREZ, G., (2007), “Abstención y recusación”... *op. cit.* p. 265, el fundamento de la exclusión de la incompetencia jerárquica como motivo de nulidad “ha de encontrarse en la cláusula legal que otorga a las Administraciones Públicas personalidad jurídica única, cláusula que hace que el acto dictado por cualquier órgano de una misma Administración sea realmente imputable a dicha Administración conjunta o globalmente considerada”. Concluyendo que una incompetencia de tipo jerárquica no supondrá “más que una perturbación puramente interna del orden competencial que no debiera tener reflejo alguno de cara a terceros interesados”.

<sup>823</sup> No faltaron sin embargo opiniones contrarias en los debates parlamentarios previos a la aprobación de la Ley 39/2015. Concretamente, la Enmienda nº 101 del Congreso de los Diputados proveniente del grupo parlamentario La Izquierda Plural propuso, sin éxito, que la redacción final del apartado b) del artículo 47.1 relativo a las causas de nulidad de pleno derecho quedase con el siguiente tenor literal: “Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, o por razón de jerarquía cuando la incompetencia sea grosera u ostensible”. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, nº 155-2, de 28 de julio de 2015, p. 71.

el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado”<sup>824</sup>.

Sin embargo, no parece tan claro que los supuestos de incompetencia jerárquica deban ser directamente excluidos por el legislador de los motivos tasados de nulidad de pleno derecho por, al menos, dos razones:

- En primer lugar, un argumento de carácter sistemático. Parece que la delimitación entre los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad se reduce al análisis de los artículos 47 y 48 de la LPACAP. Nos parece muy forzado acudir a la técnica de la convalidación para delimitar los supuestos de nulidad de los de anulabilidad<sup>825</sup>.

A mayor abundamiento, el citado artículo 52.3 hace referencia a la “*incompetencia no determinante de nulidad*”, por lo que sólo se aplica a la incompetencia no manifiesta. Es decir, que no hay motivos para excluir de los supuestos de nulidad de pleno derecho a los casos de incompetencia jerárquica, si es manifiesta, aunque lo omita del tenor literal del artículo 47.1.b)<sup>826</sup>.

- En segundo lugar, un argumento de carácter lógico. Si existe una incompetencia manifiesta material y territorial, no hay razón para entender que no pueda existir una incompetencia manifiesta jerárquica igualmente grave y atentatoria contra el orden público y, por tanto, merecedora de la nulidad de pleno derecho<sup>827</sup>. Como no lo menciona expresamente el

---

<sup>824</sup> En consonancia con el legislador, un ejemplo de no considerar manifiesta la incompetencia por razón de grado nos ofrece la STS de 17 de julio de 2018, FD 4, (rec. 516/2016), razonando que “tanto el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud como el Consejero de Sanidad, comparten materia y territorio y no consideramos relevantes las cuestiones relativas a la exacta distribución interna de competencias, incluyendo las eventuales delegaciones efectuadas por el órgano superior jerárquico. En definitiva, la eventual falta de competencia jerárquica o funcional apreciada por la sentencia -que tampoco podía considerarse manifiesta- no podía tener alcance invalidante”.

<sup>825</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 328.

<sup>826</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 276.

<sup>827</sup> En este sentido, cfr. MUÑOZ MACHADO, S., (2017), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*, Ed. 2ª, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 195, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 687, PARADA VÁZQUEZ R., (2019),

artículo 47.1.b) LPACAP, y los supuestos de nulidad son tasados y de interpretación restrictiva, la jurisprudencia y la doctrina han identificado los supuestos más graves de incompetencia jerárquica con la incompetencia material, como veremos a continuación.

En conclusión, acertadamente a nuestro juicio, la doctrina considera que existen actos administrativos dictados por órganos incompetentes por razón de grado o jerarquía que no pueden automáticamente escapar a la calificación de nulos de pleno derecho<sup>828</sup>. Éstos pueden incurrir en una incompetencia grave y ostensible, tanto o más que si lo fuera por razón de la materia o del territorio<sup>829</sup>.

En esta línea, la doctrina califica como nulos de pleno derecho por incompetencia jerárquica los supuestos en que concurra una distancia jerárquica insalvable entre los órganos<sup>830</sup>. En estos casos no hay motivos para negar que el carácter grave y manifiesto de la incompetencia es meridianamente claro<sup>831</sup>, sin perjuicio de que puedan, además, constituir un delito de usurpación de

---

*Derecho Administrativo II... op. cit.* pp. 110 y 111, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), "Las causas de..." *op. cit.* p. 262, BELADÍEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad..." *op. cit.* p. 173.

<sup>828</sup> En contra de las críticas y alabando la reforma del legislador excluyendo los supuestos de incompetencia jerárquica de la nulidad de pleno derecho, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* *op. cit.* pp. 184 y 185, donde valora positivamente esta modificación pues la incompetencia jerárquica es más fácilmente subsanable por el superior jerárquico, tanto vía recursos como vía artículo 67.3 de la Ley 30/92 (hoy artículo 52.3 de la Ley 39/2015) que permite convalidar los actos al superior jerárquico sin necesidad de acudir a un recurso. Hace hincapié especialmente en la importancia de delimitar los supuestos de incompetencia jerárquica de aquellos de incompetencia material. Excluye también la incompetencia jerárquica de las causas de nulidad GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de...* *op. cit.* p. 307.

<sup>829</sup> En contra de esta interpretación, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2016), *Las infracciones formales...* *op. cit.* pp. 35 y 36, quien justifica la eliminación de la incompetencia jerárquica como causante de vicio de nulidad de pleno derecho en la propia jurisprudencia, en la dificultad de apreciación por terceros y en la facilidad de corrección de este tipo de incompetencia. En el mismo sentido, VV.AA., (1993), *Comentario a la...* *op. cit.* p. 245.

En parecidos términos, excluyendo la incompetencia jerárquica "cualquiera que sea su gravedad" de las causas de nulidad de pleno derecho, vid. GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* *op. cit.* p. 185.

<sup>830</sup> Cfr. ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), "De las disposiciones..." *op. cit.* p. 267, GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1202, VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de...* *op. cit.* p. 452.

<sup>831</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* p. 687.

funciones públicas<sup>832</sup>. Podría deducirse que cabrá convalidación del acto sólo en los casos en que quien convalida sea el superior jerárquico inmediato, mediando entre ellos un solo grado de distancia y, en caso contrario, debería ser nulo de pleno derecho pues el salto jerárquico supondría una violación grosera de las normas atributivas de competencia<sup>833</sup>.

La solución que plantea la doctrina para salvar lo que parece un obstáculo legal -estimar nulo de pleno derecho un acto por incompetencia jerárquica- es asimilar estos supuestos de incompetencia jerárquica manifiesta y grave a los de incompetencia por razón de la materia<sup>834</sup>. En cierto modo, si la distancia jerárquica es mayor a un grado o si la norma atribuye la competencia de forma indiscutible a otro órgano, aunque haya relación jerárquica entre ellos, existe una invasión de funciones evidente. Si la nulidad de pleno derecho debe apreciarse en supuestos de incompetencia manifiesta y grave, no podemos dejar al margen estos supuestos que, aunque por cuestión de grado, suponen una afección al orden público evidente.

Mayor interés despiertan las hipótesis comúnmente denominadas de “jerarquía debilitada”. Dentro de esta categoría se incluyen las relaciones interorgánicas por la cuales un órgano tiene la posibilidad de condicionar la actividad de otro, pero en ningún caso podrá predeterminar el contenido de sus actos<sup>835</sup>.

Estamos ante supuestos de “jerarquía debilitada”<sup>836</sup> cuando un órgano ejerce, respecto de otro, funciones de asesoramiento o consultivas, o bien de

---

<sup>832</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* pp. 173 y 174.

<sup>833</sup> Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1982), “Teoría general de...” *op. cit.* p. 646, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 262.

<sup>834</sup> Cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 263, BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 173, LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 506.

<sup>835</sup> Cfr. BEATO ESPEJO, M., “Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1991, p. 292 y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...I*, *op. cit.* p. 322.

<sup>836</sup> Por ejemplo, la relación entre el Decano de la Facultad de Derecho con un profesor. El primero podrá determinar el horario y el lugar de las clases, pero no el contenido de las mismas. Análoga

enjuiciamiento o selección confiando en su imparcialidad o en su preparación técnica. También se incluyen en esta categoría las decisiones estrictamente técnicas de un órgano o el desarrollo de tareas materiales o de organización encomendadas a un órgano por su especial preparación para ello<sup>837</sup>.

Es evidente que nos encontramos ante órganos con un vínculo de relación interorgánica, incluso una relación de dirección de uno frente a otro, pero no podemos asimilarlo a la definición de relación de jerarquía en sentido estricto<sup>838</sup>, puesto que el poder de dirección no se traduce en la posibilidad de corregir el contenido del acto por el órgano superior, ya que ni tan siquiera estamos ante competencias compartidas entre ellos. Por lo tanto, parece que no es correcto en estos supuestos utilizar la expresión “órgano superior” ni “órgano inferior”.

En estos casos, la norma atribuye la competencia al órgano teóricamente inferior de manera expresa, exclusiva e indelegable. De aquí se deduce que no quepa convalidación pues no existe una competencia compartida entre dos órganos. Es decir, no podemos hablar de relación de jerarquía en sentido estricto ya que el poder de dirección de un órgano sobre otro no incluye la posibilidad de corregir el contenido del acto. La voluntad de la norma es indudablemente contraria a que un órgano distinto al encomendado ejerza esa competencia<sup>839</sup>. La relación de jerarquía implica necesariamente que el poder de dirección del órgano superior sobre el inferior pivote sobre una competencia compartida, y no

---

relación existe también entre el director de un Hospital Público y cualquiera de sus cirujanos. También constituye un supuesto de jerarquía debilitada la relación entre un Consejero de una Comunidad Autónoma y el asesor jurídico de la Consejería o, entre otros, la relación entre un Tribunal evaluador en un ejercicio de concurso-oposición y el funcionario que lo nombró, el cual aceptará la propuesta de resolución del Tribunal sin poder entrar a valorar su contenido.

<sup>837</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...I*, op. cit. pp 322 y 323 o FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho... op. cit.* p. 286.

<sup>838</sup> Cfr. NIETO, A., “La jerarquía administrativa”... op. cit. p. 44, quien concluye que “si existe la posibilidad de una jerarquía imperfecta, ya no podremos imputar a ella todas las notas doctrinales de la jerarquía”.

<sup>839</sup> Esta misma idea se deduce también de la jurisprudencia, vid., por ejemplo, la STS de 5 de mayo de 2010, FD 5, (rec. 4323/2006) que analiza un supuesto en que un Secretario de Estado actúa en vez del Ministro, a quien la ley le atribuye la competencia de modo expreso, exclusivo e indelegable. En el mismo sentido, STS de 11 de enero de 2008, FD 5, (rec. 4318/2006).

sobre una competencia que la ley atribuye exclusivamente al órgano teóricamente inferior.

La solución que se ofrece en este sentido, al igual que en los casos de distancia insalvable entre los órganos estructurados jerárquicamente, es reconducir estos casos a los de incompetencia manifiesta por razón de la materia. Como se ha razonado, no existe entre los órganos relación de jerarquía en sentido estricto pues no existe una competencia compartida. Por ello, se antoja complicado que un órgano pueda entrar a corregir el contenido de un acto en una materia en la que no es competente. En consecuencia, cualquier invasión manifiesta de un órgano en las funciones que el ordenamiento jurídico ha encomendado a otro, podrá, en su caso, determinar la nulidad por incompetencia por razón de la materia<sup>840</sup>.

#### **d) ¿Incompetencia temporal?**

Para concluir el análisis de los tipos de incompetencia orgánica *stricto sensu* y, a pesar de que el legislador no hace referencia expresa al término “incompetencia temporal” queremos referirnos, aunque sea de forma somera, a ciertos supuestos en los que el tiempo puede ser un factor protagonista a la hora de determinar la competencia o incompetencia de un órgano administrativo.

---

<sup>840</sup> Traemos a colación en este sentido la STS de 22 de diciembre de 2011, FD 2, (rec. 417/2008), donde el Abogado del Estado entiende –igual razonamiento reproduce el Voto Particular- que la relación que se produce entre el Presidente y la Junta de Gobierno de una Confederación Hidrográfica podría considerarse de jerarquía debilitada o impropia, pues ambos órganos no se encuentran “en una relación horizontal o funcional de competencias”, descartándose en todo caso un supuesto de incompetencia manifiesta por razón de la materia y pudiendo la Junta de Gobierno convalidar el acto anulable del Presidente. Sin embargo, el Tribunal descarta esta posibilidad de la existencia de “jerarquía impropia o debilitada” entre Presidente y Consejo de Gobierno y declara la nulidad del acto del Presidente por incompetencia manifiesta por razón de la materia pues “la ley de Aguas de 2001 establece claramente las materias que vienen atribuidas a la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca y a su Presidente”. En definitiva, y como venimos razonando, la relación de jerarquía debilitada podrá derivar en incompetencia manifiesta por razón de la materia si, como en este supuesto, la norma determina de forma meridianamente clara las competencias de uno y otro órgano y se produce una invasión competencial.

El motivo de colocar el título de este subepígrafe entre interrogantes se debe a que, en principio, el artículo 48.3 LPACAP excluye el tiempo como factor determinante de la nulidad vía incompetencia manifiesta pues determina que *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*.

A pesar de esta regla general, queremos traer a colación dos supuestos en los que, a priori, el factor temporal podría incidir en la invalidez de los actos administrativos constituyendo hipótesis de nulidad de pleno derecho:

- En primer lugar, se analizará la influencia de la caducidad del procedimiento en la validez de su resolución. Para ello nos remitimos al estudio del motivo de nulidad relacionado con la ausencia total y absoluta de procedimiento que ocupará la segunda parte del presente Capítulo. En efecto, consideramos que el estudio de la posible nulidad de pleno derecho de una resolución dictada en un procedimiento caducado encaja mejor en la hipótesis de ausencia de procedimiento que en la de incompetencia manifiesta del órgano. El hecho de la caducidad del procedimiento no priva de la competencia al órgano, toda vez que es el propio legislador en el artículo 95.3 LPACAP quien permite al mismo órgano iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto siempre que no se haya producido prescripción de acciones, e incluso conservar los actos o trámites que hubieran mantenido idéntico contenido de no haberse producido la caducidad<sup>841</sup>.
- En segundo lugar, se puede traer a colación en este punto el ejercicio de potestades prescritas por parte de la Administración. También en estos casos el paso del tiempo impide ejercitar válidamente una potestad a un órgano administrativo. Ya dimos solución a estos supuestos cuando

---

<sup>841</sup> El segundo inciso del artículo 95.3 LPACAP establece que “en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.

analizamos en el Capítulo II los actos administrativos vulneradores de derechos fundamentales. En concreto, consideramos que merecen la calificación de nulas las resoluciones sancionadoras que castigan una infracción prescrita o ejecutan una sanción prescrita por ser contrarias al derecho fundamental reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución<sup>842</sup>.

Ahora bien, al margen de la potestad sancionadora de la Administración existen en la práctica otros supuestos en que la Administración puede ejercitar potestades prescritas y consideramos que merecen la misma calificación jurídica. Por ejemplo, los actos administrativos por los que se exige al administrado la reposición de los daños producidos al dominio público que, al igual que sanciones e infracciones, están sometidos a un plazo de prescripción<sup>843</sup>. En estos supuestos en los que, por no estar comprendidos en la potestad sancionadora, no puede entrar en juego la causa de nulidad recogida en el artículo 47.1.a) LPACAP, podría ser útil recurrir a la incompetencia manifiesta. Puede entenderse, en nuestra opinión, que el órgano administrativo pierde su competencia material como consecuencia de una incompetencia temporal que en este caso sería la prescripción del ejercicio de la potestad en relación a un supuesto concreto.

#### **5) Otros supuestos analizables a la luz del vicio de incompetencia: la incompetencia subjetiva**

Sin embargo, esta clasificación no agota, a nuestro juicio, todos los supuestos que deben analizarse a la luz del vicio de incompetencia. La división tripartita se

---

<sup>842</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T., “La imprescriptibilidad de...” *op. cit.* p. 3.

<sup>843</sup> Por ejemplo, el artículo 327.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, determina que “[L]a obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o de reparar los daños causados al dominio público prescribirá a los quince años”.

refiere exclusivamente a la distribución competencial entre órganos de la Administración. Sin embargo, la realidad jurídica nos indica que pueden darse otros supuestos de incompetencia más allá de la que puede surgir en el ámbito interno de la Administración. Por ejemplo, la invasión competencial de la Administración en la esfera propia de otros poderes del Estado o la usurpación o externalización de funciones administrativas a una persona privada<sup>844</sup>.

### **a) Invasión competencial de la Administración en la esfera propia de otro poder del Estado**

Aunque el legislador en el artículo 47.1.b) no se refiera expresamente a este supuesto, 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>845</sup>.

Desde este punto de vista, la competencia encarna la función de 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, toda violación de estas normas distribuidoras de competencias a este nivel es, por definición, manifiesta y grave, y debe acarrear la nulidad de pleno derecho<sup>846</sup>. Estaríamos ante una situación en la que la Administración usurpa funciones no administrativas (legislativas o judiciales) con

---

<sup>844</sup> En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 238.

<sup>845</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 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... op. cit.* p. 36, poniendo como ejemplo el acto de una Comunidad Autónoma que pretende imponer una sanción disciplinaria a un juez.

<sup>846</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 687, donde se afirma que “la falta de potestad es el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos” o PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 275.

carencia absoluta de potestad para ello<sup>847</sup>, lo que puede reconducirse a un supuesto flagrante de incompetencia material.

Sin embargo, puede entenderse que 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. Aún así, se antoja complicado justificar que un supuesto de los expuestos en este epígrafe no encaje en el vicio de incompetencia manifiesta.

A mayores podría ser 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.

Que las hipótesis de invasión competencial de la Administración en la esfera propia del poder legislativo o del poder judicial sean tipificadas como delito en nuestro Código Penal, 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) LPACAP, lo cual es contrario al carácter restrictivo de las causas de nulidad, acudiendo a la nulidad de los actos constitutivos de infracción penal o

---

<sup>847</sup> En este sentido, destaca esta situación como el supuesto más grave de incompetencia TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” p. 266.

consecuencia de ésta encajamos de manera menos forzada estos actos dentro de los calificables como nulos de pleno derecho.

### **b) 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>848</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>849</sup>, la gravedad de la conducta está fuera de toda duda y no hay duda de que también nos encontraríamos ante un acto nulo de pleno derecho. La argumentación radica 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, puede pensarse que la nulidad por incompetencia manifiesta no incluye este tipo de conductas, pues se limita al ámbito interno de las Administraciones Públicas.

---

<sup>848</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 216 y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 126, “en el caso de usurpación, aparte las sanciones que quepa imponer al titular, sus actos serán inexistentes y sin efectos”.

<sup>849</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 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”.

Exactamente igual que en el supuesto anterior, a mayores puede ser útil acudir al Código Penal pues ofrece 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.

### **c) Externalización de funciones públicas en personas privadas**

Fuera de las hipótesis analizadas de usurpación de funciones públicas por un particular, existe un sector doctrinal que defiende la posibilidad de que los particulares puedan dictar actos administrativos en los supuestos de externalización previa –vía concesión, por ejemplo- de la competencia por parte de la Administración<sup>850</sup>. Este sector doctrinal entiende que el mecanismo de la externalización es suficiente para que el particular pueda dictar actos administrativos<sup>851</sup>.

---

<sup>850</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 69, entiende que son “verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo”. También GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 120.

<sup>851</sup> A modo de ejemplo, según este sector doctrinal, podría considerarse acto administrativo una evaluación llevada a cabo por el concesionario de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV) que determina que la luz del freno de un determinado vehículo debe repararse como condición para superar la inspección.

Parece que este tipo de actos no pueden ser calificados como nulos de pleno derecho por incompetencia, puesto que no cumplen los requisitos mínimos exigibles para que sean considerados actos administrativos por varias razones:

- En primer lugar, si el acto administrativo es una manifestación del poder público, no podemos entender que el poder público se delegue en personas privadas<sup>852</sup>, pues el régimen jurídico de uno y otras es muy diverso y las garantías de su actuación también. El propio legislador omite calificar como actos administrativos los dictados por los sujetos privados concesionarios reduciendo la expresión a “actos”<sup>853</sup>.
- En segundo lugar, el artículo 105.c) de la Constitución exige un procedimiento para la producción del acto administrativo<sup>854</sup>. En el supuesto del concesionario no existe ninguna exigencia de procedimiento pues el derecho privado desconoce la garantía del procedimiento como requisito para su producción<sup>855</sup>.
- En tercer lugar, es significativo el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 184.2 establece que “*contra los actos del concesionario (...) -de nuevo actos, no actos administrativos- podrá reclamarse ante la Administración concedente*”. No existe, por tanto, posibilidad de recurrir a la Administración esos actos, pues no son actos administrativos, sino que sólo se pueden reclamar. El acto administrativo será el que emita la

---

<sup>852</sup> Cfr. SANZ RUBIALES, I., (2004), *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 86 y 87.

<sup>853</sup> Véase el artículo 2.d) LJCA hablar de los “actos administrativos” dictados por la Administración concedente y de los “actos” de los propios concesionarios. En el mismo sentido, el artículo 126.3 RSCL, “los actos de los concesionarios...”.

<sup>854</sup> También ratifica esta idea el artículo 34 de la ley 39/2015, que exige la producción de actos administrativos por el órgano competente y ajustándose al procedimiento establecido.

<sup>855</sup> Cfr. SANZ RUBIALES, I., (2004), *Poder de autoridad... op. cit.* p. 85 o SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho...II, op. cit.* p. 117.

Administración concedente como respuesta a la reclamación del acto del concesionario<sup>856</sup>.

- Por último, el acto administrativo se diferencia del acto jurídico privado, tal y como vimos en el capítulo primero, porque el primero goza de autotutela ejecutiva, cosa que en ningún caso se predica del acto jurídico privado. El concesionario no podrá, en ningún caso, ejecutar por la fuerza sus propios actos<sup>857</sup>.

En definitiva, no cabe aquí plantearse la incompetencia o no del particular para ejercer potestades públicas o emitir actos administrativos por “delegación”, pues las potestades públicas no se pueden delegar en particulares y, en consecuencia, éstos no podrán por esta vía dictar los mal llamados “actos administrativos de los particulares”.

#### **6) Otros requisitos subjetivos del acto administrativo: su escasa incidencia en la nulidad del acto resultante**

Las hipótesis analizables bajo el prisma de la incompetencia no se agotan con las dos anteriores –incompetencia orgánica e incompetencia subjetiva-, sino que existen otro grupo de supuestos que están directamente relacionados con el elemento subjetivo del acto administrativo.

---

<sup>856</sup> *Íbidem*, p. 87.

<sup>857</sup> En este sentido, ALBI CHOLBI, F., (1960), *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, p. 527, BARCELONA LLOP, J., (1995), *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución... op. cit.* p. 132, SANZ RUBIALES, I., (2004), *Poder de autoridad... op. cit.* p. 86.

### **a) La ausencia de investidura o la investidura irregular**

El supuesto de la ausencia total de investidura no ofrece otra salida que la de reconducirlo a los supuestos de usurpación de funciones públicas. Sin entrar ahora a determinar si constituye o no una conducta delictiva, es evidente que en una situación de ausencia total de investidura no puede generarse un acto con la mínima apariencia exigible para poder considerarlo válido. Por tanto, estos supuestos, o son merecedores de la nulidad de pleno derecho vía acto constitutivo de delito si tiene alguna apariencia de acto administrativo, o directamente constituyen un caso de inexistencia real de acto.

Cuestión diferente plantean los supuestos en los que tiene lugar una investidura irregular del titular del órgano administrativo. Históricamente se ha cuestionado la validez de la actuación de estos funcionarios. Ya en derecho romano se planteó la cuestión de la validez de los actos dictados por un cargo público que no aunaba los requisitos para ostentarlo. Se trató en el caso del esclavo fugitivo Barbarius Philippus, quien llegó a ostentar el cargo de Pretor ocultando su origen hasta que se descubrió su situación real<sup>858</sup>. La solución de Ulpiano es dar validez a esos actos con el argumento de que existía apariencia de legalidad y de la buena fe del resto del pueblo romano que asumió los actos del Pretor como válidos. Solución que, a día de hoy, continúa siendo la mayoritaria para la doctrina.

Los supuestos de investidura irregular del titular del órgano se encuadran por la doctrina dentro de la categoría de los “funcionarios de hecho”. En palabras de DE LA VALLINA, es funcionario de hecho “*aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario de iure, es decir, quien ingresando en los cuadros*

---

<sup>858</sup> El relato se encuentra en el Digesto (Tit. XIV, L. I, 3) y es analizado por la doctrina española por GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 221 y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 125.

de la Administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación administrativa no es regular, por lo que no puede ser considerado como funcionario de derecho". Y lo diferencia del funcionario de derecho exclusivamente en la irregularidad del nombramiento, haciendo hincapié en que "en el ejercicio de sus actividades no percibiremos diferencia alguna entre ellos"<sup>859</sup>.

A los efectos del vicio de incompetencia, sin entrar en la corrección del contenido de sus actos, en el caso de los "funcionarios de hecho" ya no existe una desconexión total con el ejercicio de una potestad administrativa, sino que hay una apariencia suficiente que puede inducir a error a terceros. Lo que se requiere para plantearse la validez de estos actos es que exista una investidura, aunque sea ilegal porque el "funcionario de hecho" no reúna las condiciones necesarias para ostentar el cargo.

Ahora bien, la apariencia de legalidad de la investidura y de los actos posteriores debe generar en los administrados una confianza plena en su validez. Se exige, pues, que los administrados, con un nivel de diligencia media, tengan "una creencia razonable sobre su existencia y validez"<sup>860</sup>. Por parte del funcionario de hecho, para diferenciarlo del usurpador de funciones públicas, se requiere que su posesión "de hecho" del oficio o cargo público sea pacífica, pública, continuada y de buena fe<sup>861</sup>, lo cual no equivale a que desconozca que su investidura fue irregular.

Junto con la apariencia de legalidad de la investidura, la confianza generada en terceros y el desarrollo de la actividad de forma pública, continuada y de buena fe, se aduce otro motivo por el cual los actos del funcionario investido irregularmente no han de ser, en principio, nulos de pleno derecho: la seguridad

---

<sup>859</sup> Cfr. DE LA VALLINA VELARDE, J. L., "Sobre el concepto de funcionario de hecho", en *RAP*, n° 29, 1959, p. 115.

<sup>860</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 126. Distingue una apariencia subjetiva para el propio funcionario de hecho y una objetiva para "cualquier persona con la diligencia de un buen administrado", admitiendo que ésta debe ser la exigida.

<sup>861</sup> Cfr. DE LA VALLINA VELARDE, J. L., "Sobre el concepto..." *op. cit.* p. 121.

jurídica<sup>862</sup>. La solución que se inclina por no calificar estos actos como inválidos alude a razones de mantenimiento del orden jurídico. Nos encontramos ante un supuesto típico de la teoría de las nulidades, donde la seguridad jurídica se impone a la legalidad en sentido estricto.

No podemos olvidar que se trata de una situación excepcional, lo que implica en todo caso una valoración del caso concreto. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la *“figura del “funcionario de hecho” sólo es admisible cuando quien ocupa el cargo con investidura irregular lo haga en beneficio de un interés público, en beneficio de los terceros de buena fe que aceptan o consideran admisible la investidura, por seguridad jurídica y certeza de la situación”*<sup>863</sup>.

Por último, en relación con los problemas que puede plantear la investidura del titular de un órgano administrativo, analizaremos los actos emanados de funcionarios cuyo nombramiento ha expirado por el transcurso del plazo normativamente previsto para el desempeño de sus atribuciones -situaciones englobables en supuestos de incompetencia temporal<sup>864</sup>-.

Para el estudio de estos supuestos recurrimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2017 (rec. 1655/2016), donde se 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

---

<sup>862</sup> Cfr. FUEYO ÁLVAREZ, J. F., “La doctrina de la Administración “de facto”, en *RAP*, nº 2, 1950, p. 38: la doctrina del funcionario de hecho es “una válvula de seguridad jurídica en cuanto respeta las conclusiones legales del principio de autoridad regular, pero postula que, en determinados casos y a ciertos efectos, se respete la situación de derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de urgencia, situación sobre la que no se puede o, al menos, no se debe volver por razones de seguridad”. En este mismo sentido, cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 221.

<sup>863</sup> STS de 16 de junio de 2017, FD 6, (rec. 1655/2016), STS de 20 de junio de 2017, FD 5, (rec. 2463/2016).

<sup>864</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 124.

figura del encargo de servicios-, habían cesado pues había expirado el plazo el 2 de julio de 2008 (FD 3).

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 de 20 de junio de 2017, (rec. 2463/2016), 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”* (FD 5).

Como se viene 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, y en contra de la doctrina del Supremo, salvo que se trate de un supuesto de delito de usurpación de funciones públicas reconducible a la nulidad vía artículo 47.1.d) LPACAP -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 habrá que estar a la naturaleza del término o plazo<sup>865</sup>, ya que no es lo mismo que el funcionario haya dejado de ser competente por un día o por un año<sup>866</sup>. Tampoco

---

<sup>865</sup> El artículo 48.3 de la Ley 39/2015 establece que “actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

<sup>866</sup> No compartimos el fallo de la STS de 3 de noviembre de 2005, FD 3, (rec. 6512/2002), que declara la nulidad por incompetencia manifiesta de un acto dictado el 5 de julio por una autoridad

es lo mismo que estemos ante un acto reglado o discrecional. Habrá también que tener en cuenta que no 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>867</sup>. Por último, tampoco es indiferente si se trata de un acto favorable o de gravamen.

La cuestión no ofrece tanta claridad como pretende demostrar el Tribunal Supremo. No es posible concluir que el funcionario ejerce funciones completamente “*ajenas y extrañas*”.

Parece lógico, en definitiva, rechazar 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.

Igualmente, de este razonamiento se puede deducir que estas hipótesis de incompetencia temporal no son reconducibles al vicio de nulidad de incompetencia manifiesta, puesto que la expiración del plazo de actividad del titular del órgano no termina con su competencia decisoria<sup>868</sup>. Ahora bien, la irregularidad es evidente por lo que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, el acto podría calificarse de anulable.

La praxis jurídica nos ofrece otras situaciones que son equiparables a supuestos de incompetencia temporal. Analizaremos en este momento los actos administrativos dictados por órganos “en funciones”. Como es sabido, un órgano “en funciones” es aquel que se encuentra en sustitución de quien ejerce en propiedad el cargo<sup>869</sup>. El artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre,

---

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>867</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 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.

<sup>868</sup> En este sentido, PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 244.

<sup>869</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: en funciones, 2ª acepción.

del Gobierno -extrapolable a cualquier tipo de órgano en funciones-, determina que el Gobierno “en funciones” “*limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos (...) salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general*”. Sin entrar en este momento a analizar el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados de este artículo, nuestro cometido es determinar, a efectos de validez del acto administrativo, la calificación que merece un acto de un órgano “en funciones” que efectivamente se extralimite del despacho ordinario de asuntos sin justificación legal.

Realizando una primera lectura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, en principio, la solución es inequívoca: los actos de un órgano “en funciones” que se extralimiten de la “gestión ordinaria de asuntos” son nulos de pleno derecho<sup>870</sup>. Sin embargo, en coherencia con lo que venimos defendiendo tampoco podemos compartir plenamente esta solución, pues la competencia del órgano sigue intacta, independientemente de que sus componentes se encuentren en una situación de interinidad. La literalidad de la Ley del Gobierno es significativa, puesto que no habla de límites en la competencia del órgano en funciones, sino de límites en la gestión de asuntos, quedando intacta la competencia del órgano.

Parece que el propio Tribunal Supremo en algunas de sus resoluciones se ha percatado de que la extralimitación en la gestión de asuntos no encaja en el supuesto de nulidad por incompetencia manifiesta. De hecho, entrando en los detalles de las resoluciones que hemos traído a colación, nos damos cuenta de que existe una contradicción entre la motivación y la calificación final del acto como nulo de pleno derecho. Es ilustrativo, por ejemplo, el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005, (rec. 123/2004), según el cual se solicita la nulidad de pleno derecho de un acuerdo del Consejo de Ministros en funciones por incompetencia y, en el fallo, el Tribunal estima el recurso y “anula” el acuerdo “*por no ser conforme a Derecho*”. Idéntico razonamiento nos encontramos en el tercer Voto Particular de la Sentencia del

---

<sup>870</sup> STS de 20 de septiembre de 2005, FD 4, (rec. 123/2004) o STS de 2 de diciembre de 2005, FD 6, (rec. 161/2004).

Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, (rec. 161/2004), que considera que procedería “*la nulidad radical del referido acuerdo gubernamental por no ser conforme a Derecho*”. Esto supone una contradicción en sus propios términos pues, como venimos repitiendo, la nulidad de pleno derecho es una calificación excepcional, mientras que la regla general es la anulabilidad que comprende todas ilegalidades invalidantes que no encajen en los supuestos tasados de la nulidad de pleno derecho.

En definitiva, parece que no estamos ante actos nulos de pleno derecho, pues este tipo de supuestos no encajan en los supuestos de incompetencia, y mucho menos manifiesta. Parece que, tal y como razona el Tribunal Supremo -aunque la calificación final sea incorrecta- nos encontramos ante actos no conformes a Derecho encuadrables en el artículo 48.1 de la Ley 39/2015 que merecen el calificativo de anulables.

## **b) La concurrencia de causas de abstención o recusación**

El motivo por el cual el legislador establece causas de abstención o recusación<sup>871</sup> aplicables a los titulares de los órganos administrativos se encuentra en el artículo 103 de la Constitución, que exige a la Administración Pública servir con objetividad<sup>872</sup> los intereses generales y a la ley garantizar la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones<sup>873</sup>.

---

<sup>871</sup> En relación con la abstención y recusación de funcionarios públicos, véase la minuciosa monografía, FERNÁNDEZ RAMOS, S. & PÉREZ MONGUIÓ, J. M., (2012), *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Ed 1ª, Aranzadi, Cizur Menor.

<sup>872</sup> Sobre la objetividad e imparcialidad como fundamento de la abstención o recusación del funcionario, cfr. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas... op. cit.* p. 80.

<sup>873</sup> Las causas de abstención y recusación se encuentran recogidas en el artículo 23.2 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y son: a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir

A efectos de invalidez, el mismo artículo 23 LRJSP que enumera las causas de abstención, en su apartado cuarto establece que *“la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”*.

Pese a que el tenor literal del artículo 23.4 LRJSP se inclina por el principio *“favor acti”* y parece considerar que la invalidez debe ser la excepción del acto dictado por un funcionario en que concurran causas de abstención, la jurisprudencia parece tomar el camino contrario cuando afirma que *“la Administración tiene que actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado y que, en principio y como regla general, han de considerarse inválidos los actos dictados por órganos cuyo titular incurra en causa de recusación, siendo así que sólo excepcionalmente debe mantenerse la validez de un acto dictado en esas condiciones”*<sup>874</sup>.

Conviene aclarar que, en nuestra opinión, en muchas ocasiones cuando el legislador o la jurisprudencia usan el término invalidez no precisan suficientemente si se refieren a nulidad o a anulabilidad<sup>875</sup>. Consideramos que una mera vulneración de las causas de abstención y recusación nunca podrá dar lugar a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por motivos exclusivos de incompetencia manifiesta<sup>876</sup>, pues la regla general será siempre la anulabilidad frente a la excepción que comporta la nulidad de pleno derecho.

---

despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato. c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior. d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate. e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

<sup>874</sup> STS de 19 de julio de 2012, (FD 2, (rec. 2825/2009) y, con anterioridad, STS de 26 de febrero de 1990, FD 2, (ES:TS:1990:1704).

<sup>875</sup> En algunos casos emplean de forma sinónima la invalidez y la anulabilidad, y así lo atestiguan, entre otras, STS de 30 de septiembre de 2009, FD 6, (rec. 28/2006) o STS de 19 de julio de 2009, FD 3, (rec. 4041/2005).

<sup>876</sup> Tampoco por el supuesto del artículo 47.1.e) de omisión total y absoluta del procedimiento tal y como se razona en la STS de 3 de febrero de 2014, FD 1, (rec. 121/2011), que establece

En cualquier caso, es cierto que la concurrencia de una causa de abstención es siempre una actuación irregular de la administración y, al margen de la invalidez o no del acto, puede acarrear la exigencia de responsabilidad al funcionario<sup>877</sup> tal y como dispone el artículo 23.5 LRJSP<sup>878</sup>.

En cuanto a la invalidez, en cada caso concreto habrá que analizar si la intervención del funcionario en el procedimiento de elaboración del acto es o no determinante y si su contenido definitivo<sup>879</sup> es contrario a derecho o no<sup>880</sup>. Si el contenido fuese invariable actuando el funcionario que debió abstenerse u otro imparcial, no tiene sentido, por razones de economía y de seguridad jurídica, anular el acto en cuestión<sup>881</sup>. Por el contrario, si la intervención del funcionario en quien concurre un motivo de incompatibilidad es determinante para su contenido final, y éste es contrario a la legalidad objetiva, podremos afirmar que estamos ante un acto anulable.

Existe un supuesto en el que en ningún caso cabe la anulabilidad del acto por motivos de incompetencia pese a concurrir una causa de abstención en el titular del órgano administrativo: el de los actos absolutamente reglados sin margen para la discrecionalidad. El motivo es obvio, el contenido aquí siempre hubiera

---

“supone ampliar más allá de lo razonable el ámbito del supuesto de nulidad previsto en el artº. 62.1.e), que no se centra en la infracción del procedimiento establecido sino en la elusión total y absoluta del mismo, ya que cualquier infracción supondría la anulabilidad y no la nulidad”.

<sup>877</sup> Una responsabilidad que habrá que valorar en función del principio de proporcionalidad en función del grado de intervención del funcionario que incurra en alguna causa de incompatibilidad. Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. & PÉREZ MONGUIÓ, J. M., (2012), *La imparcialidad en... op. cit.* p. 199 y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas... op. cit.* p. 83.

<sup>878</sup> El artículo 23.5 LRJSP dispone que “[L]a no abstención en los casos en que concorra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda”.

<sup>879</sup> Entre otras, STS de 11 de febrero de 2010, FD 4, (rec. 8980/2004) y STS de 26 de mayo de 2003, FD 5, (rec. 3963/1999).

<sup>880</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. & PÉREZ MONGUIÓ, J. M., (2012), *La imparcialidad en... op. cit.* p. 183 y 189, la anulabilidad del acto dependerá, primeramente, de si la influencia ha sido decisiva o determinante y, también de si es contrario o no a la legalidad objetiva.

<sup>881</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 130 y OCHOA I MONZÓ, J., (2007), “Abstención y recusación” en *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 620.

idéntico de haber sido otro funcionario quien hubiese dictado el acto<sup>882</sup>. En otras palabras, a mayor discrecionalidad en el contenido del acto, mayor influencia tendrá el incumplimiento de una causa de abstención o recusación en la validez del acto.

En el resto de supuestos, reiteramos, será necesario acudir al caso concreto pues la participación en la producción del acto de quien debiera haberse abstenido no nos permite, en abstracto, asegurar su validez jurídica<sup>883</sup> ni tampoco calificarlo automáticamente como inválido<sup>884</sup>.

### **c) La concurrencia de vicios de la voluntad en el funcionario público**

La Administración Pública actúa a través de personas físicas. Lo que tratamos de analizar en este punto es si la concurrencia de un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia, intimidación o cualquiera alteración de la capacidad de obrar del funcionario) puede determinar la invalidez del acto administrativo.

Para un sector de la doctrina, todo acto administrativo conlleva un elemento de voluntad. Partiendo de que la actuación de la Administración con sometimiento exclusivo a la ley y al Derecho constituye un principio de orden público, la concurrencia de un vicio de la voluntad en el autor del acto conllevaría su invalidez<sup>885</sup>.

---

<sup>882</sup> A efectos de determinar la invalidez o no del acto, cfr. DÍAZ DELGADO, J., (2013), “Comentario al artículo 28”, en *Comentarios a la Ley 30/92* (dirs. SÁNCHEZ MORÓN, M. & MAURANDI GUILLÉN, N.), Lex Nova, Valladolid, pp. 223 y 224, que considera clave la influencia del funcionario que debió abstenerse en el resultado final del acto, interpretable sobre la base del principio de conservación de los actos.

<sup>883</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2016), *Las infracciones formales... op. cit.* p. 144.

<sup>884</sup> Se completará el análisis de la invalidez de los actos en relación con las causas de abstención cuando se proceda al estudio de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados del artículo 47.1.e), en cuyo caso, sí podrá determinar la nulidad de pleno derecho si el incumplimiento del deber de abstención tiene influencia decisiva en el contenido del acuerdo. En cualquier caso, la nulidad será por la causa procedimental y no por razones de incompetencia.

<sup>885</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 340. Más extremista es la postura de BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* pp. 191 y 192, quien

Para el análisis de los casos de concurrencia de vicios de voluntad en el funcionario titular del órgano administrativo, tomamos como punto de partida la singular posición que ocupa la Administración Pública, la cual goza de una “voluntad normativa”<sup>886</sup> que se traduce en una actividad de ejecución legal<sup>887</sup>. Precisamente por ello, la concurrencia de vicios de la voluntad en el funcionario público no puede tener el tratamiento jurídico propio del derecho privado. En la medida en que la Administración sirve al interés general sometiéndose a la ley cabe imaginar un acto administrativo dictado con violencia o dolo que, sin embargo, sea plenamente válido por ajustarse a la legalidad y al interés general. El objetivo del derecho privado es la libre concurrencia de la voluntad en el tráfico jurídico, mientras que en el derecho administrativo es el cumplimiento del interés general mediante la aplicación de la ley<sup>888</sup>.

Ninguna duda cabe en la doctrina a la hora de analizar esta cuestión respecto a los actos puramente reglados<sup>889</sup>. En este tipo de actos no hay margen de apreciación, por lo que el funcionario es un mero ejecutor normativo. Si concurren o no vicios en su voluntad en nada afectará al contenido final del acto<sup>890</sup>.

Más dudas ofrece entre la doctrina el supuesto de los actos discrecionales. En este caso, sí tiene un papel relevante la voluntad del funcionario pues existen varias soluciones igualmente legales y acordes al interés general<sup>891</sup>. Sin

---

considera que en los supuestos de dolo, violencia o intimidación no existe voluntad o no está rectamente formada, por ello concluye drásticamente que no existe acto administrativo pues le falta uno de sus elementos esenciales: la voluntad.

<sup>886</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 217.

<sup>887</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 603.

<sup>888</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 194.

<sup>889</sup> El propio SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 339, entiende que los actos aplicativos del derecho tienen su causa en la ausencia absoluta de voluntad, y por lo tanto, la situación psicológica del funcionario en nada afecta a su resultado.

<sup>890</sup> Entre otros, cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 217, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 603, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 242, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 197.

<sup>891</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 242.

embargo, la solución es la misma que en los actos reglados: habrá que analizar el contenido final del acto y si éste es acorde con la legalidad vigente será inútil plantearse su invalidez por la concurrencia de un vicio de la voluntad en el funcionario. Cabrá plantearse su invalidez, anulabilidad en todo caso, si el resultado final del acto es contrario a la legalidad vigente.

La invalidez la determinará el contenido del acto, pero no la concurrencia de un vicio de la voluntad en el funcionario que podrá influir, o no, en su resultado final<sup>892</sup>. Precisamente por esto, se descarta la concurrencia de un vicio de la voluntad del agente público como causa de nulidad de pleno derecho del acto por motivos de incompetencia<sup>893</sup>. Cabrá la anulabilidad en los supuestos en que se demuestre que concurrió un vicio de la voluntad en la producción de un acto ilegal, pero por sí mismo, el vicio de voluntad no tiene un significado invalidante<sup>894</sup>.

En conclusión, los supuestos analizados en este epígrafe no se encuadran en el ámbito del vicio de incompetencia, pues la competencia en sentido estricto se predica del órgano, no de sus titulares -personas físicas- que no hacen sino prestar su voluntad psicológica para crear la voluntad jurídica de la Administración Pública. Precisamente por esto, la concurrencia de algún supuesto de los tratados aquí, una vez analizadas las circunstancias del caso concreto, podrían dar lugar a actos válidos o, como máximo, anulables, pero nunca nulos de pleno derecho por incompetencia manifiesta.

---

<sup>892</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 242, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* op. cit. p. 84.

<sup>893</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 393.

<sup>894</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. pp. 196 y 198.

## 7) La ausencia de presupuestos fácticos en la actuación del órgano administrativo

Por último, un sector de la doctrina entiende que también son reconducibles al vicio de incompetencia por razón de la materia los supuestos de inexistencia o falseamiento esencial de los presupuestos fácticos que habiliten la actuación de la Administración Pública en un caso concreto<sup>895</sup>.

Del mismo modo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en ciertas ocasiones en parecidos términos incluyendo en el contenido del vicio de incompetencia manifiesta “*determinados supuestos notorios y graves de incompetencia material o territorial o de evidente ausencia del presupuesto fáctico atributivo de la competencia*”<sup>896</sup>.

Si la nulidad de pleno derecho se define por la especial gravedad del acto administrativo, el supuesto que analizamos parece que se erige como un ejemplo claro de ello. En efecto, la actuación de un órgano administrativo sin que concurra el presupuesto fáctico que lo habilita a actuar constituye un ataque grave a la legalidad y al orden público, pues la Administración estaría actuando libremente cuando sólo puede hacerlo en los supuestos y de la forma en que prevea la ley y el Derecho.

Ahora bien, la interpretación restrictiva inherente a la nulidad de pleno derecho invita a plantearse si estas hipótesis de ausencia o falseamiento del presupuesto de hecho encajarían en la incompetencia manifiesta o si, por el contrario, podrían constituir una interpretación forzada del supuesto<sup>897</sup>. En este último caso, dado que la gravedad de la conducta administrativa está fuera de

---

<sup>895</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Orden Público y...” *op. cit.* pp. 123 y 124 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 688.

<sup>896</sup> Cfr. Dictámenes del Consejo de Estado 981/2005, de 28 de julio de 2005, 1391/2012, de 17 de enero de 2013, 998/2016, de 2 de febrero de 2017, 999/2017, de 25 de enero de 2018. Esta misma expresión es utilizada también en la SAN de 13 de mayo de 1999, FD 4, (rec. 631/1997).

<sup>897</sup> Cfr. LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 512.

toda duda, se deberá analizar si estos supuestos encajan en otro de los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1<sup>898</sup>. En definitiva, se trata, como ya mencionamos más arriba, de delimitar los casos encuadrables en la incompetencia manifiesta para no convertir el supuesto en un “cajón de sastre” que genere incertidumbres en una categoría como la de nulidad de pleno derecho. Para que esta categoría cumpla su función en el ordenamiento jurídico, es necesario que estén perfectamente definidos los supuestos subsumibles en ella, pues de lo contrario se genera una inseguridad jurídica contraproducente para el sistema.

Para el análisis de estas hipótesis relativas al presupuesto de hecho habilitador, diferenciaremos, en primer lugar, los casos de actos dictados con ausencia o falseamiento esencial de los presupuestos fácticos favorables y, en segundo lugar, actos dictados con ausencia o falseamiento de los presupuestos de hecho desfavorables o de gravamen para el destinatario.

Respecto al primer supuesto -actos favorables- parece que ha sido el propio legislador quien ha marcado el camino con la introducción de un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en la Ley 30/1992, que se mantiene en el artículo 47.1.f) LPACAP, y que califica como nulos *“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”*.

---

<sup>898</sup> Incluso se ha llegado plantear incluir este supuesto de ausencia o falseamiento de presupuestos fácticos como un vicio de nulidad de pleno derecho independiente. Es interesante el Voto Particular del Dictamen del Consejo de Estado nº 54.698, de 31 de octubre de 1990, el cual se aparta de considerar nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta la ausencia de presupuestos fácticos habilitantes para la actuación del órgano administrativo y entiende que podría constituir una causa de nulidad de pleno derecho independiente al no encajar en ningún supuesto de nulidad tasado en la ley.

No es una idea aislada, ya que en los debates parlamentarios que precedieron a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en las Enmiendas nº 479 del Congreso de los Diputados y 412 del Senado -ambas del grupo parlamentario Popular- se planteó la misma idea aunque finalmente no prosperó.

Por este motivo, y teniendo en cuenta que el vicio de incompetencia tiene un carácter típicamente subjetivo, la ausencia o el falseamiento<sup>899</sup> u ocultamiento de presupuestos fácticos para la adquisición de derechos o facultades encajaría de forma más correcta en el supuesto de nulidad de la letra f) del artículo 47.1 que en la incompetencia manifiesta<sup>900</sup>. Nos remitimos en este punto al análisis de los supuestos de obrepción y subrepción ya analizados en el epígrafe V del Capítulo II. Hemos de recordar que este supuesto de nulidad entra en juego cuando los requisitos esenciales de los que se carezca sean de carácter subjetivo. Podría ocurrir, sin embargo, que la ausencia de presupuestos fácticos coincida con un requisito de carácter objetivo y no subjetivo como hemos analizado hasta ahora. En estos casos, consideramos que el acto administrativo será nulo por tratarse de un acto de contenido imposible puesto que no tiene sentido dictar un acto bajo un presupuesto fáctico que constituye un requisito objetivo inexistente.

Ahora bien, este supuesto se refiere exclusivamente a los actos favorables, pero excluye los actos de gravamen -piénsese, por ejemplo, en la imposición de una sanción por unos hechos que no han tenido lugar-. En los actos de gravamen la solución debe ser, necesariamente, diferente.

En principio, por coherencia con el razonamiento expuesto hasta ahora, si el acto favorable dictado con ausencia o falseamiento del presupuesto de hecho no cabe dentro de la incompetencia manifiesta por tener este vicio un carácter subjetivo, la misma solución habrá de aplicarse al acto de gravamen. El presupuesto de hecho constituye, a todas luces, un elemento objetivo del acto administrativo y la competencia, tal y como se analizó más arriba es un elemento

---

<sup>899</sup> Si la falsedad es constitutiva de delito y así lo declara un tribunal penal por sentencia firme entraría en juego la nulidad recogida en el artículo 47.1.d) de los actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta.

<sup>900</sup> En este sentido, aunque no rechaza reconducirlo a la incompetencia manifiesta, admite la inclusión de estas hipótesis en el supuesto del artículo 47.1.f), BELADÍEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad..." *op. cit.* p. 174.

En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* pp. 688 y 689.

puramente subjetivo. De aquí que resulte demasiado forzado incluir dentro de un vicio típicamente subjetivo, otro de carácter objetivo.

Dado que la gravedad del supuesto sigue siendo incontestable, se ha de encontrar una solución válida para reconducir los actos de gravamen dictados con ausencia o falseamiento del presupuesto fáctico a los supuestos de nulidad de pleno derecho.

La solución que parece más razonable, y por la que se ha inclinado parte de la doctrina<sup>901</sup>, es la de acudir al supuesto recogido en la letra c) del artículo 47.1 que determina la nulidad de pleno derecho para los actos “*que tengan un contenido imposible*”.

También el Consejo de Estado tiene pronunciamientos en esta línea entendiendo que el “*contenido del acto deviene imposible por la ausencia de un presupuesto fáctico básico exigido para dictar el acto administrativo*”<sup>902</sup>. Parece lógico pensar que un acto dictado en base a un supuesto de hecho inexistente hará imposible su cumplimiento. Sobre lo que no ha existido no podrá la Administración declarar una voluntad, un juicio, un conocimiento o un deseo.

En conclusión, y pese a que el encaje no es perfecto en ninguno de los casos, parece más acertado inclinarse, para los supuestos de ausencia o falseamiento de presupuestos fácticos, por el artículo 47.1.f) para los actos de contenido favorable -salvo que el falseamiento constituya un delito declarado por sentencia penal firme, en cuyo caso entrará en juego el artículo 47.1.d)-, y por el artículo 47.1.c) para los actos de gravamen. Tanto un supuesto como el otro se refieren a vicios de nulidad que recaigan en el contenido del acto, mientras que el vicio de incompetencia manifiesta alude a un elemento subjetivo del mismo como es la competencia del órgano que lo dicta. Reconducir estos supuestos a la incompetencia parece una solución forzada puesto que el órgano administrativo tiene potestad y es competente en abstracto para actuar en esos casos. La

---

<sup>901</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad...” *op. cit.* p. 174 y LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad...” *op. cit.* p. 512.

<sup>902</sup> Vid. Dictámenes del Consejo de Estado 144/2005, 143/2005 y 138/2005 de 11 de mayo y 2129/2005, 2127/2005 y 2124/2005 de 9 de febrero de 2006.

existencia o no del presupuesto de hecho no afecta a la competencia del órgano. Ésta se atribuye en virtud de una norma, no en virtud de unos hechos.

### **III.- ACTOS ADMINISTRATIVOS 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**

#### **1) El procedimiento administrativo como paradigma del vicio de forma: la tendencia reduccionista de su capacidad invalidante**

En el Derecho en general, el elemento formal se configura como un elemento esencial cuya importancia, aunque ha variado a lo largo de la historia, es indiscutible. El derecho administrativo no es una excepción y, desde sus inicios, la importancia de la forma en la actuación de la Administración Pública siempre ha buscado un equilibrio entre su función de garantía de legalidad frente a los administrados y la no suposición de un obstáculo para el ejercicio de los derechos de éstos.

Dentro de todos los elementos que conforman el acto administrativo, el procedimiento administrativo se identifica con el elemento formal. Así, la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 consideraba al procedimiento administrativo como "*el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin*". En parecidos términos se pronuncia la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común 39/2015, de 1 de octubre, considerando el procedimiento "*como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente*

previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración”<sup>903</sup>.

Demostrada la indisociable relación entre la forma y el procedimiento<sup>904</sup>, en relación con lo que ahora nos ocupa, continuaremos con un breve análisis de la influencia que el vicio de forma ha tenido en la validez de los actos administrativos.

En los comienzos del derecho administrativo, el vicio de forma alcanzó su mayor protagonismo como vicio invalidante de la actividad administrativa. Esta realidad obedece, fundamentalmente, a la desconfianza que genera, en la Francia decimonónica, la actividad de la Administración Pública. La aplicación rígida del principio de separación de poderes se traduce en la imposibilidad de controlar la actuación administrativa por el poder judicial<sup>905</sup>. Precisamente en este contexto nace el recurso por exceso de poder francés que, frente a la

---

<sup>903</sup> Entre la doctrina también se destaca la configuración formal del procedimiento administrativo. En Italia, cfr. SANDULLI, A. M., (1964), *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, pp. 36 y 37, donde destaca que “quella del procedimento è dunque una nozione formale -nel censo in cui questo aggettivo si contrapone a sostanziale- attinente all’aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momento nel tempo”. En Francia, cfr. WIENER, C., (1975), *Vers une codification de la procédure administrative*, Presses Universitaires de France, París, p. 15, quien entiende el procedimiento como “l’ensemble des règles qui gouvernent l’édiction des actes administratifs” atribuyéndole carácter formal cuando se refiere a “la succession des phases préparatoires de cette décision”. Por último, entre la doctrina española, destacamos especialmente el concepto de procedimiento de GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2009), *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor, p. 26, quien lo considera como un conjunto de actos “vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero”, haciendo hincapié en el procedimiento administrativo entendido como “cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa” y cuya finalidad es la de “conseguir una acertada o válida decisión” y de GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 492, quien lo define como un “sistema lineal de actos emanados de un poder público, y, en su caso, también de uno o varios particulares que intervienen como interesados o con otro carácter distinto, y que, tiene por finalidad producir, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, un acto o una norma administrativos, o ejecutar, de esa misma manera, un acto ya producido”.

<sup>904</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 254. Para este autor, en relación a los actos administrativos, la “forma es el conjunto de formalidades y trámites a través de los que la voluntad administrativa se configura; esto es, el procedimiento de formación de dicha voluntad”, MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la... op. cit.* p. 66, “puede denominarse forma en sentido estricto a la manera de exteriorización de la voluntad, y procedimiento al camino seguido para la formación de aquélla. Una y otro, entrañan la forma en su sentido más amplio y total”.

<sup>905</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 50.

discrecionalidad de la Administración y sin entrar en el contenido del acto, propone salvaguardar la competencia y la legalidad externa del acto como mecanismo mínimo de control a los actos de pura administración. La legalidad externa del acto administrativo coincide con el elemento formal que constituye el procedimiento administrativo. Así, si el Consejo de Estado francés consideraba que un acto administrativo no había seguido el procedimiento establecido declarararía su nulidad sin entrar en ningún momento en el fondo de la decisión<sup>906</sup>.

Se convierte así el procedimiento en la principal garantía<sup>907</sup> -junto con la competencia- que van a tener los administrados frente a la actividad administrativa que vulnere sus derechos y facultades<sup>908</sup>.

Sin embargo, el potencial invalidante del vicio de forma en España se va diluyendo progresivamente<sup>909</sup> y buena culpa de ello la tiene la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956. Varios pronunciamientos jurisprudenciales previos desembocaron en el reconocimiento en la citada ley de la posibilidad de control, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, del contenido de los actos discrecionales<sup>910</sup>. Si el

---

<sup>906</sup> *Íbidem*, p. 51.

<sup>907</sup> Cfr. MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la... op. cit.* p. 78.

<sup>908</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 101.

<sup>909</sup> También en Francia se producen esta reducción en la importancia del vicio de forma como vicio invalidante. Cfr. CHAPUS, R., (1987), *Droit Administratif Général*, 3ª Ed., Editions Montchrestien, París, pp. 721 y 722, en relación con los vicios de forma diferencia entre “formalités non substantielles” sin fuerza invalidante y “formalités substantielles” que pueden producir la invalidez del acto administrativo.

<sup>910</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, determinaba que “Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables, al supuesto de hecho, ni es un «prius» respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según

procedimiento se configuró en los orígenes del derecho administrativo como casi el único parámetro de control posible -junto con la competencia- de la actividad discrecional de la Administración, a partir de 1956 en España, el juez contencioso-administrativo va a poder entrar a valorar la legalidad material del contenido de la decisión discrecional. Queda el procedimiento, en consecuencia, relegado a un segundo plano<sup>911</sup>.

La disminución de la capacidad invalidante del vicio de forma se pone de manifiesto en el artículo 48 de la LPA de 1958 y se mantiene hasta la actualidad. Comienza declarando la anulabilidad de *“los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*. Sin embargo, reconoce que *“no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”*. La expresión *“no obstante”* no es casual, pone de manifiesto *“el modestísimo lugar que el vicio de forma ocupa en nuestro Derecho administrativo”*<sup>912</sup>.

En nuestra vigente ley de procedimiento administrativo se distinguen tres niveles en relación a la capacidad invalidante de los defectos de forma:

- En primer lugar, por regla general, el defecto de forma se configura como una irregularidad no invalidante. Estamos ante una excepción al principio general que declara la anulabilidad de los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico que trae causa en el principio antiformalista que rige en el derecho administrativo<sup>913</sup>.

---

el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo”.

<sup>911</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 106.

<sup>912</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 140.

<sup>913</sup> Cfr. GALÁN VIOQUE, R., “Anulabilidad e irregularidades no invalidantes”, en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2051.

- En segundo lugar, el vicio formal conllevará la anulabilidad si impide al acto alcanzar su fin o provoca la indefensión de los interesados.
- Y, en tercer lugar, y de modo excepcional, el vicio de forma acarreará nulidad de pleno derecho del acto cuando se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados<sup>914</sup>.

Con este esquema, nuestro legislador concibe la forma como instrumento al servicio de la legalidad material y de los derechos de los particulares<sup>915</sup>. Así también lo ha interpretado el Tribunal Supremo reiteradamente considerando que el procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: “*servir de garantía de los derechos individuales y, con respecto a la Administración, contribuir al acierto de las resoluciones administrativas*”<sup>916</sup> – es decir, prevé el procedimiento como garantía de la corrección del acto, tanto por motivos de legalidad como de oportunidad-. En definitiva, podemos afirmar que la forma está al servicio del fondo<sup>917</sup> o, en otras palabras, que la transcendencia anulatoria de un vicio de forma sólo tiene sentido si el contenido hubiera sido diverso de no haberse

---

<sup>914</sup> Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial” en *RAP*, nº 171, 2006, p. 225, quien destaca la peculiaridad de los vicios de forma en el derecho administrativo pues no se encuentran incluidos en el grado de nulidad o anulabilidad, sino que pueden constituir simplemente una irregularidad no invalidante. Además, alude a la gran discrecionalidad que tiene el operador jurídico para encuadrar un vicio de procedimiento en una u otra categoría, cuestión que complica especialmente su sistematización.

<sup>915</sup> En este sentido, frente a la visión tradicional del procedimiento administrativo como una garantía para el administrado, se plantea el problema actual del procedimiento convertido muchas veces en una carga extra para el administrado obstaculizadora de su actividad. Así, parece conveniente relativizar el procedimiento de forma que no impida a los particulares el ejercicio de sus derechos ni de sus actividades, sin olvidar tampoco su función garantizadora. Cfr. PALOMAR OLMEDA, A., (2011), *Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 30.

<sup>916</sup> ATS de 26 de febrero de 2009, FD 4, (rec. 7979/2004). En el mismo sentido, STS de 23 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 1580/2015), STS de 6 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 5001/2016).

<sup>917</sup> Véase, STS de 24 de junio de 1991, FD 3, (rec. 2704/1989), se afirma que “la nulidad o anulabilidad originada por vicios formales vendrá determinada porque, tratándose de reglas o elementos esenciales o productores de indefensión, el vicio formal se proyecte o trascienda sobre el fondo objeto del debate, en una interpretación sustancialista que trata de evitar retroacción de actuaciones que condujeran a la emanación de actos administrativos de contenido idéntico al anulado, con merma del principio de economía procesal”.

producido el vicio formal o procedimental. Este razonamiento es lo que se ha denominado “principio de resistencia”<sup>918</sup>, es decir, habrá que valorar en cada caso concreto cómo ha afectado el vicio de forma al fondo o al contenido del acto y, en función del grado de afección, podrá determinarse su invalidez o no<sup>919</sup>.

Este carácter instrumental de la forma respecto al fondo de la decisión se fundamenta, esencialmente, en el principio de economía procesal<sup>920</sup> y en el deber de la Administración de convalidar sus actos formalmente defectuosos, lo cual implica, una vez más, dejar en un segundo plano el vicio formal para centrarse en la legalidad material de la decisión administrativa<sup>921</sup> evitando, si fuese preciso, la repetición de trámites formales innecesarios para alcanzar el mismo resultado de fondo.

La idea de la instrumentalidad de la forma respecto del fondo se plasma, sin lugar a dudas, en el supuesto de anulabilidad referido a los defectos formales

---

<sup>918</sup> El principio de resistencia o la “prova di resistenza” es una expresión de origen italiano que se plasma en la Ley italiana de procedimiento administrativo 241/1990, de 7 de agosto, en su artículo 21.octies, que, en relación con la anulabilidad de los actos administrativos establece que “non è 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”. Igualmente, la doctrina ha aludido a esta idea, entre otros, cfr. CORSO, G., (1993), voz “Validità” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, p. 105.

En España, cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e INAP, Madrid, p. 622, COSCULLUELA MONTANER, L., (2020), *Manual de Derecho...* op. cit. pp. 403 y 404, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” op. cit. p. 1961.

<sup>919</sup> Cfr. GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación...* op. cit. p. 263. En relación con el carácter instrumental de la forma, el autor enumera los defectos formales que no deben acarrear invalidez cuando “no vician el acto administrativo final” o cuando “sea de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula”.

<sup>920</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 696. En contra, vid. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* op. cit. p. 115, quien considera que “el principio de economía procesal sólo puede propugnar el ahorro de actos que, a pesar de las ilegalidades que haya podido incurrir, el Derecho considera capaces de producir unos efectos jurídicamente protegibles”, considerando que si merma los derechos de las partes ya no serían actos capaces de producir efectos jurídicamente protegibles. Es discutible esta tesis puesto que, si pese a la merma de derechos de los administrados, el resultado material del acto va a ser idéntico y, además, van a poder recurrir el acto vía administrativa y, en su caso, vía contencioso-administrativa, para subsanar esa merma inicial de sus derechos, parece que no habría motivo para negar la aplicación del principio de economía procesal.

<sup>921</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de...* op. cit. p. 138.

que impidan la realización del fin del acto administrativo. Sin embargo, debemos recordar que, aparte de contribuir al acierto de las resoluciones administrativas, la otra función del procedimiento administrativo es la salvaguarda de los derechos de los administrados. En este sentido, plantea más dudas la hipótesis del vicio formal que dé lugar a la indefensión de los interesados. En principio, el legislador no está refiriéndose a una ilegalidad material conectada causalmente con un vicio de forma, sino que es suficiente la indefensión para provocar la invalidez del acto, aunque su contenido sea legal<sup>922</sup>.

Ahora bien, es importante determinar qué debemos entender por indefensión a efectos de la anulabilidad del acto administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, defensora del carácter instrumental del procedimiento, considera que *“la indefensión (...) ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes”*. Y considera que, no sólo en vía administrativa podría subsanarse la imposibilidad de aducir cuanto considere oportuno el administrado en defensa de sus derechos, sino que la *“evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa”*<sup>923</sup>.

El contenido de esta jurisprudencia no hace sino aumentar las dudas sobre el concepto de indefensión pues, sólo se producirá la anulabilidad del acto por este motivo cuando el administrado no haya podido esgrimir sus argumentos, de hecho o de derecho, ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa. Dicho de otra manera, prácticamente nunca<sup>924</sup>.

---

<sup>922</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 115. La autora considera que la situación de indefensión de los interesados es motivo suficiente para la anulación del acto, independientemente que su contenido sea materialmente correcto.

<sup>923</sup> Entre otras, STS de 29 de marzo de 2017, FD 5, (rec. 1598/2016) o STS de 13 de junio de 2019, FD 4, (rec. 87/2017).

<sup>924</sup> Resulta casi imposible imaginar un supuesto en que se haya negado real y efectivamente a un interesado la posibilidad de defenderse, no sólo en vía administrativa, sino también en vía judicial. Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de...” *op. cit.* p. 242.

Excepcionalmente, pero de forma aislada porque desconocemos más sentencias en este sentido en relación con los actos administrativos, no tanto con los reglamentos, vid. STS de 21 de mayo de 2002, FD 5, (rec. 5610/1996), que considera que “el proceso jurisdiccional puede entablarse

Parece, por lo tanto, que existe una contradicción entre el artículo 48.2 de la ley de procedimiento que establece la sanción de anulabilidad para los actos dictados con indefensión y la jurisprudencia que vacía de contenido este vicio al considerar que la indefensión provocada en vía administrativa puede subsanarse en vía contencioso-administrativa.

Al margen de los procedimientos administrativos sancionadores<sup>925</sup>, es necesario matizar en este momento si el vicio de indefensión tiene autonomía por sí mismo o si, por el contrario, debe en todo caso estar conectado con la legalidad material del acto<sup>926</sup>.

---

también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate”, concluyendo que la subsanación del vicio formal en el procedimiento contencioso-administrativo solo procede cuando el interesado renuncie a ella para centrarse en motivos de legalidad sobre el fondo.

<sup>925</sup> En este tipo de procedimientos, ya hemos analizado cómo el vicio de indefensión - imposibilidad de ejercer el derecho a recurrir o indefensiones reales y efectivas- equivale a la nulidad de pleno derecho de la sanción correspondiente contemplada en el artículo 47.1.a) por vulneración, en este caso, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Así lo determinó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vid. entre otras, STC 59/2004, de 19 de abril, FJ 3, (rec. 3749/2000), STC 126/2005, de 23 de mayo, FJ 2, (rec. 2213/2000) o STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4, (rec. 4696/2002).

Es interesante la crítica realizada por CIERCO SEIRA, C., “La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso. Reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, en *RAP*, nº 160, 2006, p. 174 (nota 33), quien considera que diferenciar tan radicalmente el contenido de las garantías del administrado en el procedimiento administrativo sancionador y en el resto de procedimientos administrativos “conduce a resultados insostenibles. Si admitimos que los derechos de defensa del interesado pueden presentar distintos niveles de intensidad en función del procedimiento administrativo de que se trate, lo lógico es que esta escala de intensidad se estructure a partir de los efectos negativos o desfavorables que pueden seguirse de cada procedimiento. De suerte que se instale una regla bien sensata: a mayor gravedad y potencia de la actuación administrativa, mayor vigor de los derechos de defensa del afectado. Pues bien, el confinamiento de la proyección del artículo 24 de la CE a los procedimientos sancionadores y la rotunda negativa a su extensión a otros procedimientos pueden tal vez justificarse en términos dogmáticos y aun prácticos —por el temor a una avalancha incontenible de recursos de amparo—, pero dan respaldo a algo difícil de asimilar: que sean más penetrantes las cautelas exigidas para imponer una sanción liviana (correspondiente a una infracción leve) que para expropiar un derecho, revisar un acto favorable, revocar un contrato y así siguiendo”. En nuestra opinión, sí puede justificarse un especial cuidado y rigor con las garantías del administrado en los procedimientos sancionadores, pues están conectados con el procedimiento penal pues ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado y eso justifica su especialidad y diferenciación respecto al procedimiento administrativo ordinario.

<sup>926</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 132.

Sin apartarnos de la idea general que defiende la forma como instrumento al servicio del fondo, no hay que desconocer que el legislador, en principio, contempla la indefensión como vicio autónomo y, por ello, podrían existir casos concretos en que la pretensión anulatoria del acto pueda basarse sólo en un motivo de indefensión formal. Sería razonable aplicar este vicio de indefensión a los casos más flagrantes en los que la resolución es dictada “de espaldas” al interesado sin respetar la más mínima exigencia de los principios de audiencia o contradicción<sup>927</sup>.

Admitir la validez de este tipo de resoluciones con el argumento de que son correctas en cuanto al fondo equivaldría a fomentar un mal actuar de la Administración pues sería consciente de que sólo podrán valorarse sus resoluciones por su contenido, y éste podría ser subsanado, en último término, en vía contencioso-administrativa.

Excluidos estos supuestos aislados y excepcionales, no queda más remedio que reconocer el escaso contenido que tiene la indefensión como vicio autónomo pues, o bien se comporta como irregularidad no invalidante<sup>928</sup>, o bien se subsana en vía de recurso, o bien, constituye un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e). Si se alega la indefensión como motivo de anulabilidad, parece que deberá ir siempre conectada causalmente con una ilegalidad de fondo<sup>929</sup>, lo que equivale a concluir que la anulabilidad se conseguirá por el vicio material y no por el formal<sup>930</sup>.

---

<sup>927</sup> Cfr. CIERCO SEIRA, C., “La subsanación de...” *op. cit.* p. 163.

<sup>928</sup> La STS de 3 de mayo de 2006, FD 5, (rec. 8976/2003) nos ofrece un ejemplo en el marco de un procedimiento administrativo de concesión de ayudas a la producción de aceite de oliva, pues afirma que la no inclusión de toda la documentación en el expediente administrativo no puede dar lugar a la invalidez pues “no ha sido óbice para que el administrado pudiera alegar lo que estimó oportuno a su derecho”, es decir, no constituye verdadera indefensión.

<sup>929</sup> Cfr. CIERCO SEIRA, C., “La subsanación de...” *op. cit.* p. 184.

<sup>930</sup> En este punto es particularmente drástica la postura del profesor GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español...* *op. cit.* p. 466, quien considera que si el vicio de forma no va a tener trascendencia alguna en el resultado final del proceso carecerá de fuerza invalidante; si tiene relevancia en cuanto al fondo pero la decisión es correcta también carecerá de fuerza invalidante y si la decisión de fondo es incorrecta, lo oportuno es entrar en el vicio material y no en el formal. Consideramos que esta teoría desemboca en que el vicio de forma, más allá del supuesto de nulidad de pleno derecho, no conllevará nunca la invalidez del acto y,

Admitiendo que los supuestos en que puede operar con autonomía el vicio de indefensión son absolutamente excepcionales, vemos reforzada la idea de que el vicio de forma no tiene -como regla general- entidad en sí mismo, sino que sólo es relevante a efectos de invalidez cuando la disminución real y efectiva de garantías o derechos de los administrados afecta a la legalidad material del fondo de la decisión.

A mayor abundamiento, declarar la invalidez de un acto por motivos formales conlleva reponer las actuaciones<sup>931</sup> al momento de la comisión del vicio, y esta no parece la solución más inteligente para el administrado que, en todo caso, va a ver prolongada en el tiempo la resolución del procedimiento<sup>932</sup>. Como venimos argumentando, el principio de economía procedimental, junto con los recursos administrativos y judiciales, invitan a relativizar el vicio de forma en general, y la indefensión en particular, para centrarnos en lo realmente importante, que es la legalidad del contenido de la decisión administrativa<sup>933</sup>.

Quizás, las consecuencias de la indefensión del administrado en el procedimiento administrativo no deban desplegar sus efectos sobre la validez o invalidez del resultado final del proceso, sino sobre la responsabilidad disciplinaria del funcionario público causante de esa situación de indefensión.

---

por lo tanto, el artículo 48.2 LPAC no cumpliría ninguna función, lo cual no parece que sea la intención del legislador cuando lo hace constar expresamente.

<sup>931</sup> En relación con el procedimiento sancionador o procedimientos de gravamen, en vía contencioso-administrativa, la LJCA no contempla la posibilidad de retrotraer las actuaciones al momento de comisión del vicio formal (el artículo 119.2 de la Ley de procedimiento administrativo prevé que “cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido”), aunque es cierto que en la práctica los Tribunales utilizan este mecanismo frecuentemente. Vid. CANO CAMPOS, T., (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 *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I (coords. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & ALONSO GARCÍA, R.), Civitas, Madrid, p. 843.

<sup>932</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 222.

<sup>933</sup> Cfr. CIERCO SEIRA, C., “La subsanación de...” *op. cit.* p. 161.

Sin entrar en más análisis sobre el alcance del vicio de forma en el derecho administrativo<sup>934</sup>, con lo estudiado hasta ahora estamos en condiciones de afirmar que, actualmente, su capacidad invalidante se ha reducido considerablemente. Ahora bien, no podemos perder de vista que el artículo 47.1.e) de la ley de procedimiento administrativo sanciona con la nulidad de pleno derecho el acto dictado con ausencia total y absoluta de procedimiento o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

A modo de conclusión, es especialmente interesante destacar en este punto la reflexión del profesor GONZÁLEZ PÉREZ, quien considera que las normas que regulan el procedimiento administrativo, por ser normas de derecho público son imperativas o de *ius cogens*, es decir, de ineludible observancia. Sin embargo, esta imperatividad se atenúa por su carácter formal. Así, reconoce que “*el carácter procedimental de las normas, en vez de constituir la razón de su imperatividad, constituye precisamente el motivo de que esta imperatividad no determine la anulabilidad del acto, como la determinaría la infracción de otra norma jurídico-administrativa que no tuviera carácter procedimental*”<sup>935</sup>. El fundamento de la graduación de las consecuencias del vicio de formar radica en la gravedad de la infracción y en el principio de economía procesal.

En consecuencia, pese a la tendencia reduccionista del vicio de forma, aún subsiste en nuestro ordenamiento jurídico una causa de nulidad plenamente formal. Analizaremos, a partir de este momento, el fundamento de este motivo formal de nulidad, así como su verdadero alcance que, dada la propia naturaleza

---

<sup>934</sup> Sobre el papel que corresponde al vicio de forma, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 697, debería acarrear la invalidez del acto “en aquellos casos en que no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no, porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada. No siendo posible por esta razón decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección sustancial del acto administrativo objeto del recurso”. Igualmente, sobre la dificultad de determinar cuándo estamos ante un vicio de nulidad o anulabilidad dado el amplísimo margen de discrecionalidad que tiene el operador jurídico a la hora de valorar la gravedad del vicio formal, cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 313.

<sup>935</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1964), *El procedimiento administrativo*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, pp. 74 a 78.

de la nulidad de pleno derecho y la tendencia reduccionista del vicio de forma, ha de ser restringido y excepcional.

## **2) La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido**

La letra c) del artículo 105 de la Constitución considera que la ley regulará “*el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*”.

Además de este reconocimiento constitucional, la ley de Procedimiento Administrativo en sus diferentes versiones ha reconocido siempre como causa de nulidad de pleno derecho la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. El origen de este motivo de nulidad -junto con el supuesto de incompetencia manifiesta- es proteger al administrado frente a la vía de hecho administrativa<sup>936</sup> que supone la actuación administrativa prescindiendo totalmente del procedimiento previsto por la norma.

Por todo lo anterior, independientemente de la pérdida de fuerza que a lo largo de los años ha sufrido el vicio de forma, no se puede obviar la importancia de la forma como garantía del derecho sustantivo y del buen hacer de la Administración. Por ello, siempre ha subsistido un motivo formal de nulidad de pleno derecho en nuestra legislación administrativa pues, si es importante reducir los formalismos a sus justos términos<sup>937</sup>, es igualmente importante reconocer el valor del procedimiento como garantía en la relación desigual que se da entre la Administración Pública y el administrado<sup>938</sup>.

---

<sup>936</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 369.

<sup>937</sup> Cfr. MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la... op. cit.* p. 31.

<sup>938</sup> *Íbidem*, p. 35.

Trataremos en este momento de determinar el alcance de este vicio de nulidad teniendo en cuenta precisamente la instrumentalidad del procedimiento administrativo que ha de valorarse teniendo en cuenta el resultado material producido.

Consideramos que el desafío que plantea esta causa de nulidad es la de tratar de encontrar un equilibrio entre el respeto al procedimiento administrativo -garantía de los derechos de los administrados y de la corrección de la actuación administrativa-, y la merma a la economía procesal y a la seguridad jurídica que supone declarar nulo un acto materialmente válido por un vicio formal<sup>939</sup>.

Debemos diferenciar, primeramente, el vicio de forma que provocará la anulabilidad del previsto en el artículo 47.1.e) LPACAP que produce la nulidad de pleno derecho. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de esta causa de nulidad en los términos que siguen:

*“La causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 (y antes en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) viene siendo interpretada restrictivamente por el Consejo de Estado y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de modo que, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto con fundamento en dicha causa, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves: es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido una anomalía esencial en la tramitación. Es decir, la ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales*

---

<sup>939</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 221.

*ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final*<sup>940</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo considera que la diferencia entre ambos vicios formales invalidantes se encuentra en “*la esencialidad del trámite o trámites omitidos en la elaboración del acto administrativo que se impugne*”<sup>941</sup>. Concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado al legislador en su expresión “*prescindiendo total y absoluta de procedimiento*” pues su literalidad nos puede llevar a equívoco<sup>942</sup>. Así, el Alto Tribunal considera que para apreciar este motivo de nulidad deben concurrir, cumulativamente, dos requisitos:

- En primer lugar, que la omisión del procedimiento legalmente establecido debe ser clara, manifiesta y ostensible<sup>943</sup>. Si venimos criticando la ostensibilidad como adjetivo predicable de la nulidad de pleno derecho, la crítica cobra aún más sentido en el ámbito procedimental pues la flagrancia difícilmente puede ser identificable desde la perspectiva del particular afectado que no tiene la obligación de conocer el procedimiento administrativo<sup>944</sup>.
- Y, en segundo lugar, debe tratarse de una irregularidad procedimental de gravedad<sup>945</sup> extrema<sup>946</sup>. En el caso concreto del vicio procedimental, esta gravedad extrema se traduce, o bien en una irregularidad que afecte a la legalidad material del acto administrativo, o bien, a una merma de los

---

<sup>940</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1920/2000, de 20 de julio.

<sup>941</sup> STS de 21 de octubre de 2008, FD 4, (rec. 109/2006).

<sup>942</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 369, quien considera que la expresión tiene un valor esencialmente metafórico.

<sup>943</sup> Entre otras, vid. STS de 3 de mayo de 2016, FD 4, (rec. 983/2014) o STS de 13 de junio de 2011, FD 3, (rec. 181/2007).

<sup>944</sup> Pese a su tesis en defensa de la teoría de la evidencia en los vicios de nulidad de pleno derecho, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 226, considera que la irregularidad ha de ser ostensible o evidente, pero admite la dificultad de identificar la evidencia de la infracción por el administrado ya que exige un conocimiento mínimo del procedimiento administrativo.

<sup>945</sup> Cfr. RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), “Comentario al artículo...” *op. cit.* p. 433.

<sup>946</sup> Vid. STS de 3 de diciembre de 2008, FD 6, (rec. 219/2004) o STS de 5 de mayo de 2008, FD 2, (rec. 9900/2003).

derechos y garantías procedimentales que ostentan los administrados<sup>947</sup>. Dicho de otro modo, resulta necesario tener en cuenta, en cada caso, las consecuencias producidas por tal conculcación a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado, y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido<sup>948</sup>.

La jurisprudencia es, en definitiva, unánime al concluir que concurre gravedad extrema, y por lo tanto nulidad de pleno derecho, en relación a la ausencia total y absoluta de procedimiento en tres ocasiones; la primera, cuando exista efectivamente una ausencia total y absoluta de procedimiento; la segunda, cuando se haya seguido un procedimiento totalmente diferente al legalmente establecido para un caso concreto; y la tercera, cuando, sin prescindir total y absolutamente del procedimiento, se hayan omitido sus trámites esenciales o principales<sup>949</sup>.

A continuación, y partiendo de la triple clasificación que la jurisprudencia establece en relación con la nulidad por ausencia de procedimiento, trataremos de agotar la casuística y determinar el verdadero alcance de esta causa de nulidad, sin perder de vista la importancia del análisis singular de cada supuesto.

### **a) La omisión total y absoluta del procedimiento**

Es difícil encontrar en la práctica un supuesto que pueda identificarse con el tenor literal del artículo 47.1.e), es decir, con un acto administrativo que haya

---

<sup>947</sup> En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 372, considera que la infracción procedimental debe traducirse en la infracción de “normas procedimentales de orden público”.

<sup>948</sup> Dictamen del Consejo de Estado 290/2019, de 18 de julio.

<sup>949</sup> STS de 20 de julio de 2005, FD 4, (rec. 8504/1999) o STS de 29 de julio de 2014, FD 6, (rec. 512/2013). “Debe recordarse que la nulidad prevista en ese artículo 62.1. e) -hoy, 47.1.e)- no la provoca cualquier irregularidad procedimental sino sólo aquellas de gravedad extrema, constituidas por la ausencia absoluta y total de procedimiento, por haberse seguido uno totalmente diferente o por haberse omitido sus principales trámites”.

sido dictado “de plano”<sup>950</sup> o, lo que es lo mismo, sin seguir ni uno solo de los trámites formales previstos<sup>951</sup>. Se han equiparado a la omisión absoluta de procedimiento, por ejemplo, en el ámbito tributario, los procedimientos seguidos bajo error en la determinación del interesado –“*in personam*”-<sup>952</sup>.

Sin embargo, más allá de estas hipótesis claramente infrecuentes en la práctica, sí tiene más importancia analizar al hilo de la ausencia total y absoluta de procedimiento el acto dictado en virtud de vía de hecho o la resolución de un procedimiento caducado.

### **i) Análisis de la vía de hecho en el marco de la ausencia de procedimiento**

La vía de hecho constituye, sin duda, una de las categorías jurídico-administrativas más discutibles y discutidas en cuanto a su alcance y significado. Con origen en el derecho administrativo francés<sup>953</sup>, la *voie de fait* se configura como una garantía excepcional para la esfera de derechos de los administrados frente a las acciones más burdas o groseras de la Administración<sup>954</sup>. Hasta tal punto se presenta como una garantía excepcional, que las actuaciones administrativas constitutivas de vía de hecho pueden ser fiscalizadas, no solo por la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también por la jurisdicción

---

<sup>950</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la... op. cit.* p. 1206, considera que se da un acto dictado de plano cuando se prescinde de todo trámite o cuando se produce sin instrucción previa de procedimiento alguno.

<sup>951</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 368, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* p. 243.

<sup>952</sup> STS 5005/2008, de 5 de mayo, (FD 7). Concretamente, se trató de un procedimiento tributario seguido ante quien no era el representante del obligado tributario.

<sup>953</sup> Sobre la vía de hecho en el derecho administrativo francés, desde su nacimiento hasta su situación actual, véase BURLADA ECHEVESTE, J. L., (2018), *La vía de hecho en el derecho administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait*, Bosch, Barcelona, *in totum*.

<sup>954</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, p. 25.

civil<sup>955</sup>. Nos encontramos ante actuaciones de la Administración Pública que atentan contra los derechos de los particulares y no tienen cobertura normativa<sup>956</sup>.

Ahora bien, conviene en este momento acotar la expresión “actuación administrativa desprovista de cobertura legal” para poder determinar cuándo estamos ante una vía de hecho y cuándo no. El artículo 105 LPACAP establece que “*no se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido*”<sup>957</sup>. De este artículo se deduce, en principio, que la vía de hecho se refiere a actuaciones administrativas realizadas con carencia de competencia o de procedimiento, es decir, que pertenece al ámbito de los defectos formales y no al contenido material de los actos<sup>958</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo, aludiendo al origen francés de la categoría de la vía de hecho, considera que ésta existe cuando la Administración usa “*un poder del que legalmente carece (manque de droit) o cuando lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese*

---

<sup>955</sup> En principio, sólo podría plantearse un interdicto posesorio contra una actuación de la Administración Pública ante la jurisdicción civil, pero la LJCA incluye como novedad la posibilidad de que el interesado impugne una actuación administrativa constitutiva de vía de hecho mediante recurso contencioso-administrativo. Así, el artículo 30 LJCA establece que “en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo II*, Ed. 16ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 297 y 298.

Sobre la necesidad de que fuera el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el idóneo para controlar la actuación administrativa, y no los tribunales ordinarios, vid. GONZÁLEZ-VARAS, S., (1994), *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Salamanca, p. 123.

<sup>956</sup> Cfr. BURLADA ECHEVESTE, J. L., (2018), *La vía de hecho... op. cit.* p. 19.

<sup>957</sup> En el mismo sentido, relacionando la vía de hecho con infracciones en el ámbito del procedimiento y de la competencia, el artículo 51.3 LJCA determina que “cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido”.

<sup>958</sup> Según LÓPEZ MENUDO, F., (2018), *Obra escogida*, Tomo I, Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 539 “es vía de hecho la actuación material carente de los necesarios soportes jurídico-formales, es decir, carente de los requisitos -competencia y procedimiento- que indefectiblemente han de concurrir para que la actuación material pueda ser reputada legítima”.

*poder o potestad (manque de procédure)*". E incluye en la vía de hecho "tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se produce sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo"<sup>959</sup>.

Se sitúa, por tanto, la vía de hecho en la frontera de lo administrativo<sup>960</sup>: por un lado, son actuaciones que emanan de las Administraciones Públicas por lo que se presume su ejecutividad y ejecutoriedad, pero, por otro lado, son actuaciones de carácter material pues están totalmente desprovistas de cobertura legal y afectan a derechos -fundamentalmente el de propiedad- de los particulares.

No genera discusión que la vía de hecho se produce por actuaciones materiales de la Administración llevadas a cabo con defectos en el ámbito de la competencia o del procedimiento. Conviene dejar claro en este punto que basta con la concurrencia de uno de los requisitos -vicio de incompetencia o vicio de procedimiento- para que pueda constituirse una vía de hecho, no siendo necesaria la acumulación de ambos<sup>961</sup>.

Ahora bien, tampoco es discutible que no todo vicio de competencia o de procedimiento sea equivalente a la vía de hecho. Es por ello que, ante el silencio

---

<sup>959</sup> STS de 9 de octubre de 2007, FD 1, (rec. 8238/2004), STS de 2 de octubre de 2017, FD 2, (rec. 193/2015), o STS de 22 de mayo de 2019, FD 2, (rec. 523/2016), entre otras.

En parecidos términos, GONZÁLEZ-VARAS, S., (1994), *La vía de... op. cit.* p. 23, entiende que, además de la ausencia de competencia o procedimiento, también hay vía de hecho "cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, al no haberse dictado o al haber dejado de existir (por haberse anulado o revocado); o igualmente, si el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora, o, si, existiendo acto, la ejecución material no guarda conexión con un supuesto de hecho o es desproporcionada con los fines que se propone".

<sup>960</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho... op. cit.* p. 25.

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 127. El profesor considera que ya nadie discute que tanto la "manque de Droit" -incompetencia- como la "manque de procédure" -ausencia de procedimiento- dan lugar a la vía de hecho por separado, sin que sea exigible la concurrencia de ambos vicios. Sin embargo, reconoce la relación entre ambos recalando que el vicio originario que da lugar en Francia a la figura de la vía de hecho reconocida mediante el recurso por exceso de poder es el vicio de incompetencia. El vicio de incompetencia y el vicio de procedimiento no son, normalmente, compartimentos estancos, sino que el vicio procedimental se "configura como una subespecie" del vicio de incompetencia.

del legislador<sup>962</sup> en este punto, debemos analizar qué intensidad o gravedad debe concurrir en el defecto competencial o procedimental para que pueda calificarse como vía de hecho.

Si la vía de hecho representa la frontera de lo administrativo y puede ser incluso apreciable por un juez civil, parece razonable entender que el vicio de incompetencia o de procedimiento debe revestir un carácter especialmente grave y manifiesto. En efecto, la vía de hecho nació en el derecho administrativo francés como garantía para evitar que la Administración usurpase funciones no administrativas<sup>963</sup>, situación que coincide plenamente con el vicio de incompetencia más grave ya analizado que conlleva la nulidad de pleno derecho del acto administrativo.

En relación con el vicio procedimental, y siguiendo el mismo razonamiento, es evidente que debe concurrir una gravedad cualificada para estar en el ámbito de la vía de hecho. En otras palabras, toda actuación material administrativa llevada a cabo con ausencia total y absoluta de procedimiento equivale a ésta<sup>964</sup>. Ahora bien, debemos analizar en este momento si sólo la ausencia total y absoluta de procedimiento la provoca o si pueden incluirse otros supuestos.

Si en el vicio de incompetencia no encontramos ninguna norma que nos ayude a graduarlo para identificar este tipo de actuaciones administrativas, la Ley de Expropiación Forzosa sí recoge los trámites procedimentales cuya omisión convierte la actuación administrativa en vía de hecho<sup>965</sup>. Así, su artículo 125 establece que “*siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y*

---

<sup>962</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (2018), *Obra escogida... op. cit.* p. 543, determina que el artículo 53.1 LJCA y 105 LPACAP antes citados identifican las causas constitutivas de vía de hecho -vicio de competencia y vicio de procedimiento- pero tienen el gran defecto de no precisar el “nivel de gravedad de la infracción”.

<sup>963</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho... op. cit.* p. 151.

<sup>964</sup> *Íbidem*, p. 152. Reconociendo la vía en de hecho en las situaciones en que la Administración actúa “sin procedimiento alguno”, el profesor pone de manifiesto que esta afirmación, por evidente, no aporta demasiado en el necesario afinamiento del vicio procedimental constitutivo de vía de hecho.

<sup>965</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 369 y LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho... op. cit.* p. 155.

*previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida*<sup>966</sup>.

La omisión de cualquiera de los tres trámites previstos en el citado artículo 125, además de colocar al administrado en una situación absoluta de indefensión, difumina la existencia del procedimiento expropiatorio hasta el punto de que la ausencia de uno de estos trámites equivale a la vía de hecho<sup>967</sup>, es decir, a la ausencia total y absoluta de procedimiento<sup>968</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que constituye vía de hecho por causas procedimentales, no sólo la actuación administrativa carente de procedimiento, sino también la de cualquier vicio procedimental especialmente grave que desnaturalice el procedimiento mismo haciéndolo inidentificable<sup>969</sup> y equivalente a la ausencia total y absoluta del mismo<sup>970</sup>. Al igual que ocurre con el vicio de

---

<sup>966</sup> Sobre este particular, cfr. ESCUIN PALOP, V., (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. 3ª, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 948 y ss. o TOLIVAR ALAS, L., (2003), “Artículo 125. La vía de hecho” en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (dir. SOSA WAGNER, F.), 2ª Ed. 2ª, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pp. 481 a 484.

<sup>967</sup> Cfr. TOLIVAR ALAS, L., (2003), “Artículo 125...” *op. cit.* p. 483.

<sup>968</sup> En relación con la declaración de utilidad pública, es considerada indispensable e inexcusable para una válida expropiación hasta el punto de que si no existe o es inválida, todo el procedimiento expropiatorio será nulo de pleno derecho. Vid. STS de 14 de febrero de 2006, FD 6, (rec. 6469/2002), STS de 16 de marzo de 2005, FD 5, (rec 2918/2001).

Asimismo, será nula de pleno derecho la expropiación forzosa realizada sin la declaración de necesidad de ocupación. Pero la jurisprudencia va más allá, pues considera también nula de pleno derecho la expropiación llevada a cabo sin trámite de información pública previo a la declaración de necesidad de ocupación. Incluso no sólo cuando no se dé el trámite, sino cuando se dé sin relación de bienes y personas afectadas, sobre proyectos inconcretos o se dé con la mera posibilidad de subsanar errores. Más aún, se considera nula de pleno derecho por infracción del trámite esencial de la declaración de necesidad de ocupación cuando ésta existe, pero no se notifica personalmente al interesado. Vid. STS de 26 de junio de 2018, FD 1, (rec. 1182/2017).

Idéntica consecuencia jurídica merece -nulidad de pleno derecho- la inobservancia del trámite esencial del previo pago o depósito del justiprecio o, incluso, la inexistencia de la consignación presupuestaria para el previsible pago del justiprecio. Vid. STS de 15 de febrero de 2012, (FD 2, (rec. 6410/2008).

<sup>969</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho...* *op. cit.* p. 170.

<sup>970</sup> En este sentido también, el Tribunal Supremo entiende que “la vía de hecho ha de vincularse a la ausencia total y absoluta de procedimiento, sin que sea asimilable a la ausencia de algún

incompetencia, el vicio procedimental calificable como vía de hecho coincide con los supuestos encuadrables en la nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) LPACAP<sup>971</sup>.

Sin embargo, pese a la asimilación entre los supuestos que dan lugar a una vía de hecho y los que dan lugar a actos nulos de pleno derecho por razón de incompetencia o de procedimiento, ambas categorías no son plenamente intercambiables. Podríamos decir que toda actuación administrativa constitutiva de una vía de hecho es nula de pleno derecho<sup>972</sup>, pero todo no acto nulo por incompetencia o procedimiento es equivalente a una vía de hecho. La diferencia radica en que la vía de hecho necesita, en todo caso, una actuación material - generalmente una invasión posesoria- por parte de la Administración<sup>973</sup>, mientras que el acto nulo de pleno derecho no tiene necesariamente que traducirse en una actuación material<sup>974</sup>.

---

trámite que debe reconducirse al procedimiento ordinario de impugnación del concreto acto". Vid. STS de 3 de octubre de 2016, FD 1, (rec. 1329/2015). Sin embargo, acogiéndose a una interpretación reduccionista de la vía de hecho, si bien reconoce el Alto Tribunal que la vía de hecho no es equiparable a la ausencia de cualquier trámite procedimental, sí reconoce que "se ha llegado a equiparar la vía de hecho con la omisión, no ya de todo el procedimiento, sino de alguno de los trámites esenciales del mismo", vid. STS de 4 de marzo de 2016, FD 3, (rec. 116/2013).

<sup>971</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 414, quien considera que "la nulidad es, precisamente, el campo típico de actuación del interdicto" y LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho... op. cit.* p. 169, GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación... op. cit.* p. 265.

<sup>972</sup> Vid. STS de 29 de octubre de 2010, FD 3, (rec. 1052/2008): "En definitiva la vía de hecho se configura como una actuación material de la Administración, desprovista de la cobertura del acto legitimador o con tan graves vicios o defectos que supongan su nulidad radical o de pleno derecho".

<sup>973</sup> Precisamente lo que se persigue con la declaración de una actuación administrativa como vía de hecho por parte de los tribunales es el cese inmediato de la actuación administrativa perturbadora de los derechos de los particulares. Así, la STS de 7 de febrero de 2007, FD 2, (rec. 9727/2003), considera que "la finalidad de la vía de hecho articulada en la nueva Ley de la Jurisdicción responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración".

<sup>974</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (2018), *Obra escogida... op. cit.* p. 544, considera que "hay que excluir del concepto de vía de hecho la decisión administrativa que, aunque en sí misma constituya un atentado al ordenamiento jurídico, incurriendo en vicios graves de incompetencia o procedimiento, no se traduzca en una actuación material".

En definitiva, en términos de invalidez, la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho equivale a la categoría de la nulidad de pleno derecho<sup>975</sup> y encajaría en el supuesto que ahora analizamos contemplado en el artículo 47.1.e) o en el artículo 47.1.b) LPACAP si estamos ante un vicio de incompetencia.

Por influencia del derecho administrativo francés ha sido planteada, con poco predicamento en España, la equiparación de la vía de hecho a la teoría de la inexistencia de los actos administrativos<sup>976</sup>. Nos remitimos en este momento al Capítulo I donde tratamos de aclarar la escasísima utilidad que la categoría de la inexistencia tiene en el ordenamiento jurídico-administrativo español dentro de la teoría de la invalidez de los actos administrativos. Baste decir en este momento que, si el acto administrativo es inexistente, no tiene sentido acudir a la vía judicial para declarar la invalidez de lo que no existe -inexistencia material-. Y si, por el contrario, existe un acto administrativo gravemente viciado -inexistencia jurídica- en nada se diferencia la categoría de la inexistencia de la nulidad de pleno derecho. Es por ello *“que la identificación vía de hecho-nulidad absoluta supone una relativa ganancia de seguridad jurídica respecto a la teoría de la inexistencia”*<sup>977</sup>.

## **ii) La influencia de la caducidad del procedimiento en la validez de su resolución**

Al margen de los supuestos ya analizados y como ya anunciamos al hilo del análisis de la causa de nulidad de la incompetencia manifiesta, podemos

---

<sup>975</sup> Cfr. GONZÁLEZ-VARAS, S., (1994), *La vía de... op. cit.* pp. 24 y 25 o SAINZ MORENO, F., “Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo” en *RAP*, nº 123, 1990, p. 321.

<sup>976</sup> Cfr. VEDEL, G., (1980), *Derecho Administrativo*, Ed. 6ª, Aguilar, Madrid, p. 85, quien considera que el abuso de poder que exige la vía de hecho es tal, que hace que desaparezca la posibilidad de plantearnos que estamos ante un acto administrativo. En el mismo sentido, MEURISSE, R., “Teoría de la vía de hecho administrativa”, en *Revista de Derecho Privado*, 1950, p. 579.

<sup>977</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho... op. cit.* p. 125.

encontrar una hipótesis que, tras una larga evolución jurisprudencial, se identifica plenamente con la ausencia absoluta de procedimiento y se califica de acto nulo de pleno derecho: el acto administrativo con efectos desfavorables dictado tras la caducidad del procedimiento iniciado de oficio<sup>978</sup>.

Respecto del instituto jurídico de la caducidad en derecho administrativo, podemos definirla como una forma de extinción del procedimiento administrativo que se fundamenta en un desinterés del administrado o de la Administración en que se “*mide por el dato objetivo de la falta de actuaciones en determinados plazos*”<sup>979</sup> legalmente previstos.

Antes de analizar su relación con la nulidad de pleno derecho, debemos traer a colación tres artículos de la LPACA donde se hace referencia a la caducidad:

- La primera se contiene en el artículo 84.1 LPACAP, que establece que “*la declaración de caducidad*” pondrá fin al procedimiento administrativo.
- La segunda, relacionada con su ámbito de aplicación, se contiene en el artículo 25.1. b) LPACAP y determina que:

*“En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:*

*a) En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que*

---

<sup>978</sup> Efectivamente, en los procedimientos iniciados a instancia de parte, la inactividad por parte del particular obligará a la Administración a advertirle del plazo de tres meses que el interesado tiene para reanudar la tramitación. Si pasados esos tres meses el interesado no actúa, el procedimiento caducará y la Administración archivará las actuaciones notificándole al interesado ex artículo 95.1 LPACAP.

<sup>979</sup> Cfr. CABALLERO SÁNCHEZ, R., (1999), *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, p. 169. Además, sobre el concepto de la caducidad en el procedimiento administrativo, vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 857 o RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., (1993), *La caducidad en el derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid, p. 25.

*hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.*

*b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.*

De este precepto deducimos que la caducidad finalizará sin más los procedimientos capaces de producir efectos desfavorables o de gravamen, pero no los que puedan constituir derechos o situaciones favorables a los interesados.

Consecuencia de lo anterior es que la declaración de caducidad en los procedimientos sancionadores o desfavorables tiene exclusivamente efectos declarativos, pues la caducidad se produce automáticamente cuando transcurra el tiempo legalmente previsto<sup>980</sup>. Por lo tanto, como afirma también la jurisprudencia, la caducidad se produce aunque no se declare, y ello conlleva el fin del procedimiento<sup>981</sup>. En definitiva, nos encontramos ante la caducidad-perención<sup>982</sup> que finaliza el procedimiento y su declaración posterior por parte de la Administración sólo ratifica una situación jurídica preexistente - el fin del procedimiento-.

Debemos matizar en este momento que la declaración de caducidad a la que se refiere el artículo 84.1 LPACAP finalizará el procedimiento sólo en los procedimientos iniciados a instancia de parte, pues en los

---

<sup>980</sup> Cfr. SANZ RUBIALES, I., (2018), “Caducidad procedimental y nulidad de pleno derecho de sanciones extemporáneas”, en *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. I (dir. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.), Aranzadi, Cizur Menor, p. 753, CABALLERO SÁNCHEZ, R., (1999), *Prescripción y caducidad... op. cit.* p. 183.

<sup>981</sup> STS de 18 de enero de 2017, FD 4, (rec. 515/2013) o STS de 2 de marzo de 2016, AH 3, (rec. 3643/2014), “la caducidad del procedimiento se produce “ex lege”.

<sup>982</sup> Así lo calificó, sustituyendo el término caducidad por el de perención GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español... op. cit.* p. 857.

procedimientos sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables opera automáticamente cuando se cumpla el plazo máximo legalmente previsto. Por ello, en los procedimientos iniciados a instancia de parte la declaración de caducidad tiene carácter constitutivo pues mientras no se dicte, el procedimiento sigue abierto.

- Por último, el artículo 95.3 LPACAP afirma que *“la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de acciones”*, y que *“en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”*.

Por un lado, el legislador habla de la iniciación de un nuevo procedimiento, dando a entender que en ningún caso se da una continuación del procedimiento caducado sino el comienzo de uno nuevo. Y, por otro lado, encontramos una manifestación del principio de conservación ya que del procedimiento finalizado por caducidad pueden salvarse determinados trámites.

Pues bien, con este panorama, parece que podemos afirmar que la resolución de un procedimiento sancionador o capaz de producir efectos desfavorables una vez transcurrido el plazo de caducidad equivale a un acto dictado con omisión total de procedimiento. Sin embargo, esta no ha sido siempre la opinión del Tribunal Supremo influenciado, tal vez, por la idea general del artículo 48.3 LPACAP que establece que *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*.

En efecto, en el ámbito administrativo sancionador, el Tribunal Supremo venía considerando que la consecuencia de la resolución sancionadora producida tras la caducidad del procedimiento debería ser la de su anulabilidad puesto que las actuaciones de un procedimiento caducado deberían haber sido archivadas y los

plazos en un procedimiento sancionador son esenciales y, por ello, encuadrables en el supuesto de la anulabilidad<sup>983</sup>. No se planteaba, en este momento, la vinculación entre la caducidad y la nulidad de pleno derecho por el principio general que determina que la nulidad de pleno derecho tiene carácter excepcional.

Ahora bien, si la caducidad se produce automáticamente *-ope legis-* y su consecuencia inmediata es la terminación del procedimiento administrativo, nada impide concluir que la resolución sancionadora emanada con base en un procedimiento caducado es un acto administrativo dictado sin procedimiento<sup>984</sup> y, en consecuencia, nulo de pleno derecho *ex artículo 47.1.e) LPACAP*<sup>985</sup>.

Así, el Tribunal Supremo, ha reconocido, en primer lugar, que un procedimiento caducado es inexistente<sup>986</sup>. Y, en segundo lugar, y dentro del ámbito de los procedimientos sancionadores o capaces de producir efectos desfavorables, que la resolución dictada en un momento posterior a la caducidad del procedimiento es una resolución dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y, por lo tanto, nula de pleno derecho *ex artículo 47.1.e) LPACAP*<sup>987</sup>.

---

<sup>983</sup> STS de 28 de junio de 2004, FFDD 1, 3 y 4, (rec. 791/2001).

<sup>984</sup> De forma inapelable, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)”, en *RAP*, nº 168, 2005, p. 44, “caducidad y posibilidad de dictar una resolución tardía son términos lógicamente inconciliables, por cuanto el fin institucional de la primera es, justamente, evitar que la segunda se produzca; de tal modo que aceptar la validez de la resolución tardía de fondo supone convertir a la caducidad en una simple burla”.

<sup>985</sup> Se ha planteado la posibilidad de que también pueda producirse la nulidad en este sentido por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, concretamente, por un procedimiento sancionador con dilaciones indebidas (*ex artículo 47.1.a)*, sin embargo, acertadamente a nuestro juicio, se afirma que la caducidad no comulga con este derecho fundamental puesto que permite que se abra un nuevo procedimiento con el mismo objeto que el caducado, lo que implicará más tiempo para el interesado. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., (2007), *El procedimiento administrativo... op. cit.* 73 o SANZ RUBIALES, I., (2018), “Caducidad procedimental y...” *op. cit.* p. 750.

<sup>986</sup> Vid, STS de 10 de enero de 2017, FD 5, (rec. 1943/2016), STS de 19 de marzo de 2018, FD 2, (rec. 2054/2017), STS de 19 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 2412/2015).

<sup>987</sup> En el ámbito disciplinario, la STS de 24 de septiembre de 2008, FD 2, (rec. 4455/2004) y la STS de 21 de febrero de 2011, FD 4, (rec. 4736/2008) disponen que “la resolución sancionadora dictada después de que el procedimiento disciplinario haya caducado lo ha sido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, siendo nula de pleno derecho a

## **b) El sometimiento a un procedimiento distinto al legalmente establecido**

Otra de las situaciones equiparables a la omisión total y absoluta del procedimiento administrativo establecido se produce cuando se sigue un procedimiento totalmente diferente al debido. Por ello, la expresión del legislador cuando alude al “*procedimiento legalmente establecido*” no es caprichosa, sino que exige a la Administración Pública utilizar, no un procedimiento administrativo cualquiera, sino el legalmente previsto para un determinado ámbito de actuación so pena de nulidad de pleno derecho<sup>988</sup>. Además, debe ser un procedimiento previsto en la normativa vigente en cada momento, pues las resoluciones administrativas dictadas en el seno de procedimientos derogados equivalen a resoluciones dictadas mediante un procedimiento distinto al legalmente establecido, *ergo* incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho” del artículo 47.1.e) LPACAP<sup>989</sup>.

Trataremos, en este momento, de estudiar si utilizar un procedimiento distinto al legalmente establecido conlleva automáticamente la nulidad de pleno derecho de su resolución o si, por el contrario, podría defenderse su validez en determinadas circunstancias. Esta hipótesis de nulidad tiene, normalmente, su causa en un defecto en la calificación previa que realiza la Administración Pública

---

tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) -hoy, 47.1.e-)”. El mismo razonamiento se emplea en el ámbito del reintegro de subvenciones, véanse, SAN de 29 de abril de 2009, FD 4, (rec. 162/2008) o SAN de 10 de diciembre de 2008, FD 2, (rec. 257/2007).

<sup>988</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 371. Por su parte, VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de... op. cit.* pp. 456 y 457, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), “Las causas de...” *op. cit.* p. 276, consideran además que la sustitución por el legislador en la ley 30/1992 - que se mantiene hasta hoy- de la expresión del artículo 47 de la ley de procedimiento de 1958 “procedimiento legalmente establecido para ello” por “procedimiento legalmente establecido”, no supone que no siga sancionándose con nulidad de pleno derecho usar un procedimiento diferente al legalmente previsto para cada caso concreto.

Por su parte, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 171 y 172, dentro del ámbito contractual público, considera aplicable esta causa de nulidad cuando se acuda al procedimiento negociado o al restringido con incumplimiento de las condiciones legales o, si se acude a tramitaciones urgentes o de emergencia cuando no proceda.

<sup>989</sup> STS de 9 de octubre de 2019, FD 2, (rec. 5001/2018).

de un determinado asunto y que desvía su actuación por un procedimiento diferente al realmente aplicable<sup>990</sup>.

En primer lugar, se aplicará la nulidad de pleno derecho por este motivo cuando, debiendo utilizar un procedimiento administrativo, la Administración utilice un procedimiento de otra naturaleza. Aunque no es un supuesto muy frecuente, así ocurrió cuando una Cámara de Comercio utilizó un procedimiento laboral ordinario para el cese de sus trabajadores como si se tratase de una empresa privada en vez del exigido legalmente que tiene naturaleza administrativa<sup>991</sup>.

Pocas dudas ofrece el uso de un procedimiento no administrativo cuando la ley exige un procedimiento administrativo. Sin embargo, no es tan automática la solución cuando se utiliza un procedimiento diferente al legalmente establecido, pero se trata de un procedimiento administrativo. En este supuesto distinguiremos dos posibilidades:

- En primer lugar, cuando la norma exige el seguimiento de un procedimiento administrativo formalizado. Estamos ante un procedimiento administrativo formalizado o preestablecido cuando *“el orden ritual prescrito en la norma se impone al instructor del procedimiento que ve de esta manera como imperativamente se le marca el cauce que ha de seguir para el ejercicio de las potestades de que está dotada la Administración. Y esto no por puro capricho, sino porque en esos casos se ha considerado necesario acentuar el rigor de la forma afirmando junto a la idea de eficacia la de garantía”*<sup>992</sup>. El procedimiento formalizado por antonomasia

---

<sup>990</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de... op. cit.* pp. 243 y 244.

<sup>991</sup> STS de 21 de octubre de 2008, FD 4, (rec. 109/2006). El Tribunal Supremo consideró que la “nulidad de pleno derecho, debemos considerarla plenamente invocable, toda vez que es eso exactamente lo que ha sucedido, es decir, que se ha utilizado un procedimiento laboral ordinario, precisamente porque la Cámara ha actuado como si no se tratase de una Administración pretendió rescindir la relación laboral de los actores, como si se tratase de una empresa privada”. En el mismo sentido, ya dejó entrever esta posibilidad la STS de 3 de diciembre de 2004, FD 7, (rec. 5758/2000).

<sup>992</sup> Como definió el magistrado y profesor GONZÁLEZ NAVARRO, F., ponente en STS de 12 de febrero de 1986, FD 2, (ES:TS:1986:13724).

es el procedimiento administrativo sancionador, pero también son formalizados los procedimientos restrictivos de derechos como, por ejemplo, el procedimiento expropiatorio.

El legislador prevé un *íter* procedimental determinado precisamente para garantizar los derechos de los administrados y, en consecuencia, no seguir el procedimiento establecido para el ejercicio de una determinada potestad administrativa implicaría una disminución de esas garantías. Siempre que se constate esa disminución de garantías por seguir un procedimiento diferente al legalmente previsto debería aplicarse la nulidad de pleno derecho al resultado final del mismo<sup>993</sup>.

Sin embargo, aún tratándose de un procedimiento formalizado previsto por la norma para un supuesto concreto, podríamos no estar ante un supuesto de nulidad de pleno derecho cuando se sigue un procedimiento distinto, pero en el que se respetan igualmente todas las garantías del administrado si el resultado material es correcto<sup>994</sup>. No podemos olvidar que el objetivo del procedimiento es garantizar los derechos y la legalidad material de la actuación administrativa.

- En segundo lugar, si estamos ante un procedimiento administrativo no formalizado, es decir, aquel *“cuya regulación permite, en cada caso, elegir al instructor, de entre los tiempos y trámites genéricamente predeterminados, aquellos que mejor puedan lograr el fin público*

---

<sup>993</sup> STS de 31 de enero de 1994, FD 2, (rec. 1351/1991) prevé la nulidad de pleno derecho por el motivo que analizamos cuando se dicta un acto que priva de efectos a uno anterior sin seguir el procedimiento de revisión de oficio cuando se dan las circunstancias legalmente exigibles, sin que pueda aludirse al procedimiento de rectificación de errores con procedimiento sustitutivo de la revisión de oficio. En el ámbito de la contratación pública, entre otras, la STS de 25 de octubre de 1999, FD 3, (rec. 3951/1995) se declara la nulidad de los contratos celebrados por el procedimiento de emergencia -contratación directa- sin cumplir las condiciones requeridas para este procedimiento simplificado de contratación.

<sup>994</sup> En el ámbito tributario la jurisprudencia es unánime en este sentido y no considera aplicable la nulidad de pleno derecho en “un supuesto en el que se sigue un procedimiento distinto al previsto en la normativa aplicable, pero en el que se han cumplido los trámites esenciales que evitan que se cause indefensión”. STS de 8 de junio de 2017, FD 7, (rec. 3237/2015), STS de 13 de julio de 2017, FD 5, (rec. 3010/2015). Consideramos que esta premisa es igualmente aplicable a los procedimientos administrativos no tributarios.

*perseguido, atendiendo a los criterios de simplicidad, eficacia y garantía de los ciudadanos*<sup>995</sup>.

De lo que se trata en este tipo de procedimientos, inspirados en el antiformalismo, es de dotar a la Administración de un amplio margen de discrecionalidad para satisfacer los intereses de los administrados incluyendo en el procedimiento los trámites que consideren oportunos. Tiene, en principio, poca operatividad en este caso la causa de nulidad de pleno derecho por ausencia de procedimiento salvo que la resolución se haya dictado “de plano”. Para evitar esta circunstancia, consideramos que, pese a la discrecionalidad de la Administración en este tipo de procedimientos, al menos debe darse al interesado la posibilidad de alegar cuanto considere oportuno. Es decir, la resolución de un procedimiento no formalizado deberá cumplir la estructura mínima del procedimiento administrativo y respetar sus principios básicos<sup>996</sup>. Dar la posibilidad de conocer e intervenir al interesado en el procedimiento y no utilizar un procedimiento no formalizado cuando la ley exige uno formalizado parecen las dos claves para que la resolución sea válida en cuanto a la forma. De lo contrario, consideramos que la anulabilidad sería el grado de invalidez aplicable, difícilmente la nulidad de pleno derecho ya que el legislador, para todas las situaciones restrictivas de derechos o sancionadoras, prevé procedimientos formalizados.

---

<sup>995</sup> RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: Procedimiento administrativo no formalizado. También haciendo referencia a este tipo de procedimientos, vid. STS de 12 de febrero de 1986, FD 1, (ES:TS:1986:13724), cuyo Ponente fue GONZÁLEZ NAVARRO, F., se puso de manifiesto que “en el Ordenamiento español es posible distinguir (...) dos tipos de procedimiento administrativo: aquellos cuya tramitación viene preestablecida por el Derecho positivo (y que por eso se les ha podido llamar «procedimientos formalizados») y aquellos otros en que se deja en libertad al instructor para fijar la tramitación (que son la mayoría de los procedimientos que se emplean y que se les designa como «procedimientos no formalizados»)”.

<sup>996</sup> STSJ Madrid de 28 de diciembre de 2007, FD 3, (rec. 794/2004), ante un procedimiento no formalizado, entiende que “no incurre en nulidad de pleno derecho en cuanto responde en su estructura a los principios establecidos en la Ley para un procedimiento administrativo, incluyendo el trámite de audiencia y la oportunidad al interesado de alegar cuanto a su derecho conviniera siendo congruente el contenido del requerimiento con la resolución finalmente adoptada”.

Analizamos a continuación a los supuestos en los que el legislador no tiene previsto un procedimiento. En principio regirán las mismas normas que para el procedimiento no formalizado, es decir, la Administración debe respetar la estructura mínima del procedimiento administrativo. Ahora bien, si el procedimiento no previsto por el legislador es restrictivo de derechos sí debe la Administración aumentar las garantías para el administrado ofreciéndole la posibilidad de intervenir y alegar en él cuanto considere oportuno en defensa de su derecho. En los supuestos de restricción de derechos, la Administración deberá actuar, al menos, con las garantías exigidas para los procedimientos formalizados de este tipo<sup>997</sup>.

Por último, consideramos que constituyen una hipótesis encuadrable en la causa de nulidad que ahora estudiamos los supuestos en los que la Administración externaliza alguna fase del procedimiento administrativo – especialmente si se trata del sancionador- en sujetos privados sin capacidad para ejercitar potestades públicas, incluso cuando la resolución final sea emitida por un órgano administrativo competente. En efecto, habrá procedimiento pero diferente al legalmente previsto, existirá una manifiesta disminución de garantías para el administrado y, además, no puede entrar en juego el motivo de incompetencia manifiesta pues los actos de los sujetos privados, como hemos razonado *supra*, no tienen la condición de actos administrativos<sup>998</sup>.

---

<sup>997</sup> Parece que en esta línea se ha pronunciado el STS de 14 de octubre de 2013, (FD 3, (rec. 361/2012), cuando la Diputación Foral de Álava, basándose en la inmediatez exigida por la Comisión Europea para la ejecución de sus decisiones, ordenó la devolución de las ayudas de Estado recibidas por los administrados sin trámite procedimental alguno bajo el pretexto de que no existía procedimiento alguno previsto para ello. El Tribunal Supremo considera que existe nulidad de pleno derecho en las resoluciones administrativas “por haber sido adoptados de plano” sin procedimiento alguno previo pues ni siquiera se permitió hacer alegaciones a los interesados, exigiéndoles la devolución de las subvenciones sin más. Consideramos que esta solución es adoptada porque estamos ante un procedimiento no previsto que, además, es restrictivo de derechos. De lo contrario, estaríamos ante un supuesto de anulabilidad en todo caso subsanable.

<sup>998</sup> Traemos a colación la interesante STS de 14 de septiembre de 2020, FD 4, (rec. 5442/2019). El asunto analiza la validez de la encomienda de gestión efectuada por la Confederación Hidrográfica del Guadiana (Administración Pública) a la mercantil estatal TRAGSATEC, filial de la empresa pública TRAGSA, a fines de prestación de auxilio material y asistencia técnica en la tramitación de los expedientes sancionadores competencia del organismo de cuenca. El Tribunal Supremo admite que estamos ante un supuesto de actos nulos de pleno derecho pues toda la instrucción del procedimiento sancionador se ha llevado a cabo por “personal ajeno a la Administración”, limitándose la actuación de las autoridades públicas a la firma de la propuesta de resolución realizada por personal no funcionario. Parece que el Tribunal Supremo comparte

En definitiva, procederá la nulidad de pleno derecho cuando, debiendo seguir un procedimiento administrativo se sigue otro no administrativo -laboral, por ejemplo-. A mayor abundamiento, existirá la posibilidad también de declarar la nulidad de pleno derecho cuando, exigiendo el legislador un procedimiento formalizado, no se cumple ese *íter* procedimental y, en consecuencia, se produce una merma de garantías para el administrado. Por último, parecen encuadrables en esta causa de nulidad los supuestos de externalización de alguna fase del procedimiento administrativo en sujetos privados cuando ello se traduzca en situaciones de indefensión o merma de derechos para los administrados. En el resto de hipótesis, es decir, cuando no se utiliza el procedimiento formalizado exigido pero se utiliza uno igualmente garantista o cuando estamos ante supuestos no formalizados, lo máximo que podrá alegarse es la anulabilidad por vía de la indefensión que, como hemos visto, tiene poca operatividad salvo en supuestos muy flagrantes o cuando vaya aparejada a una ilegalidad material. Por último, en el caso de que el legislador no prevea un procedimiento para un supuesto concreto, sólo cabe la posibilidad de declarar la nulidad cuando estemos ante un procedimiento restrictivo de derechos y no se respeten las garantías mínimas de audiencia al interesado para que ejercite su derecho de defensa.

---

nuestra postura porque no declara la nulidad por incompetencia manifiesta al reconocer implícitamente que no podemos hablar de actos administrativos cuando éstos no provengan de la Administración Pública, sin embargo, tampoco explicita la causa de nulidad aplicable al caso. Descarta, equivocadamente a nuestro juicio, la opción de la nulidad de pleno derecho por el motivo de omisión total y absoluta de procedimiento porque entiende que el “procedimiento no se puede negar que ha existido”. No compartimos esta postura pues, si bien ha existido un procedimiento, éste ha sido diferente al legalmente previsto toda vez que no puede hablarse de procedimiento administrativo cuando éste no está dirigido por funcionarios públicos. Como veremos en el análisis de la siguiente causa de nulidad, la omisión total y absoluta de procedimiento se aplica también a supuestos en que se sigue un procedimiento diferente al legalmente previsto, fundamentalmente si es menos garantista, supuesto que concurre en el caso que analizamos.

### c) La omisión de un trámite esencial del procedimiento

Efectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la falta de algún trámite puede ser equiparable a la ausencia total y absoluta del procedimiento administrativo<sup>999</sup>, siempre y cuando el trámite omitido sea esencial. Será esencial el trámite que se prevea de forma “*imperativa e inexcusable*”<sup>1000</sup> o, dicho de otro modo, que constituya un “*valor singularizado*”<sup>1001</sup> en el procedimiento concreto cuya ausencia lo haga irreconocible, es decir, equivalga a su omisión total.

La dificultad en este punto estriba en la determinación de cuáles son esos trámites esenciales del procedimiento administrativo, cuestión compleja dada la necesidad de valorar la trascendencia del vicio procedimental en cada caso concreto. A la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, entendemos que son tres los trámites cuya omisión podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho: la falta de audiencia al interesado, la omisión del trámite de información pública y la omisión de informes preceptivos.

---

<sup>999</sup> En contra, cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 238, quien, con una interpretación literal de la norma, considera que sólo es nulo de pleno derecho el acto dictado con ausencia total y absoluta de procedimiento. Si la omisión es de un trámite esencial estaremos ante un supuesto de anulabilidad y si no tiene la condición de esencial estaremos ante una mera irregularidad no invalidante. En el mismo sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F. & GONZÁLEZ RIVAS, J. J., (1999), *Comentarios a la... op. cit.* p. 358.

<sup>1000</sup> STS de 22 de junio de 2004, FD 4, (rec. 2384/1999). En otros términos, la STS de 27 de noviembre de 2013, FD 6, (rec. 4123/2010), considera que la esencialidad del trámite equivale a la “trascendencia y sustantividad” del mismo dentro del procedimiento.

<sup>1001</sup> Merece la pena traer a colación la STS de 23 de febrero de 2016, FD 1, (rec. 2422/2015), que considera que el trámite esencial cuya omisión puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho debe tener un valor singularizado en el procedimiento contrario, y no ser “un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la inidentificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto”.

## i) La falta de audiencia al interesado

La letra c) del artículo 105 de la Constitución determina que la ley garantizará, “*cuando proceda, la audiencia del interesado*” en el procedimiento administrativo. Quizás, el trámite de audiencia al interesado pueda ser el trámite más controvertido en relación con si su ausencia invalida o no la resolución final del procedimiento administrativo. La jurisprudencia en este sentido es muy prolija y trataremos de llegar a conclusiones fiables a través de su análisis<sup>1002</sup>.

Tomaremos como punto de partida, dada la unanimidad jurisprudencial en este punto, la idea de que la omisión del trámite de audiencia, “*por esencial que pueda reputarse*”, no equivale a la nulidad de pleno derecho reconocida en el artículo 47.1.e) LPACAP, siendo de aplicación el artículo 48.2 LPACAP en aquellos casos en los que “*dé lugar a la indefensión de los interesados*” de forma real y efectiva<sup>1003</sup>.

Es interesante la puntualización que hacen otro grupo de sentencias que, ahondando en la misma idea de la anulabilidad como calificación aplicable a estos supuestos, consideran que “*la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores*”<sup>1004</sup> no constituye por sí misma la causa de nulidad de pleno derecho equivalente a la omisión total y absoluta de procedimiento.

Por lo tanto, *a sensu contrario*, parece que en los procedimientos sancionadores la omisión del trámite de audiencia conlleva su nulidad de pleno

---

<sup>1002</sup> Un completo análisis jurisprudencial sobre la esencialidad del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, así como las consecuencias de su omisión puede encontrarse en GAMERO CASADO, E., (1994), “Omisión del trámite de audiencia e indefensión del administrado” en *Procedimiento Administrativo. Ponencias del I Coloquio hispano-portugués* (coords. LÓPEZ RODÓ, L. & FREITAS DO AMARAL, D.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, pp. 219 a 232.

<sup>1003</sup> Entre otras, vid. STS de 11 de mayo de 2017, FD 11, (rec. 1824/2015), STS de 29 de marzo de 2017, FD 5, (rec. 1598/2016), STS de 3 de julio de 2015, FD 4, (rec. 3841/2013), STS de 19 de noviembre de 2012, FD 4, (rec. 1673/2011).

<sup>1004</sup> STS de 23 de marzo de 2015, FD 9, (rec. 3534/2012), STS de 12 de diciembre de 2008, FD 2, (rec. 2076/2005).

derecho<sup>1005</sup>. Como aclaramos en el estudio de la causa de nulidad de los actos que lesionan derechos susceptibles de amparo constitucional -artículo 47.1.a) LPACAP<sup>1006</sup>-, la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores está más relacionada con la vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución que con la omisión total y absoluta de procedimiento administrativo que ahora analizamos<sup>1007</sup>. Sin embargo, también encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la nulidad de la resolución sancionadora por la vía de la omisión procedimental cuando se impide conocer al administrado la calificación jurídica a la que se enfrenta<sup>1008</sup>.

En definitiva, en los procedimientos sancionadores parece que está claro que la omisión del trámite de audiencia o, en definitiva, la imposibilidad de conocer la acusación y ejercer el derecho de defensa, se traduce en la nulidad de pleno derecho, ya sea por la vía de la vulneración de los derechos fundamentales o por la omisión del procedimiento.

Continuando con el análisis jurisprudencial, deducimos que hay otro grupo de procedimientos en los que, en función de las circunstancias concretas del caso, la omisión del trámite de audiencia puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho: estos son los procedimientos que, sin ser sancionadores, pueden ser restrictivos de derechos o producir consecuencias desfavorables en los administrados<sup>1009</sup>.

---

<sup>1005</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 279. “La indefensión prevista como simple anulabilidad pasaría a la nulidad absoluta la mayoría de los actos de gravamen sancionadores (...) producidos sin vista y audiencia del interesado”.

<sup>1006</sup> Considerando que el motivo de nulidad de ausencia total y absoluta de procedimiento establece una garantía más amplia y distinta de la vulneración de derechos fundamentales, concretamente el derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, vid. CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”... *op. cit.* p. 202.

<sup>1007</sup> STS de 19 de noviembre de 2012, FD 4, (rec. 1673/2011), STS de 11 de julio de 2003, FD 2, (rec. 7983/1999).

<sup>1008</sup> STS de 11 de diciembre de 2018, FD 4, (rec. 5345/2017). Pese a que en el caso concreto no califica la sanción como nula, el Tribunal considera que sería nula de pleno derecho por infracción sustancial del procedimiento la resolución sancionadora si se impide al administrado conocer el alcance real y la trascendencia del cambio de la calificación jurídica. La misma idea recoge la STS de 20 de diciembre de 2018, FD 2, (rec. 5334/2017). Es decir, que el cambio en la calificación jurídica -que agrave la inicial- exige un nuevo trámite de audiencia al interesado, sin el cual, la resolución final podría ser declarada nula de pleno derecho.

<sup>1009</sup> En el ámbito de los contratos públicos, por ejemplo, se considera nulo de pleno derecho el acto por el cual se modifica unilateralmente por la Administración un contrato sin citar ni tan

Por ejemplo, se califica como nulo de pleno derecho el acto administrativo por el que se produce un despido laboral de varios interesados sin haber dado a éstos la posibilidad de ser oídos en el procedimiento. Reconoce el Tribunal Supremo que no nos encontramos ante una sanción *sensu stricto* pero que la pérdida de empleo genera unos efectos desfavorables para los interesados suficientes como para exigir, so pena de nulidad, el trámite de audiencia en el procedimiento<sup>1010</sup>.

Otro ejemplo significativo se produce en el ámbito de un procedimiento de declaración de bien de interés cultural en la que se incluyen ciertos bienes de titularidad privada. En este caso, pese a conocer la Administración la condición de interesados que tienen los propietarios, ni tan siquiera les notifica la existencia del procedimiento y, por supuesto, omite su trámite de audiencia. Igual que en el supuesto anterior, la declaración de un bien como de interés cultural genera efectos desfavorables para su titular pues deprecia su valor venal y condiciona su uso, razón por la cual cobra especial interés el trámite de audiencia para la defensa de sus derechos<sup>1011</sup>.

También considera nuestra jurisprudencia nulo de pleno derecho un acuerdo de deslinde fruto de un procedimiento en el cual no tiene lugar, estando perfectamente identificados, la notificación personal a los titulares de las fincas colindantes por la que se da audiencia a los mismos. En este caso, el trámite de audiencia, según el Tribunal Supremo, es esencial y de obligada exigencia, por lo que su omisión implica la nulidad del procedimiento<sup>1012</sup>.

Sin embargo, en estos procedimientos que puedan acarrear consecuencias desfavorables o restricciones de derechos para el interesado, “*resulta necesario*

---

siquiera al contratista y produciéndole un perjuicio. Vid. STS de 8 de julio de 2016, FD 1, (rec. 1841/2015). Actualmente, el artículo 191.1 LCSP considera que “en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior -interpretar, resolver dudas, modificar, declarar responsabilidad, suspender o resolver el contrato-, deberá darse audiencia al contratista”.

<sup>1010</sup> STS de 29 de junio de 2005, FD 6, (rec. 5347/2003).

<sup>1011</sup> STS de 23 de marzo de 2011, FD 4, (rec. 4264/2009)

<sup>1012</sup> STS de 27 de abril de 2015, FD 9, (rec. 2146/2013). El mismo razonamiento, vid. STS de 28 de febrero de 2007, FD 2, (rec. 5191/2003).

*ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, es decir, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal impide que se anule el acto cuando lógicamente se prevé que el nuevo vaya a ser igual que el anulado”<sup>1013</sup>.*

En conclusión, la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo puede tener diversas consecuencias en relación con la validez de la resolución procedimental:

- La regla general es que la omisión de la audiencia del interesado no supone nulidad de pleno derecho sino anulabilidad, y sólo en los casos en que se produzca una indefensión real y efectiva derivada de la falta de audiencia.
- En el ámbito del procedimiento sancionador, sin embargo, la omisión del trámite de audiencia sí produce la nulidad de pleno derecho de la sanción. Si bien es cierto que unas veces se reconoce por la vía de la vulneración de los derechos fundamentales y otras por la omisión total y absoluta de procedimiento, la consecuencia práctica es la nulidad igualmente.
- Por último, existe un tercer grupo de supuestos formados por procedimientos administrativos no sancionadores pero restrictivos de derechos o de consecuencias desfavorables para el administrado. En estos casos debemos analizar el caso concreto y sólo procederá la nulidad de pleno derecho en aquellas hipótesis en las que la omisión del trámite de audiencia está conectada causalmente con un resultado desfavorable para el administrado, que además no ha podido ejercer su

---

<sup>1013</sup> STS de 18 de diciembre de 2002, FD 3, (rec. 885/1997). En este supuesto concreto, la Administración ordena el cese inmediato de unas emisiones radiofónicas carentes de la preceptiva autorización porque se encuentra ya en funcionamiento otra emisora que ha solicitado la autorización provisional. Siendo cierto que la Administración omite el trámite de audiencia al interesado perjudicado, no lo es menos que este trámite era totalmente superfluo puesto que la Administración estaba ante una actuación reglada que, en aplicación de la normativa, la obligaba a la clausura y posterior cierre de la emisora que opera sin autorización cuando otra emisora la solicita y la obtiene. Es decir, existía un tercero con mejor derecho al que se le estaba causando directamente un perjuicio.

defensa situándose en una situación absoluta de indefensión<sup>1014</sup>. Por el contrario, no procederá la nulidad si la omisión del trámite de audiencia no ha disminuido gravemente las posibilidades de defensa del interesado y no hubiera servido, en ningún caso, para variar el contenido desfavorable de la resolución. Este último matiz no está exento de dificultades pues obliga a hacer hipótesis al juzgador.

## ii) La omisión del trámite de información pública

El trámite de información pública, sin entrar en detalles, se configura como un elemento de participación abierta a cualquier persona física o jurídica en el seno del procedimiento administrativo. Así, el artículo 83 LPACAP considera que *“el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública”*. Siendo un trámite más propio de los procedimientos de elaboración de disposiciones generales, también encontramos ejemplos entre los procedimientos de elaboración de actos administrativos, fundamentalmente, expropiatorios o en materia medioambiental<sup>1015</sup>.

---

<sup>1014</sup> En esta línea se sitúa el Tribunal Supremo en la reciente STS de 9 de junio de 2021, FD 6, (rec. 7469/2019), donde la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si en los supuestos en los que la Administración acuerda un acto restrictivo de derechos resulta indispensable el previo trámite de audiencia del interesado, o si la Administración puede dictar el acto sin intervención del mismo, estableciendo, en su caso, las consecuencias jurídicas de tal omisión. A este respecto, la Sala Tercera concluye que “[E]n los procedimientos no sancionadores que adoptan acuerdos restrictivos de derechos, la omisión del trámite de audiencia al interesado, constitutiva, cierto es, de un vicio procedimental, carece, sin embargo, de efecto invalidante cuando tal omisión no produjo indefensión real, material”.

<sup>1015</sup> En la Ley de Expropiación Forzosa se establece la exigencia de abrir un trámite de información pública una vez resuelta la necesidad de ocupación de los bienes o derechos a expropiar. El artículo 18.1 LEP establece: “recibida la relación señalada en el artículo anterior -relación de bienes y derechos que considere de necesaria expropiación-, el Gobernador civil abrirá información pública durante un plazo de quince días”.

En el ámbito medioambiental, la Ley Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), en su artículo 3.2.e) establece -en relación con los procedimientos de elaboración de actos administrativos- el

Salvo que la legislación sectorial lo imponga como trámite preceptivo, lo normal es que la información pública en un procedimiento para la elaboración de actos dependa de la voluntad del órgano que tenga que resolver. Lo más característico de este trámite, al contrario que el trámite de audiencia anteriormente analizado, es que va dirigido a un grupo indeterminado e inicialmente desconocido de personas<sup>1016</sup> -no a quien ya es parte o interesado en el procedimiento- que podrán formular alegaciones una vez analizado el expediente administrativo que se pondrá a su disposición durante un plazo no inferior a 20 días -ex artículo 83.2 LPACAP-. Consecuencia del desconocimiento inicial de los destinatarios del trámite de información pública, la otra gran diferencia con el trámite de audiencia radica en la forma de la puesta a disposición del expediente administrativo. Mientras que en el trámite de información pública se dará a conocer mediante la publicación en diarios oficiales, normalmente, en el trámite de audiencia, se emplazará a los interesados mediante notificación<sup>1017</sup>.

---

derecho “a participar de manera efectiva y real, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable, en los procedimientos administrativos tramitados para el otorgamiento de las autorizaciones reguladas en la legislación sobre prevención y control integrado de la contaminación, para la concesión de los títulos administrativos regulados en la legislación en materia de organismos modificados genéticamente, y para la emisión de las declaraciones de impacto ambiental reguladas en la legislación sobre evaluación de impacto ambiental, así como en los procesos planificadores previstos en la legislación de aguas y en la legislación sobre evaluación de los efectos de los planes y programas en el medio ambiente”.

<sup>1016</sup> Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>. (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 219.

<sup>1017</sup> Sobre las diferencias entre el trámite de audiencia y el trámite de información pública, vid. TARDÍO PATO, J. A., (2017), “Alegaciones, audiencia y participación de los interesados” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1618. Fundamentalmente destaca la diferencia en el destinatario -interesados o grupo de personas inicialmente desconocidos-, en la puesta en conocimiento del trámite -mediante notificación o mediante publicación en el diario oficial que corresponda- y la general obligatoriedad del trámite de audiencia frente al trámite de información pública que, solo será obligatorio para los procedimientos para dictar actos administrativos, cuando una norma especial así lo establezca. Es decir, que en el procedimiento administrativo común es un trámite facultativo.

En definitiva, el trámite de audiencia es un trámite esencial y fundamental pues deriva del artículo 105 de la Constitución y está vinculado al derecho de defensa del interesado, mientras que el trámite de información pública no está directamente relacionado con el derecho de defensa pues se dirige a un grupo indeterminado o desconocido de personas y, por este motivo, no es preceptivo salvo que excepcionalmente lo manifiesta la legislación sectorial. Así, la STS de 24 de febrero de 1997, FD 4, (rec. 10248/1990), considera que “el trámite de información pública afecta a un grupo indeterminado de personas e intereses, siendo su finalidad totalmente diversa a la del trámite de audiencia, que afecta a personas e intereses singulares”.

En cuanto a las consecuencias de la omisión del trámite de información pública, la jurisprudencia, interpretando el artículo 83 LPACAP, “*se niega a declarar sistemáticamente la nulidad por omisión de la información pública, salvo cuando viene preceptivamente impuesta por la legislación sectorial aplicable*”<sup>1018</sup>. A partir de aquí diferenciamos dos situaciones: en primer lugar, en ningún caso será inválida una resolución de un procedimiento administrativo por la omisión del trámite de información pública cuando no sea expresamente exigido por la norma aplicable. Y, en segundo lugar, la jurisprudencia entiende que, como regla general, la omisión del trámite de información pública cuando sea preceptivo dará lugar a la anulabilidad de la resolución del procedimiento<sup>1019</sup>.

En particular, se considera un vicio de anulabilidad la omisión del trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Es decir, su omisión no produce la nulidad de la declaración de impacto ambiental, sino la mera anulabilidad en los casos en que impida al acto alcanzar su fin o provoque la indefensión de los interesados<sup>1020</sup>.

Ahora bien, también encontramos hipótesis en las cuales la omisión del trámite de información pública se traduce en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por equivalencia a la ausencia total de procedimiento.

Por ejemplo, con amparo en la legislación sectorial, en el ámbito local se considera nula de pleno derecho una concesión administrativa otorgada con un plazo de información pública de ocho días en vez de los treinta exigidos por el artículo 121 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

---

<sup>1018</sup> STS de 22 de junio de 2004, FD 10, (rec. 2384/1999) y STS de 13 de febrero de 1998, FD 4, (rec. 11226/1991).

<sup>1019</sup> STS de 29 de marzo de 2017, FD 2, (rec. 1598/2016): “De acuerdo con nutrida jurisprudencia, la omisión del trámite de información pública en procedimientos no sancionadores, se considera un supuesto de anulabilidad de los previstos en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 -hoy 48.2 LPACAP-”.

Existe incluso la posibilidad de que siendo exigible por la legislación sectorial el trámite de información pública, éste se haya celebrado de modo defectuoso. En estos casos estaríamos ante una irregularidad no invalidante siempre que no haya producido indefensión y haya posibilitado el conocimiento del expediente y la participación de quien lo hubiera considerado oportuno. Vid. STS de 7 de octubre de 2013, FD 4, (rec. 6802/2010).

<sup>1020</sup> STS de 10 de junio de 2015, FD 3, (rec. 2686/2013).

Considera el Alto Tribunal que el trámite de información pública en estos supuestos se configura como imperativo e inexcusable para posibilitar el debate y la participación ciudadana y, por ello, equivale a la ausencia total y absoluta de procedimiento<sup>1021</sup>. Y, siguiendo la doctrina jurisprudencial, la legislación sectorial, en este caso el artículo 116.1 del citado reglamento<sup>1022</sup> decreta la nulidad de las concesiones otorgadas sin ajustarse a las formalidades establecidas, entre ellas, la información pública de treinta días.

Pocas dudas ofrece también la omisión del trámite de información pública en el procedimiento expropiatorio. En efecto, el Tribunal Supremo venía equiparando a la vía de hecho un procedimiento expropiatorio llevado a cabo sin trámite de información pública cuando dicha infracción ha privado a los afectados de las posibilidades de defensa y alegación<sup>1023</sup>. En un pronunciamiento más reciente, parece que esta doctrina jurisprudencial se ha consolidado considerando que el trámite de información pública *“es requisito preceptivo y esencial en las expropiaciones, siendo válido tanto cuando se produce con posterioridad a la aprobación del proyecto causa de la expropiación, como cuando es simultáneo a la convocatoria para el levantamiento de las actas previas a la ocupación, siempre y cuando el ámbito de las alegaciones del afectado no se vea limitado”*. En definitiva, concluye, *“su ausencia, con carácter general, determina la nulidad del procedimiento”*<sup>1024</sup>.

En el procedimiento expropiatorio, por tanto, la regla general de la anulabilidad se invierte dado su carácter desfavorable, y se calificarán de nulas de pleno derecho las expropiaciones realizadas sin trámite de información pública siempre que ésta implique una limitación de la posibilidad de participar en el procedimiento expropiatorio a cualquier persona física o jurídica que, sin

---

<sup>1021</sup> STS de 22 de junio de 2004, FD 11, (rec. 2384/1999).

<sup>1022</sup> El artículo 116.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que *“serán nulas las concesiones que se otorgaren sin ajustarse a las formalidades que se establecen en los artículos siguientes y, para lo no dispuesto en ellos, en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales”*.

<sup>1023</sup> STS de 21 de julio de 2014, FD 5, (rec. 6054/2011).

<sup>1024</sup> STS de 4 de julio de 2019, FD 1, (rec. 220/2018).

ser inicialmente interesado en el procedimiento, desee presentar alegaciones u observaciones en relación con el expediente administrado y reciba una respuesta razonada de la Administración.

En conclusión, la ausencia del trámite de información pública se considera, normalmente, un vicio de anulabilidad cuando éste sea preceptivo por la legislación sectorial aplicable –si no estaríamos ante una mera irregularidad no invalidante-. Sin embargo, puede llegar a constituir un supuesto de nulidad de pleno derecho cuando, además de considerarse un trámite imperativo o inexcusable por la legislación sectorial, se trate de un procedimiento sancionador o capaz de producir efectos desfavorables. En estos casos excepcionales son exigibles tres circunstancias: la primera, que la omisión de la información pública produzca una indefensión real y efectiva de quienes no tienen la condición de interesados en el procedimiento. La segunda, que la resolución afecte desfavorablemente a sus derechos e intereses sin haber tenido la oportunidad de defender sus derechos en el trámite de información pública previsto al efecto. Por último, y cumulativamente, habrá que valorar si la celebración del trámite de información pública hubiese podido variar el contenido del resultado final del procedimiento<sup>1025</sup>.

### iii) La omisión de informes preceptivos

La funcionalidad que tienen los informes –preceptivos<sup>1026</sup>- dentro del procedimiento administrativo es la de iluminar, aconsejar y contribuir a la

---

<sup>1025</sup> Cfr. TARDÍO PATO, J. A., (2017), “Alegaciones, audiencia y...” *op. cit.* p. 1618. También hace depender el grado de invalidez de la omisión de este trámite en función de lo que determine la legislación especial o de si es simplemente acordado por el órgano resolutorio del procedimiento, en cuyo caso, entiende que puede constituir incluso una irregularidad no invalidante si no genera indefensión a los interesados.

<sup>1026</sup> Se ha observado un cambio legislativo con la entrada en vigor de la LPACAP en relación con la Ley 30/1992 que puede resultar ilustrativo respecto de la influencia de la ausencia de un informe en un procedimiento administrativo. En efecto, el artículo 83.3 de la Ley 30/1992 utiliza la expresión “informes preceptivos que sean determinantes”, mientras que el artículo 80.3 LPACAP se refiere exclusivamente a “informes preceptivos”. La omisión por parte del legislador del calificativo “determinantes” invita a pensar que toda vez que el contenido del informe no

formación de la voluntad del órgano administrativo que debe dictar el acto<sup>1027</sup>. Nos planteamos en este momento la trascendencia que tiene para la validez del acto la omisión o irregularidad de este tipo de informes. Conviene recordar que nos encontramos en el ámbito de validez de actos administrativos, y no de reglamentos, en cuyo caso también se plantean problemas en cuanto a la omisión de informes preceptivos en los que ahora no podemos detenernos por no ser objeto del presente trabajo<sup>1028</sup>.

En principio, la omisión de un informe preceptivo o esencial constituye un vicio procedimental que impide al órgano competente para dictar un acto administrativo tener a su disposición todos los elementos de juicio para formar su voluntad correctamente. Es decir, impide al acto administrativo alcanzar su fin<sup>1029</sup> y, en consecuencia, estamos ante un vicio de anulabilidad<sup>1030</sup>.

Misma calificación merece cuando existe el informe preceptivo, pero su contenido es inidóneo o insuficiente, es decir, jurídicamente inaceptable. En estos casos, también el Tribunal Supremo considera que no procede la nulidad de pleno derecho pues no estamos ante una situación de ausencia total y absoluta de procedimiento, sino que procede apreciar anulabilidad<sup>1031</sup>.

Sin embargo, es contradictoria la jurisprudencia en relación con los dictámenes del Consejo de Estado. Por un lado, existen sentencias -y doctrina<sup>1032</sup>- que apuestan por la nulidad de los actos administrativos dictados

---

condicione de forma directa el contenido de la resolución no podrá calificarse de nula de pleno derecho la resolución del procedimiento de que se trate.

<sup>1027</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo II... op.cit.*, p. 522.

<sup>1028</sup> Especialmente interesante en este punto resulta el trabajo de DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de... op. cit.* pp. 256 y ss.

<sup>1029</sup> Cfr. CIERCO SEIRA, C., (2017), "Los informes" en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1679.

<sup>1030</sup> STS de 30 de junio de 2003, FD 4, (rec. 9941/1998), STS de 23 de julio de 2002, FD 6, (rec. 74/1998). Ambas sentencias consideran que la falta del informe preceptivo constituye una cuestión de legalidad ordinaria, expresión que utiliza el Alto Tribunal para referirse a supuestos de anulabilidad excluyendo, por tanto, la posibilidad de la nulidad de pleno derecho.

<sup>1031</sup> STS de 27 de enero de 2011, FD 6, (rec. 5854/2007).

<sup>1032</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos... op. cit.* p. 396.

con omisión del dictamen del Consejo de Estado cuando éste fuera preceptivo. Según el Tribunal Constitucional, *“la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo”*<sup>1033</sup>. Dada la especial naturaleza del Consejo de Estado, el Tribunal Supremo ha calificado en ocasiones como vicio de orden público determinante de la nulidad de pleno derecho la omisión de sus informes en procedimientos, por ejemplo, como el de la revisión de oficio de los actos administrativos<sup>1034</sup>.

Por otro lado, hay sentencias que consideran que *“la omisión del dictamen del Consejo de Estado en ningún caso provocaría la nulidad absoluta o de pleno derecho en cuanto que no supone omisión del procedimiento legalmente previsto, sino simple omisión de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, previsto como un supuesto de anulabilidad”*<sup>1035</sup>.

Lo que sí parece claro tras analizar las sentencias del Tribunal Supremo en este ámbito es la importancia que tiene para el procedimiento el dictamen preceptivo del Consejo de Estado. Asumiendo que es un trámite formal, sin embargo, considera que *“el pronunciamiento de este alto órgano consultivo, que puede entenderse tanto a extremos de legalidad como de oportunidad, puede generar puntos de vista no contemplados que incluso incidan en matizar o variar la decisión final que tome la Administración o, si hubiere lugar a ello, lo que en definitiva resuelva la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*<sup>1036</sup>. Y dada esta decisiva importancia, en lo que coincide siempre el Alto Tribunal es en ordenar la retroacción de las actuaciones para que se verifique el informe en debida

---

<sup>1033</sup> STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 4, (rec. 2414/1991).

<sup>1034</sup> STS de 21 de mayo de 2009, FD 2, (rec. 5283/2006), STS de 10 de diciembre de 1984, CDO 2, (Ar. 6091, Ponente: J. Díaz de Lope-Díaz y López).

<sup>1035</sup> STS de 27 de mayo de 2003, FD 1, (rec. 270/1999).

<sup>1036</sup> STS de 16 de julio de 2002, FD 2, (rec. 1648/1997).

forma, pero utilizando la expresión “anular” sin decantarse ni por la nulidad de pleno derecho ni por la anulabilidad.

Consideramos defendible la idea de que la omisión del dictamen del Consejo de Estado pueda ser causa de nulidad de pleno derecho en la revisión de oficio, puesto que tiene carácter semivinculante. Es decir, no solo es un informe preceptivo, sino que su contenido vincula de alguna manera la decisión de la Administración, que en ningún caso podrá declarar la nulidad de un acto si el informe del Consejo de Estado considera que no estamos ante un acto nulo. En efecto, el artículo 106 LPACAP exige como condición necesaria el “*previo dictamen favorable*” del Consejo de Estado para declarar de oficio la nulidad de un acto<sup>1037</sup>.

Otro informe preceptivo que merece un estudio individualizado es la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA), cuya regulación se contiene en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (en adelante, LEA). Esta ley, en aras de la protección del medio ambiente, exige un trámite procedimental consistente en la evaluación ambiental de todos los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente a fin de obtener, normalmente, la autorización administrativa para el desarrollo de una determinada actividad<sup>1038</sup>. Es decir, que la DIA es un informe preceptivo para la evaluación ambiental que se configura como un procedimiento accesorio integrado en un procedimiento principal o sustantivo. Las consecuencias de las posibles irregularidades en la DIA recaerán sobre la validez de la resolución del procedimiento principal.

La declaración de impacto ambiental como resultado del procedimiento de evaluación ambiental, tiene carácter preceptivo, pero no está concebida con una funcionalidad decisoria. Es decir, su contenido deberá ilustrar técnicamente al

---

<sup>1037</sup> Recoge esta idea la STS de 21 de mayo de 2009, FD 2, (rec. 5283/2006).

<sup>1038</sup> Cfr. LOZANO CUTANDA, B. & ALLI TURRILLAS, J., (2011), *Administración y legislación ambiental. Manual y materiales complementarios*, Ed. 6ª, Dykinson, Madrid, p. 231. Definen evaluación de impacto ambiental como “una técnica de protección ambiental de carácter preventivo, consistente en un procedimiento compuesto por un conjunto de estudios y sistemas técnicos, y abierto a la participación pública, cuyo objetivo es posibilitar la evaluación por la autoridad ambiental del impacto o efectos para el medio ambiente de un proyecto de obra o actividad”.

órgano que debe decidir sobre si autoriza o no el proyecto, pero no lo condiciona en ningún caso<sup>1039</sup>. El carácter preceptivo de la DIA se desprende del artículo 9 de la LEA que establece que “*carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental*”.

Pese a que la ley no se pronuncia sobre el grado de invalidez que produce la carencia de la DIA, la jurisprudencia viene siendo prácticamente unánime en este sentido, calificando cualquier autorización otorgada omitiendo el trámite de la DIA como nula de pleno derecho<sup>1040</sup>. Esta calificación es consecuencia directa de la esencialidad predicable de este trámite formal. El propio Tribunal Constitucional así lo ha declarado pues afirma su “*carácter esencial (...) con respecto a la decisión final, en cuanto que su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que los aspectos medioambientales sean tomados en consideración en la decisión final acerca del plan, programa o proyecto de que se trate*”<sup>1041</sup>.

Cuestión diferente se produce cuando, en vez de dictarse la autorización sin DIA, ésta existe, pero ha sido realizada con irregularidades que la impiden cumplir su finalidad prevista en la ley. En este caso, siguiendo el tenor literal del artículo 48.2 LPACAP, nos encontramos ante un defecto formal encuadrable dentro de los vicios de anulabilidad<sup>1042</sup>.

---

<sup>1039</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, J., (2014), *Derecho del medio ambiente*, Ed. 3ª, Marcial Pons, Madrid, p. 69. Para ilustrar el carácter preceptivo pero no vinculante de la DIA, el autor, considera que es posible que la DIA informe negativamente sobre el proyecto e incluso, que ante una DIA negativa el órgano decisor resuelva afirmativamente otorgando la autorización.

<sup>1040</sup> Entre otras, vid, STS de 16 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 1961/2017), STS de 5 de marzo de 2018, FD 2, (rec. 1524/2015), STS de 20 de diciembre de 2016, FD 4, (rec. 3947/2015) o STS de 27 de noviembre de 2013, FD 9, (rec. 4123/2010).

En este sentido, entre la doctrina destacamos el reciente trabajo de SANZ RUBIALES, I., (2021), *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 265.

<sup>1041</sup> STC 109/2017, de 21 de septiembre, FJ 5, (rec. 2540/2017).

<sup>1042</sup> STS de 11 de julio de 2019, FFDD 5 y 8, (rec. 7441/2018) califica de anulable un Anteproyecto de obras pues considera que no se ha omitido totalmente el trámite esencial de la DIA -lo que daría lugar a la nulidad de pleno derecho-, pero se ha realizado de forma irregular, concretamente

Ahora bien, la LEA, modificada por influencia del derecho comunitario - Directiva 2014/52/UE- mediante la Ley 9/2018, de 5 de diciembre y, en su DA Decimosexta “*Evaluaciones en ejecución de sentencia firme*”<sup>1043</sup> permite excepcionalmente<sup>1044</sup> la subsanación de la omisión de la DIA tratando así de garantizar la protección del medio ambiente en los supuestos de posibles regularizaciones del procedimiento de impacto ambiental<sup>1045</sup>.

Estamos así ante un ejemplo claro de que los efectos de la nulidad de pleno derecho o de la anulabilidad no vienen previamente definidos, sino que se determinarán en función de los intereses en juego del caso concreto. En el supuesto de la DIA, la esencialidad del trámite implica que su ausencia determine la nulidad de la autorización del proyecto. Ahora bien, valorando la situación particular, el legislador permite la posibilidad de convalidación -siempre dentro

---

faltando la “metodología de valoración de alternativas entre los procedimientos técnicos de evaluación ambiental y de motivación aceptable del juicio técnico que expresa”.

<sup>1043</sup> El apartado V del Preámbulo de la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, por la que se modifica, entre otras, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, determina que “se incorpora una nueva disposición adicional decimosexta para regular aquellos casos en los que, en ejecución de sentencia firme, deba realizarse la evaluación de impacto ambiental de un proyecto cuya ejecución ya se haya iniciado o finalizado”.

<sup>1044</sup> Sobre la posibilidad de la excepcional regularización a posteriori de la Evaluación de impacto ambiental, cfr. LOZANO CUTANDA, B., “Ley 9/2018: Análisis de las modificaciones de la ley de evaluación ambiental”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 86, 2019, pp. 20 a 23.

<sup>1045</sup> Ya se recogía esta posibilidad en la jurisprudencia del TJUE. Así, las STJUE de 26 de julio de 2017 (asuntos acumulados C-196/16 y C-197/16, Comune di Corridonia) y STJUE de 28 de febrero de 2018 (asunto C-117/17, Comune di Castelbellino) admitieron por primera vez la posibilidad de regularizar a posteriori un proyecto aprobado sin la preceptiva DIA, aunque con limitaciones. Señala el fallo de la primera sentencia: “En caso de omisión de una evaluación de impacto ambiental de un proyecto requerida por la Directiva 85/337/CEE (...) el Derecho de la Unión (...) no se opone a que se efectúe una evaluación de ese impacto para regularizarla, con posterioridad a la construcción y a la entrada en servicio de la planta en cuestión, siempre que: – las normas nacionales que permiten esa regularización no ofrezcan a los interesados la oportunidad de eludir las normas del Derecho de la Unión, o de verse dispensados de su aplicación, y – la evaluación efectuada para regularizarla no abarque únicamente el impacto ambiental futuro de esa planta, sino que tenga en cuenta también el impacto ambiental ocasionado desde su realización”. El contenido de la segunda sentencia es prácticamente idéntico, pero añade dos ligeros matices: por una parte, que “el Derecho de la Unión exige que los Estados miembros eliminen las consecuencias ilícitas de este incumplimiento y no se opone a que esa instalación sea objeto, tras la realización de ese proyecto, de un nuevo procedimiento de examen por las autoridades competentes para comprobar su conformidad con las exigencias de esta Directiva y, en su caso, someterla a una evaluación de impacto ambiental”; y, por otra, que “estas autoridades pueden considerar, sobre la base de las disposiciones nacionales vigentes en la fecha en que deban resolver, que tal evaluación de impacto ambiental no es necesaria, siempre que esas disposiciones sean compatibles con esta Directiva”.

del trámite de ejecución de sentencia firme- pues el interés general en este caso se sitúa por encima de la protección del medio ambiente que pretende el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. No hay, en definitiva, razón alguna para limitar la posibilidad de subsanación a los actos meramente anulables<sup>1046</sup>. Parece más aconsejable, en principio, permitir la subsanación de la ausencia de la DIA a posteriori que retrotraer las actuaciones para terminar, posiblemente, con el mismo resultado en la práctica.

En conclusión, en los supuestos en que la función del dictamen sea única y exclusivamente el asesoramiento al órgano decisor, aunque éste sea preceptivo, parece excesivo equiparar su omisión a la ausencia total y absoluta del procedimiento. Esta regla general contiene, a nuestro juicio, dos excepciones: la primera es el informe preceptivo y semivinculante del Consejo de Estado para el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos. En este caso el informe condiciona directamente la resolución del procedimiento de revisión de oficio pues si éste no es favorable, la Administración no podrá declarar la nulidad del acto. Y la segunda excepción es la DIA, cuya omisión conlleva la nulidad puesto que nos encontramos ante un informe técnico *sui generis* –incluso con un procedimiento propio de elaboración- y esencial para una correcta protección del medio ambiente. Para el resto de informes preceptivos, la declaración de anulabilidad permitirá, o bien subsanar el acto, o bien retrotraer las actuaciones al momento procedimental oportuno. En definitiva, permitirá cumplir los fines del informe preceptivo sin necesidad de acudir a la vía de la nulidad de pleno derecho.

Pese a que la anulabilidad se configura como la regla general para este tipo de supuestos, nos encontramos, quizás, ante el supuesto más casuístico de todos los vicios procedimentales, por lo que es imprescindible analizar el caso concreto e interpretar si el contenido del acto hubiera podido variar<sup>1047</sup> si el

---

<sup>1046</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 246 y 247.

<sup>1047</sup> Sobre la evolución jurisprudencial en el proceso de “relativización” del vicio formal relativo a la omisión de informes o a su extemporaneidad, sobre todo en los supuestos en que el contenido del acto resolutorio hubiera permanecido igual. Cfr. CIERCO SEIRA, C., “El ejercicio extemporáneo de la función consultiva”, en *RAP*, nº 158, 2002, p. 109.

informe preceptivo hubiese existido<sup>1048</sup>. Tampoco debemos perder nunca de vista que calificar un acto como nulo de pleno derecho debe ser muy excepcional -y más aún por defectos formales-, pues genera una situación de inseguridad jurídica ampliando considerablemente el plazo para su impugnación.

### **3) La nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados**

#### **a) Fundamento y alcance del vicio de nulidad relativo a la formación de voluntad de los órganos colegiados**

Es difícil encontrar actualmente una Administración Pública que carezca de algún órgano colegiado dentro de su organización<sup>1049</sup>. Esta clase de órganos deben su existencia a que, frente al órgano unipersonal, el colegiado permite un número mayor de participantes en la toma de una decisión, lo que se traduce en la posibilidad de contraponer ideas o intereses, dando lugar, en principio, a resoluciones más racionales y más correctas<sup>1050</sup>. En el órgano unipersonal, la

---

<sup>1048</sup> Buena muestra del enorme -y contradictorio- casuismo de estos supuestos nos muestra la calificación que se otorga al acto dictado sin los preceptivos informes del Secretario e Interventor de Ayuntamiento. Por ejemplo, la STS de 20 de septiembre de 2005, FD 1, (rec. 235/2003) determina que "la omisión del informe del Secretario e Interventor no da lugar a la nulidad absoluta o de pleno derecho del artículo 62e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por no ser equivalente a "prescindir 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", sino a la nulidad relativa o anulabilidad". Por el contrario, la STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 261/2017), establece que "no se trata, pues, de que tamaño defecto invalidante produzca o no indefensión, sino que su inobservancia acarrea la nulidad radical del acto producido sin la preceptiva intervención de los mentados funcionarios públicos -Secretario e Interventor del Ayuntamiento-, pues está prevista -su intervención, se entiende- en garantía del interés general anudada al ineluctable asesoramiento del órgano decisor".

<sup>1049</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 280, quien fundamenta la existencia de esta causa de nulidad en la gran importancia que tienen los órganos colegiados en la organización administrativa, en especial, en el ámbito local.

<sup>1050</sup> Situando la idea de participación como fundamento de la existencia de los órganos colegiados, véase CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados. Organización,*

voluntad administrativa del órgano coincide plenamente con la de su titular, sin embargo, el órgano colegiado exige un procedimiento<sup>1051</sup> normativamente previsto cuya función es la de alcanzar una voluntad administrativa única a partir de las voluntades individuales de sus miembros<sup>1052</sup>.

La originalidad propia del órgano colegiado tiene también su reflejo en los vicios de nulidad de sus propios actos. Así, desde la LPA de 1958, el legislador español ha mantenido de forma inalterada, junto con el motivo de nulidad formal relativo a la ausencia total y absoluta -matizada- de procedimiento administrativo, la nulidad de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales previstas para la formación de la voluntad de los órganos colegiados<sup>1053</sup>.

No es caprichoso que el legislador siempre haya ubicado los vicios relativos a la formación de la voluntad del órgano colegiado dentro del vicio formal o procedimental. Si el vicio de nulidad referente a la ausencia total y absoluta de procedimiento tiene una naturaleza general, la omisión de las reglas esenciales de formación de voluntad de los órganos colegiados se ha configurado como un vicio procedimental específico y singular de este tipo de órganos<sup>1054</sup>.

Es evidente que los actos administrativos emanados de órganos colegiados pueden incurrir en cualquiera de los vicios de anulabilidad o nulidad previstos en

---

*funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 42 y 43.

<sup>1051</sup> Se trata de un procedimiento que se integra dentro del genérico procedimiento administrativo sólo cuando el órgano que debe formar su voluntad es un órgano colegiado. Vid. MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la... op. cit.* p. 94.

<sup>1052</sup> Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1994), *Derecho Administrativo Español, Tomo II*, Eunsa, Pamplona, p. 304.

<sup>1053</sup> No ocurre lo mismo, por ejemplo, en Italia, donde los vicios referentes a la convocatoria, *quorum*, discusiones o votación de los órganos colegiados se integran dentro de los vicios "di violazione di legge" que equivalen a nuestra categoría de la anulabilidad, véase, GARGIULO, U., (1962), *I collegi amministrativi*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, p. 306.

<sup>1054</sup> En este sentido, BOQUERA OLIVER, J. Ma., (1993), *Estudios sobre el acto... op. cit.* p. 149, reflexiona sobre la redacción del legislador para concluir que ambos supuestos del artículo 47.1.e) -47.1.c) de la antigua ley- se refiere al procedimiento, en el primer caso al procedimiento de preparación de la decisión de cualquier órgano, y el segundo al procedimiento de formación de la voluntad del órgano colegiado. Cfr. VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de... op. cit.* p. 457.

el ordenamiento jurídico-administrativo. Sin embargo, el legislador ha querido, adicionalmente y dada la especialidad del órgano administrativo colegiado, añadir un motivo formal de nulidad de pleno derecho para ciertas ilegalidades que se produzcan en el procedimiento de formación de voluntad de este tipo de órganos<sup>1055</sup>.

Dicho lo cual, no faltan voces en la doctrina que, sin negar el carácter formal de dicho vicio, ponen de manifiesto que estamos también ante un vicio de carácter subjetivo, pues recae sobre el sujeto activo de quien emana el acto administrativo<sup>1056</sup>. Sin negar lo anterior, consideramos que el carácter procedimental de este vicio es preponderante frente a su carácter subjetivo, y no sólo porque históricamente esta causa de nulidad haya sido ubicada junto con la ausencia de procedimiento, sino porque el procedimiento se define como el conjunto ordenado de trámites para expresar la voluntad de la Administración y, es precisamente la formación de esta voluntad lo que se busca proteger en este motivo de nulidad mediante el cumplimiento riguroso de sus reglas esenciales.

Si en el supuesto anterior -omisión total y absoluta del procedimiento- debimos matizar su alcance admitiendo que se incluyen las hipótesis, no solo de ausencia total y absoluta de procedimiento, sino también las de haber seguido un procedimiento diferente al legalmente previsto y las de omisión de sus trámites esenciales, debemos también en este momento aclarar el alcance de la

---

<sup>1055</sup> Cuestionando la utilidad de esta causa de nulidad de pleno derecho, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. p. 231, quien considera que esta causa de nulidad es poco práctica y no va a conseguir evitar estas omisiones de las reglas esenciales y, además, va a provocar una dilación temporal pues de declararse nulo un acto por esta causa deberá reunirse de nuevo el órgano colegiado. Plantea la posibilidad de optarse más por la vía disciplinaria y por un reforzamiento de los controles. En parecidos términos, vid. MELLADO RUÍZ, L., (2017), "Supuestos de nulidad..." op. cit. p. 1962.

Es interesante la reflexión de GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos...* op. cit. p. 378., quien considera que en el supuesto de omisión de alguna fase del proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados podría concurrir un supuesto de inexistencia más que de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, admite que las consecuencias serían iguales que la nulidad de pleno derecho. Nos remitimos al Capítulo I donde justificamos la falta de sentido en diferenciar la categoría de la inexistencia de la de la nulidad de pleno derecho.

<sup>1056</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 374, CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* op. cit. p. 242, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de...* op. cit. p. 229.

expresión “*prescindir total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”.

### **b) Identificación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados**

El régimen jurídico de funcionamiento de los órganos colegiados está regulado, con carácter básico, en los artículos 15 al 18 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, no podemos pasar por alto la Disposición Adicional 21ª del mismo cuerpo legal, que considera que “*las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos Colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales*”. Esta disposición nos obligará, en muchas ocasiones, a acudir a la regulación concreta de cada órgano colegiado para poder concluir si efectivamente se ha producido o no una vulneración de una regla esencial<sup>1057</sup>.

Ahora bien, ninguna norma relativa al funcionamiento de los órganos colegiados determina de forma explícita qué normas son esenciales para la formación de su voluntad y cuáles no<sup>1058</sup>. Ante el silencio de la ley, ha sido la jurisprudencia de los tribunales la encargada de ir identificando y sistematizando lo que debemos entender por reglas esenciales.

Integrando este vicio de nulidad dentro de la categoría de los vicios de forma y teniendo en cuenta que nos estamos moviendo en el ámbito de la nulidad de pleno derecho, en principio, la esencialidad debe necesariamente traducirse en

---

<sup>1057</sup> Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de los órganos administrativos colegiados”, en *REDA*, nº 200, 2019, p. 4.2 (versión electrónica), SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 377.

<sup>1058</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1959, “se trata, en primer lugar, de una causa de nulidad relativa, en blanco o dispositiva, puesto que el art. 47 LPAC no “tipifica” expresamente el objeto de la violación normativa.

una “*desnaturalización de la voluntad colegial*”<sup>1059</sup>. Esta desnaturalización se produce cuando el contenido final del acto administrativo es diferente al que hubiera podido tener de haberse respetado la regla esencial<sup>1060</sup> pues, como venimos defendiendo, el procedimiento es un instrumento para garantizar los derechos de los interesados y la legalidad material del contenido de la decisión.

Siguiendo este criterio, el Tribunal Supremo ha determinado como reglas esenciales de la formación de voluntad de los órganos colegiados las siguientes<sup>1061</sup>:

- La convocatoria de sus miembros, que afectará a la postre a su asistencia y a la posibilidad de conocer los asuntos que deben tratarse.
- La elaboración y comunicación del orden del día, pues de alguna forma sirve como límite a los temas objeto de posterior deliberación y votación.
- La composición del órgano, especialmente cuando se trata de composiciones heterogéneas por las diferentes funciones que recaen en cada miembro.
- Los *quorum* de asistencia y votación, configurados como la participación mínima necesaria para la formación de la voluntad del órgano.
- La deliberación y posterior votación, en cuanto manifestación de la opinión individual de cada uno de los miembros que componen el órgano que desemboca en la voluntad colegial.

Junto al criterio de la esencialidad del trámite, hemos de enfatizar la especial importancia que en este punto adquiere el análisis de cada caso concreto. Las múltiples normativas que existen sobre el funcionamiento de los órganos colegiados y la diferente razón de ser de cada uno, nos obliga a analizar individualmente cada supuesto pues, lo que en un caso puede ser esencial

---

<sup>1059</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 244.

<sup>1060</sup> STS de 5 de abril de 1988, FD 3, (ES:TS:1988:2450) o STS de 1 de marzo de 2000, FD 5, (rec. 3571/1994).

<sup>1061</sup> STS de 12 de diciembre de 2016, FD 13, (rec. 188/2015), STS de 9 de diciembre de 2011, FD 4, (rec. 202/2008).

puede no serlo en otro<sup>1062</sup>. Adicionalmente, los trámites esenciales pueden no ser idénticos en todos los órganos colegiados, pues la razón de ser de cada uno puede ser diversa, y ello nos obliga a valorar la esencialidad en relación con las funciones propias del órgano, así como con su finalidad<sup>1063</sup>.

**c) Requisitos para la operatividad de esta causa de nulidad: omisión de todas o de alguna regla esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados**

Nos planteamos si el legislador exige la omisión de todas las reglas esenciales o bastaría con la omisión de alguna de ellas para estar ante un acto nulo de pleno derecho. Una vez más, la expresión “total y absolutamente” del legislador debe interpretarse. Parece lógico que no puede exigirse la omisión total de todas las reglas esenciales por dos motivos fundamentales: el primero porque estaríamos ante un motivo de nulidad inoperante, ya que sería casi imposible en la práctica encontrarse con un supuesto de omisión total y absoluta de todas las reglas esenciales. Y, en segundo lugar, porque tratándose de un procedimiento de formación de voluntad, la inobservancia de una regla esencial privará de sentido al acto<sup>1064</sup>, independientemente del respeto riguroso de las demás. Por lo tanto, el legislador está pensando en un criterio cualitativo -esencialidad-<sup>1065</sup>, y no en un criterio cuantitativo dirigido a la omisión total y absoluta de todas las normas procedimentales<sup>1066</sup>.

---

<sup>1062</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 377.

<sup>1063</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2017), “Los órganos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2733.

<sup>1064</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 376.

<sup>1065</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 243, “la esencialidad no equivale a la ausencia total y absoluta de algún trámite del procedimiento colegial”.

<sup>1066</sup> Esta interpretación es la seguida también en la STS de 15 de marzo de 1991, FD 1, (ES:TS:1991:15671) que señala que “la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión se produce cuando se haya omitido la correcta observancia de alguna o algunas, de dichas reglas, siempre y cuando estas tengan un carácter esencial, sin ser preciso que la omisión se realice respecto de todas ellas”.

Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 51 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que considera nulos “...los (acuerdos) que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día...”. Este artículo nos demuestra que basta con el incumplimiento de un trámite esencial, en este caso el respeto a los asuntos incluidos en el orden del día, para que el acto administrativo sea nulo de pleno derecho, independientemente de que la convocatoria, la constitución y la votación respeten escrupulosamente la normativa reguladora de dicho órgano colegiado.

Por último, conviene matizar que no cabe pensar en la omisión parcial de una regla esencial pues, de la esencialidad deriva que su cumplimiento parcial equivalga al incumplimiento y, en este caso, a la nulidad de pleno derecho. Piénsese, por ejemplo, en una convocatoria de un órgano colegiado que se comunica a unos miembros y a otros no. Parece lógico pensar que la formación de la voluntad del órgano colegiado no se puede hacer parcialmente evitando la presencia de algunos miembros, por lo que una convocatoria parcial equivale a la ausencia de convocatoria<sup>1067</sup>.

En definitiva, la expresión del legislador “*prescindiendo total y absolutamente*” no exige que se prescinda de todas y cada una de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, sino que bastará con que se prescinda sólo de una de ellas.

---

<sup>1067</sup> En contra, cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1994), *Derecho Administrativo Español...II op. cit.* p. 317, quien considera que convocar a parte de los miembros de un órgano colegiado no equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido pudiendo, en su caso, calificar los actos como anulables.

**d) Análisis detallado de las reglas esenciales cuya vulneración podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho**

**i) La convocatoria**

Si lo que pretende el legislador es proteger la formación de la voluntad de los órganos colegiados, la convocatoria no puede dejar de considerarse nunca un trámite esencial, pues supone un presupuesto imprescindible para que el órgano funcione válidamente<sup>1068</sup>. La convocatoria es el acto administrativo mediante el cual se cita a todos los miembros del órgano colegiado con el fin de que puedan asistir y deliberar sobre los asuntos incluidos en el ámbito competencial del órgano y tasados en el orden del día<sup>1069</sup>.

En efecto, la esencialidad de la convocatoria deriva, fundamentalmente, de sus dos objetivos principales. El primero, poner en conocimiento de los miembros del órgano colegiado la existencia de una reunión para que éstos puedan asistir. Y, en segundo lugar, posibilitar que éstos puedan formar una opinión que manifestar en la sesión, para lo cual se requiere la citación con una antelación suficiente y garantizar el acceso a la documentación sobre los temas a tratar.

Antes de adentrarnos en los posibles defectos de la convocatoria y su posible eficacia invalidante, debemos aludir al único supuesto en que cabe la adopción de acuerdos por un órgano colegiado sin necesidad de previa convocatoria de sus miembros. Así, el artículo 17.2 LRJSP, en su último párrafo, determina que *“cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el Secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros”*. El legislador

---

<sup>1068</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* pp. 255 y 256.

<sup>1069</sup> Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de...” *op. cit.* p. 4.3.

básico, por lo tanto, admite la validez de los acuerdos adoptados bajo esta modalidad de constitución -sesión universal- sin la necesidad de convocatoria previa<sup>1070</sup>.

Al margen de este supuesto excepcional, lo que se debate ante una ausencia de convocatoria o una convocatoria irregular, es el alcance del principio de resistencia, es decir, la relación de la ilegalidad en la convocatoria con el contenido del acuerdo finalmente adoptado y, decidir en este caso, sobre su nulidad o su validez.

La primera situación que analizaremos tiene que ver con quién debe realizar la convocatoria de las sesiones de los órganos colegiados. La anterior Ley 30/1992 RJAPyPAC determinaba con carácter básico que era competencia del presidente. Actualmente, se omite esta circunstancia para la regulación básica; sin embargo, aparece en idénticos términos en relación con los órganos colegiados de la Administración General del Estado. Deducimos que, en principio, salvo norma en contrario, corresponderá a la figura del presidente realizar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias. La consecuencia de la convocatoria de un órgano colegiado por una figura distinta de la de su presidente -salvo que una norma habilite a otra persona para hacerlo- parece motivo claro de nulidad de pleno derecho de todos los acuerdos que surjan de esa sesión, pues la formación de la voluntad quedaría viciada de forma irreversible desde el inicio<sup>1071</sup>.

---

<sup>1070</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2017), "Los órganos administrativos"... *op. cit.* pp. 2740 y 2741. Cuestión distinta es la posibilidad contemplada en el artículo 17.4 LRJSP, que permite, sólo por razones de urgencia -necesidad inaplazable que requiera una decisión inmediata- y por mayoría simple, una vez convocada y válidamente constituida la sesión por todos sus miembros, incluir un asunto que no figure en el orden del día.

<sup>1071</sup> STS de 26 de octubre de 1998, FD 2, (rec. 2102/1992) se reconoce la nulidad de pleno derecho de los actos derivados de la sesión, cuando "la sesión es convocada y presidida, con las esenciales funciones que a la presidencia atribuyen los indicados preceptos de la Ley de Procedimiento, por quien no era ya su Presidente".

Es una situación diferente, a nuestro juicio, la convocatoria realizada por un presidente aunque al momento de celebración de la misma ya haya cesado en el cargo. En este caso, no tienen por qué ser nulos de pleno derecho los acuerdos si el nuevo presidente ratifica y preside la sesión convocada legalmente por su antecesor.

En segundo lugar, conviene dejar claro que a través de la convocatoria debe citarse a todos los miembros del órgano colegiado. En principio, el Tribunal Supremo determina que “*la falta de convocatoria de unos de los miembros del órgano colegiado constituye un vicio invalidante*”<sup>1072</sup>, pues se considera que está viciada desde el inicio la voluntad del órgano colegiado<sup>1073</sup>. Sin embargo, y en aplicación del principio de resistencia, podemos analizar determinadas situaciones en las que la ausencia de citación no provoca la nulidad de pleno derecho.

En el ámbito local, extrapolable al resto de situaciones donde operan órganos colegiados, destacamos tres posibilidades:

- La no convocatoria formal al Pleno del Ayuntamiento de concejales que debían abstenerse en la deliberación sobre el punto único del orden del día. Pese a la necesidad de convocar a todos los miembros del órgano colegiado, la obligación de abstención que pesa sobre ellos subsana esa irregularidad y, en conclusión, “*resulta imposible apreciar nulidad de pleno Derecho en los acuerdos adoptados en el referido Pleno monográfico por el vicio de forma*”<sup>1074</sup>.

No se hubiese llegado a la misma conclusión si el orden del día hubiera tenido más puntos a tratar o si no pesara el deber de abstención de los concejales.

- Tampoco se podrá apreciar la nulidad de pleno derecho si el resultado final de los acuerdos adoptados no hubiese variado en nada su contenido de haber sido formalmente convocados todos los concejales. Es decir, se habrá de valorar la consecuencia práctica y efectiva de su ausencia de citación y la influencia que hubieran podido tener en el acuerdo final

---

<sup>1072</sup> STS de 29 de octubre de 2002, FD 1, (rec. 2749/1998).

<sup>1073</sup> STS de 7 de mayo de 2002, FD 3, (rec. 8911/1996) se declara la nulidad de los acuerdos adoptados en un Pleno, puesto que acudieron seis de los once concejales que lo conformaban, pero a los otros cinco -de signo político contrario- no se les había notificado la convocatoria, por lo que era imposible que acudiesen.

<sup>1074</sup> STS de 18 de mayo 1994, FD 2, (rec. 4973/1990).

adoptado. Por ejemplo, no procederá la nulidad de pleno derecho cuando, a pesar de la no convocatoria formal a ciertos concejales, sí se convoca a la mayoría de concejales del mismo partido político y, se comprueba que de haber votado los concejales no convocados el acuerdo no hubiera variado<sup>1075</sup>.

- Sí procederá la nulidad de los acuerdos cuando la falta de citación afecte a todos o al único concejal de un partido político que representa los intereses comunes de sus votantes. Excluir un parecer político de la deliberación en un Pleno sí conllevaría la nulidad de los acuerdos. En el caso de que exista la más mínima posibilidad de que el resultado del acuerdo hubiese variado, la nulidad se acogerá a la vulneración de las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados. Pero, si el parecer político es minoritario, podría recaer la nulidad también por vulneración del derecho fundamental del artículo 23 CE relativo al derecho de participación política de los ciudadanos, directamente o por medio de sus representantes<sup>1076</sup>.

Consideramos que, si bien es cierto que la jurisprudencia recae fundamentalmente en asuntos relativos a los entes locales, podemos hacer estas ideas extensivas a cualquier otro órgano colegiado. La ausencia de citación hay que ponderarla junto a la posibilidad que hubiera tenido el miembro ausente de cambiar el sentido de la decisión final.

Igualmente, consideramos que podría proceder la nulidad de los acuerdos de los órganos colegiados de composición heterogénea en la que se pueda privar

---

<sup>1075</sup> El Tribunal Supremo va más allá, la STS de 23 de noviembre de 1990, FD 1, (ES:TS:1990:8515) considera que no es nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado por un Pleno al que fueron citados la mayoría de Concejales de un partido político pues de haber votado los compañeros no convocados en el mismo sentido que sus compañeros sí convocados, el acuerdo no hubiera variado. No compartimos esta valoración pues se está presumiendo el sentido del voto de los concejales no convocados en función de su pertenencia a un partido político. Es decir, no sería nulo el acuerdo si el voto de los Concejales no convocados –sea cual fuese el sentido de su voto- no hubiera modificado el sentido final de la votación, pero entendemos que si hubiera podido modificarlo estaríamos ante una causa de nulidad pues lo que no se puede -en ningún caso- es presumir el sentido del voto del miembro del órgano colegiado.

<sup>1076</sup> STS de 21 de mayo de 1993, FD 2, (rec. 3358/1991).

de participar en la deliberación a un miembro cuyos conocimientos o perfil profesional sea insustituible por los demás. En estos casos se estaría vulnerando frontalmente la formación de la voluntad del órgano al desconocer una opinión determinante. En la hipótesis de que su ausencia fuese voluntaria, la nulidad no variaría pues la formación de la voluntad del órgano colegiado estaría viciada pero, además, debería ir acompañada de la sanción oportuna al miembro voluntariamente ausentado para evitar que de la nulidad de la ausencia voluntaria pudiera obtener algún beneficio o generar un perjuicio a terceros interesados.

También en relación con la ausencia de convocatoria o la convocatoria defectuosa, entendemos que debe ponerse de manifiesto que el miembro del órgano colegiado que, sin haber sido formalmente citado, acude a la sesión subsana automáticamente este defecto formal y no proyecta esta irregularidad sobre los acuerdos que puedan tomarse en la sesión<sup>1077</sup>.

Y, en tercer y último lugar, y en relación con la ausencia o defectos de la convocatoria, debemos analizar la antelación necesaria y la puesta a disposición de la documentación sobre los asuntos a tratar para que el miembro del órgano pueda participar de forma plena. La normativa relativa a los órganos colegiados de la Administración General del Estado -artículos 19 a 22 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público- supletoria para el resto de órganos colegiados en defecto de normativa propia-, determina que con la antelación mínima de dos días se recibirá la convocatoria y estará a disposición de los

---

<sup>1077</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 257.

Nos encontramos con otro ejemplo de subsanabilidad de los vicios de nulidad de pleno derecho. Si más arriba comentábamos que la ausencia de DIA es un motivo de nulidad de pleno derecho que, sin embargo, el propio legislador permite subsanar a posteriori, en esta ocasión también observamos como el vicio formal de no convocatoria de un miembro de un órgano colegiado puede subsanarse si finalmente éste asiste a la reunión. Es decir, en los vicios de nulidad de carácter formal, la primacía del fondo sobre la forma invita a pensar en la posibilidad de subsanación siempre y cuando el acto o la resolución ajusten su contenido al ordenamiento jurídico.

miembros la información o documentación relativa a los puntos a tratar según el orden del día<sup>1078</sup>.

La vulneración del plazo de antelación para la convocatoria, como la de cualquier plazo, no tiene por sí misma trascendencia invalidante<sup>1079</sup>, deberá valorarse con el objetivo último que debe cumplir el plazo, que no es otro que el de la posibilidad de asistir a la sesión y acceder a la documentación para poder formarse una opinión<sup>1080</sup>. En ocasiones, un plazo de veinticuatro horas puede resultar suficiente o uno de siete días insuficiente. Todo dependerá de la complejidad de los temas a tratar, así como de la facilidad o dificultad de desplazamiento a lugar de la sesión.

En relación a la obligación de puesta a disposición del miembro del órgano colegiado de la documentación necesaria, la jurisprudencia determina que “*lo correcto es enviar la documentación, o al menos hacer constar que está a disposición de los miembros del órgano colegiado, pero una conducta omisiva respecto a este punto no determina la nulidad de la convocatoria ni de los acuerdos que se adopten*”, si ha existido alguna posibilidad real de que los miembros hayan podido acceder a la documentación o solicitarla con tiempo suficiente<sup>1081</sup>. En definitiva, parece que la nulidad de pleno derecho sólo podrá derivarse de una obstaculización voluntaria al acceso a esos documentos,

---

<sup>1078</sup> En el ámbito de la Administración General del Estado (es decir, con carácter no básico o supletorio), la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público el artículo 19.3.a) “modifica” la antelación mínima con la que los miembros del órgano colegiado han de recibir la convocatoria. Actualmente el artículo exige una antelación mínima de dos días sustituyendo al plazo anterior de 48 horas. A nuestro juicio, esta modificación no tiene más trascendencia que la de flexibilizar mínimamente este plazo al computarlo en días y no en horas, reduciendo así posibles anulaciones fácilmente evitables.

<sup>1079</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 628, quien considera que la antelación de la citación constituye una garantía a favor de los miembros del órgano colegiado que puede ser incluso renunciada por ellos cuando, a pesar de las irregularidades, se haya permitido su asistencia y dispongan de la información necesaria para la sesión.

<sup>1080</sup> Esta idea refleja el Tribunal Supremo al impedir la trascendencia invalidante del incumplimiento del plazo pues “no impidió al acto cumplir su fin, ni consta que produjese indefensión a los miembros de la Asamblea”, STS de 13 de enero de 1997, FD 3, (rec. 539/1988).

<sup>1081</sup> STS de 27 de mayo de 2002, FD 2, (rec. 6574/1995), STS de 25 de febrero de 2004, FD 3, (rec. 6314/2001).

siempre que quede acreditado el interés por parte del miembro afectado del intento sin éxito de hacerse con la documentación.

## ii) El orden del día

Otra de las reglas consideradas esenciales en el procedimiento de formación de voluntad de los órganos colegiados consiste en la obligación -ex artículo 17.4 LRJSP- de limitar los asuntos objeto de debate a los explícitamente fijados en el orden del día, con excepción de que asistan todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia<sup>1082</sup> del asunto por el voto favorable de la mayoría<sup>1083</sup>.

La esencialidad del conocimiento previo del orden del día y de la limitación de los acuerdos a los temas en él recogidos es otra manifestación más del derecho de los miembros a poder conocer y formarse una opinión reposada, para poder asegurar así una correcta formación de la voluntad del órgano colegiado.

Por ello, para la apreciación de nulidad -siempre excepcional- de un acuerdo adoptado sobre asuntos no recogidos en el orden del día habrá que valorar si efectivamente los miembros han podido crear una opinión reflexionada sobre el asunto a debatir o si, por el contrario, se ha adoptado un acuerdo sin una voluntad real o libre. Para ello, en cada caso concreto, habrá que valorar también si la inclusión del asunto en el orden del día se ha producido con la antelación temporal suficiente<sup>1084</sup>.

---

<sup>1082</sup> STS de 24 de enero de 1980, CDO 2, (ES:TS:1980:3144).

<sup>1083</sup> Incluso, como se ha dicho más arriba, el artículo 51 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, considera directamente nulos "...los (acuerdos) que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día...".

<sup>1084</sup> STS de 25 de abril de 2002, FD 4, (rec. 7438/1996). En este supuesto se decreta la nulidad de los acuerdos adoptados en el Pleno del Ayuntamiento pues "quedaron privados los Concejales de un previo y total conocimiento de la cuestión sobre la que ha de resolverse, con antelación temporal suficiente, a fin de que pudieran determinar el sentido de su voluntad con previo conocimiento de causa".

El orden del día es un instrumento más al servicio de que los miembros del órgano colegiado puedan conocer los asuntos a tratar con el tiempo suficiente y el acceso a la documentación precisa<sup>1085</sup>, asegurando así una correcta formación de la voluntad del órgano colegiado.

Por último, en cuanto al grado de concreción de los temas a tratar en el orden del día, siguiendo el argumento que venimos sosteniendo, lo importante es la posibilidad de que los miembros del órgano colegiado hayan podido formar su voluntad sobre un asunto más allá del rigor formalista de incluir con más o menos precisión un asunto en el orden del día<sup>1086</sup>.

### iii) La composición

El artículo 17.2 LRJSP determina, con carácter básico, que *“para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros”*. Por su parte, en relación con la Administración General del Estado, el artículo 20.1 del mismo texto legal establece que *“son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas”*.

La importancia de una válida composición de un órgano colegiado radica en que, en principio, ésta se proyecta sobre la validez de sus acuerdos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2014, en su

---

<sup>1085</sup> STS de 24 de noviembre de 1993, FD 2, (rec. 10173/1990).

<sup>1086</sup> STS de 17 de febrero de 1987, FD 5, (ES:TS:1987:1050). En este supuesto, muy expresivo de la instrumentalidad y excepcionalidad de la nulidad al servicio del contenido del acuerdo, el Tribunal considera que no ha lugar la nulidad de un acuerdo en un Pleno donde se acuerda la adquisición de una finca en el punto del orden del día “Asuntos de resolución del Pleno”. El Tribunal entiende, asumiendo la ambigüedad de la expresión, que los Concejales pudieron formarse una expresión pues “la finca cuestionada fue ofertada en un concurso anterior que fue declarado desierto, así como que posteriormente se planteó en la Diputación la posibilidad de adquirir dicha finca, lo que motivó que este tema fuera estudiado por una Comisión Especial que informó al Pleno que tomó la decisión de comprar la referida finca”.

Fundamento de Derecho cuarto determina que la consecuencia de la declaración de nulidad de la composición de un órgano colegiado es la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la misma sesión y amparados en una composición incorrecta. Sin embargo, esta misma sentencia establece una excepción, que son los acuerdos de un órgano colegiado compuesto irregularmente, pero aprobados por unanimidad, al no tener influencia los votos irregulares en el resultado final<sup>1087</sup>.

Compartimos la opinión del Alto Tribunal pero sólo en el supuesto de órganos colegiados de composición homogénea, es decir, los casos en que ningún miembro del órgano tenga funciones especiales por sus características técnicas o profesionales. En este caso, se trataba de una Junta de Regantes compuesta por los propietarios afectados por lo cual la composición de la Junta es homogénea pues todos sus miembros ostentan la misma posición. En este supuesto se consideró nula la composición porque comparecieron personas que no tenían la condición de comuneros, pero se mantuvieron válidos los acuerdos aprobados por unanimidad pues la voluntad de los no comuneros no influyó en la voluntad global del órgano manifestada a través de la votación.

Salvando, por tanto, estos supuestos de acuerdos adoptados por unanimidad en órganos colegiados de composición homogénea, la composición cobra especial relevancia en los órganos en los que deben concurrir en algunos miembros requisitos técnicos o profesionales específicos<sup>1088</sup>. Es interesante analizar en este punto la variación de la doctrina del Tribunal Supremo en dos sentencias en relación a la composición inidónea de los Jurados Provinciales de Expropiación, siendo extrapolable a cualquier órgano colegiado que requiera la presencia de algún miembro con características, especialmente de titulación exigible, específicas:

---

<sup>1087</sup> STS de 21 de marzo de 2014, FD 1, (rec. 1988/2012).

<sup>1088</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* op. cit. p. 379, CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* op. cit. p. 249, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994), "Las causas de..." op. cit. p. 280.

- Se consideró nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado por un Jurado Provincial de Expropiación por irregularidad de su composición ya que fue un arquitecto técnico quien ocupó la plaza del vocal técnico cuando debería haberla ocupado un arquitecto superior. Ni tan siquiera la adopción del acuerdo por unanimidad hizo plantearse al Alto Tribunal la posibilidad de otorgar validez o entender subsanado el defecto de composición inicial<sup>1089</sup>.
- Sin embargo, el criterio del Tribunal cambió en un caso análogo al anterior. Se solicitaba la nulidad del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación por defectos en su constitución, pues el puesto del Vocal Técnico fue ocupado por un ingeniero de caminos, canales y puertos, y no por un ingeniero agrónomo tal y como exigía la normativa aplicable al caso. Ante estos hechos, El Alto Tribunal determinó que en la valoración sobre la validez del acuerdo se atenderá *“no a la nulidad por la nulidad sino a la decisión de fondo, de modo que aquella sólo debe declararse cuando la incompetencia técnica sea tal que afecte a la decisión de fondo y pueda haber generado indefensión”*<sup>1090</sup>. En este caso, el Tribunal consideró que el ingeniero agrónomo estaba igualmente capacitado que el ingeniero de caminos, canales y puertos para realizar la valoración del terreno que iba a ser objeto de expropiación.

En definitiva, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la incorrecta composición del Jurado Provincial por carecer sus vocales de la titulación exigida por la normativa aplicable *“no constituye una causa de nulidad de pleno derecho, sino un defecto formal determinante de su anulación exclusivamente cuando, (...), impida al acto alcanzar su fin o haya producido indefensión”*<sup>1091</sup> o, en otras palabras, *“las vulneraciones -en la constitución del órgano colegiado-, no deben ser consideradas, en sí mismas, como vicio*

---

<sup>1089</sup> STS de 24 de junio de 1991, FD 3, (rec. 2704/1989).

<sup>1090</sup> STS de 30 de enero de 1998, CDO 1, (rec. 5405/1993).

<sup>1091</sup> STS de 5 de diciembre de 2017, FD 2, (rec. 2518/2016).

*sustancial, buscando la nulidad por la nulidad, sino tomando en cuenta la decisión de fondo*<sup>1092</sup>.

Estamos ante una clara aplicación del principio de resistencia que plantea, como máximo, la anulabilidad del artículo 48 LPACAP para los supuestos en que el defecto en la composición afecte al fin del acto o haya producido indefensión. En principio, valoramos positivamente este cambio de criterio pues una nulidad absoluta sin atender al contenido del acuerdo implicaría una vulneración del principio de economía procesal que, en muchas ocasiones, llevaría a una pérdida importante de tiempo para llegar al mismo resultado de fondo. Sin embargo, la anulabilidad presenta la posibilidad de subsanación siempre que el contenido del acuerdo sea correcto.

No podemos olvidar que es esencial el análisis caso por caso, pues parece que tanto un ingeniero de caminos como un ingeniero agrónomo están capacitados profesionalmente para realizar unas determinadas funciones comunes, del mismo modo que un arquitecto técnico o uno superior pueden solapar algunas de sus aptitudes profesionales. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo si en una Comisión de Selección al cuerpo de catedráticos de Derecho Administrativo, alguno de sus miembros no es licenciado o graduado en Derecho<sup>1093</sup>.

Consideramos que la anulabilidad debe ser la regla general para la composición irregular de órganos colegiados homogéneos o heterogéneos cuando los miembros tienen las aptitudes suficientes para desarrollar la función que les encomienda la norma reguladora del órgano colegiado. Ahora bien, no debemos renunciar totalmente a la nulidad de pleno derecho cuando quien ocupa

---

<sup>1092</sup> STS de 28 de noviembre de 2012, FD 3, (rec. 6761/2009).

<sup>1093</sup> STS de 1 de julio de 1993, FD 2, (rec. 2833/1991) señala que “la intromisión de un miembro del órgano calificador del concurso u oposición que no tiene la calidad requerida quebranta la legalidad de las reglas de la formación de la voluntad sin que sea necesario indagar la influencia que pudiera tener ese miembro en el curso de las deliberaciones y puntuaciones. La nulidad de pleno derecho que impone el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo no puede entenderse subsanable por consentimiento tácito de los afectados”.

un puesto técnico o profesional en un órgano colegiado no tiene ningún tipo de aptitud que haga prever que puede realizar su trabajo con un mínimo rigor.

En conclusión, sería interesante modular la aplicación del principio de resistencia especialmente en relación con los órganos de composición compleja y heterogénea –un jurado provincial de expropiación-, así como los de carácter representativo –piénsese, por ejemplo, en un Pleno de un ayuntamiento- dado que cumplen unos fines que hacen que sus defectos de composición no puedan sin más ceder ante el citado principio, pues las opiniones de uno u otro miembro no son sustituibles entre sí<sup>1094</sup>.

Es útil en este sentido acudir a la concreta regulación de cada órgano colegiado pues se exigen quórum concretos para cada clase de miembros, no siendo válida la constitución del órgano si no concurre un mínimo de cada clase -estaríamos ante una especie de “*quorum* cualitativo”-<sup>1095</sup>. Por ejemplo, el Jurado Provincial de Expropiación se constituye válidamente si, además del Presidente, asisten dos vocales siempre que cada uno pertenezca a un determinado grupo, es decir, es preciso uno en representación de la Administración y otro del sector privado<sup>1096</sup>.

#### iv) **Quorum de asistencia y votación**

Otra de las reglas propias de los órganos colegiados que la jurisprudencia ha destacado como esenciales es la relativa al cumplimiento del *quorum*. El *quorum* se define como el número de miembros necesario para que un órgano colegiado pueda funcionar de forma válida -*quorum* de asistencia- y como la proporción de votos favorables que se exige para la adopción válida de un acuerdo. Dada la singularidad del órgano colegiado como suma de voluntades

---

<sup>1094</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 624.

<sup>1095</sup> En este sentido, diferenciando entre *quorum* objetivo y subjetivo, vid. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 153.

<sup>1096</sup> Véanse los artículos 132 y 133 de la Ley de Expropiación Forzosa.

individuales de sus miembros, la consecuencia del incumplimiento de los quórum impide la formación misma de la voluntad del órgano. Por lo tanto, la consecuencia de una sesión sin la asistencia mínima de miembros o de un acuerdo adoptado sin los votos favorables mínimos debe traducirse en la nulidad de pleno derecho, pues no existe una verdadera voluntad del órgano colegiado.

En relación a la válida constitución del órgano, el ya citado artículo 17.2 LRJSP, exige la concurrencia del Presidente y del Secretario, o quienes les suplan<sup>1097</sup>, y la de la mitad, al menos, de sus miembros, siempre que tengan derecho a voto<sup>1098</sup>. La duda que puede generarse tras la lectura de este artículo tiene que ver con si la figura del Presidente y del Secretario computan o no para la suma de la mitad de los miembros en un órgano colegiado compuesto por tres miembros en total. La doctrina en este punto opta por una interpretación flexible del artículo que permite que tanto Presidente como Secretario computen entre la mayoría necesaria para la constitución del órgano. No podía ser de otra manera teniendo en cuenta que Presidente y Secretario tienen la condición de miembros del órgano y participan de su voluntad<sup>1099</sup>. Es decir, que el requisito de la colegialidad no se pierde por el hecho de que una sesión de un órgano colegiado esté compuesta por dos miembros y no por tres o más<sup>1100</sup> rompiendo así la tradición jurídica reflejada en el aforismo latino “*tria faciunt collegium*”<sup>1101</sup>.

---

<sup>1097</sup> El Tribunal Supremo considera válido el acuerdo adoptado por un órgano colegiado reunido en dos sesiones separadas por tres meses, cuando a la segunda sesión no acude el Secretario por ausencia justificada y el órgano colegiado acuerda su sustitución por una de las Vocales del mismo órgano que actuó con voz y voto como Vocal y solo con voz como Secretaria. Vid. STS de 9 de diciembre de 2011, FD 5, (rec. 202/2008).

<sup>1098</sup> STS de 15 de febrero de 1991, FD 2, (ES:TS:1991:846). Para “señalar el quórum preciso para la válida constitución del órgano, se tengan en cuenta únicamente sus componentes con derecho de voto”.

<sup>1099</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2017), “Los órganos administrativos”... *op. cit.* p. 2742, CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* *op. cit.* p. 150.

<sup>1100</sup> Cuestión diferente es la de la validez de los acuerdos en los supuestos en que la votación exija un sí o un no como respuesta y exista discrepancia entre sus miembros. En principio el voto dirimente del Presidente podría decidir válidamente el sentido del acuerdo. Por su parte, cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de...” *op. cit.* nota 20, considera que podría optarse o bien por exigir un mínimo de tres miembros para la válida constitución del órgano, o bien posponer la votación para una reunión posterior.

<sup>1101</sup> Como hemos citado más arriba, el artículo 20 de la Ley 40/2015 RJSP, en relación con los órganos colegiados de la Administración General del Estado exige que éstos estén integrados

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la misma línea en favor de la validez en la composición del órgano colegiado, siempre y cuando, de las dos personas que concurren a la sesión, una sea el Presidente y otra el Secretario o, en su caso, sus suplentes<sup>1102</sup>.

Dicho lo anterior, por lo que respecta al *quorum* de asistencia, se presentan pocos problemas en la práctica, ya que la flexibilidad que ha permitido el legislador es máxima permitiendo la figura de la segunda convocatoria con quórum menores a la mitad de los miembros. El artículo 17.3 LRJSP establece que *“los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano”*.

El principal problema que plantea el *quorum* asistencial es el de la necesidad de su mantenimiento o no durante la deliberación y la votación. La jurisprudencia viene siendo muy clara en este punto considerando que *“el quórum de asistencia señalada en la misma no sólo ha de alcanzarse en el momento inicial de la sesión, (...), sino que ha de mantenerse durante todo su transcurso, y ello no solamente atendiendo al tenor literal del precepto sino también a su razón de ser, puesto que, desde el plano literal, lo que el mismo dice es que el «quorum» que expresa -mayoría de los miembros que legalmente compongan la Corporación- será necesario «para que las sesiones puedan celebrarse», y por*

---

“por tres o más personas”. No consideramos este precepto contrario a la interpretación que venimos defendiendo por dos motivos: en primer lugar, porque el artículo de la ley parece que hace alusión al número de miembros que debe integrar el órgano, y no al número de miembros que deben concurrir a una sesión concreta para que ésta se considere válida. Y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, el artículo se refiere exclusivamente a los órganos colegiados de la Administración General del Estado, y no al resto.

<sup>1102</sup> STS de 18 de diciembre de 2017, FD 3, (rec. 319/2017) señala “si bien es cierto que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1956 siguiendo el aforismo *duo non faciunt collegium* establecía como *quorum* para la válida constitución de los órganos colegiales la asistencia en todo caso de «un número no inferior a tres» también cabe subrayar que esta regla no se incorporó al artículo 26.1 de la LRJPAC -hoy 17.2 LRJSP-, que no establece un número mínimo para el funcionamiento de los órganos colegiados, siendo por tanto el criterio de aplicación a los efectos del *quorum* imprescindible el de la presencia de al menos la mitad de los miembros”. En el mismo sentido, véanse STS de 18 de diciembre de 2017, FD 3, (rec. 194/2017), STS de 22 de noviembre de 2017, FD 4, (rec. 159/2017).

*celebración no cabe entender únicamente su iniciación sino toda la actividad que sigue, precisamente la más esencial, la que justifica su convocatoria, hasta su terminación”. Aclarando que “lo contrario supondría romper la unidad de acto de las sesiones en lo referente a las personas asistentes a las mismas y privar al precepto, que marca el número de asistentes, de la finalidad evidente de determinar un criterio de la Corporación que no puede tener fundamentación bastante con un número inferior al legalmente exigido para opinar<sup>1103</sup>”.*

Esta misma idea la encontramos también en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, cuyo artículo 46.2.c), sobre el funcionamiento de los órganos colegiados de los entes locales, determina que los quórum “*deberán mantenerse durante toda la sesión*”. De este precepto se deduce, sin lugar a dudas, que cualquier acuerdo que haya sido adoptado una vez levantada la sesión<sup>1104</sup> deberá ser calificado como nulo de pleno derecho, pues se entiende que no puede formarse la voluntad de un órgano que no está constituido.

Queda claro, por lo tanto, que el *quorum* mínimo de asistencia, y posterior votación, debe cumplirse durante toda la sesión para que los acuerdos sean válidos<sup>1105</sup>. Ahora bien, no conviene interpretar de modo literal esta jurisprudencia ni este precepto legal, pues poco sentido tendría calificar de nulo un acuerdo adoptado en una sesión si uno de los miembros se ausenta momentáneamente siempre que mantenga sus elementos de juicio intactos<sup>1106</sup> y su opinión formada sobre los asuntos a deliberar<sup>1107</sup>.

---

<sup>1103</sup> STS de 18 de febrero de 1983, FD 2, (rec. 81374/1983).

<sup>1104</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 172.

<sup>1105</sup> Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de...” *op. cit.* p. 236. “De no ser así quedaría esta exigencia reducida a un mero cumplimiento formal de una solemnidad inaugural, carente de trascendencia y utilidad, que permitiría llegar a la posibilidad de que, tras iniciarse una sesión en primera convocatoria cubriendo el quórum y hasta con la totalidad de los miembros integrantes del órgano colegiado, luego llegaran a adoptarse válidamente los acuerdos con el voto favorable del presidente y un miembro, en presencia del secretario, con evidente pérdida de los beneficios buscados en la colegialidad”.

<sup>1106</sup> STS de 15 de febrero de 1991, FD 3, (ES:TS:1991:846).

<sup>1107</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 258.

Es frecuente en la práctica encontrarnos con órganos colegiados que se reúnen en sesiones sucesivas -tribunales de oposición, por ejemplo-. En efecto, también para este tipo de órganos colegiados es exigible el mantenimiento de los miembros mínimos en todas sus sesiones, pero no necesariamente tienen que concurrir los mismos miembros durante todas ellas. La jurisprudencia considera que *“tampoco es exigible el mantenimiento de los mismos miembros en las distintas sesiones, por cuanto precisamente para ello se designa un número de miembros superior al necesario para constituir el quórum requerido, permitiéndose la modificación de su composición sin que por ello se resienta el tratamiento que reciban los aspirantes al existir un cierto número de miembros que se repiten en sus sesiones, como por otra parte sucede en la mayoría de los tribunales cuando participan en las sesiones dedicadas a la evaluación de los aspirantes”*<sup>1108</sup>.

Por último, y poniendo de nuevo en énfasis la importancia del análisis del caso concreto en esta hipótesis de nulidad de pleno derecho, debemos matizar que se debe ser especialmente riguroso en los supuestos en que quien se ausente sea un miembro en quien recaigan unos requisitos subjetivos concretos. En estas situaciones, como ya hemos tratado más arriba en relación con la válida composición de órganos colegiados heterogéneos o complejos, habrá que valorar singularmente la influencia del miembro ausente en la correcta formación de la voluntad de cada órgano colegiado, debiendo incluso anular el acuerdo si su presencia era del todo imprescindible.

#### **v) Deliberación y votación**

La última regla esencial es, quizás, la más decisiva para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, ya tiene que ver con la deliberación y

---

<sup>1108</sup> STS de 6 de marzo de 2008, FD 3, (rec. 1073/2007).

votación de los acuerdos<sup>1109</sup>. En definitiva, si las reglas esenciales que hemos analizado más arriba tendían a garantizar a los miembros del órgano colegiado el conocimiento de los temas para poder formarse una opinión individual, ahora analizaremos las reglas relativas a la manifestación de esas opiniones para, con el porcentaje necesario, formar la voluntad colegial.

El artículo 17.5 LRJSP establece, con carácter básico, que los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos, aunque en cada órgano pueden establecerse mayorías cualificadas en función del asunto que se vaya a tratar<sup>1110</sup>. Pocas dudas ofrece las consecuencias del incumplimiento de estas mayorías exigidas para adoptar válidamente un acuerdo. Si la voluntad colegial depende de un número de votos a favor, todo lo que no sea alcanzar ese número de votos será un vicio de nulidad absoluta<sup>1111</sup> en el caso de que se haya aprobado dicho acuerdo.

Continuando con el análisis de esta regla esencial, en abstracto, todos los miembros del órgano colegiado tienen derecho al voto, pero puede ocurrir que ante un asunto determinado recaiga sobre algún miembro un deber de abstención<sup>1112</sup>. Si se produce el voto de quien tenía el deber legal de abstenerse se aplica en toda su extensión el principio de resistencia, es decir, deberá comprobarse si el voto o los votos irregulares tienen una influencia decisiva en el resultado final de la votación<sup>1113</sup>. Si su influencia es decisiva, el acuerdo será

---

<sup>1109</sup> STS de 17 de febrero de 1992, FD 2, (rec. 1013/1990), señala que la votación es “lo más esencial y siempre decisivo”.

<sup>1110</sup> En cuanto a la forma de votación, vid. STS de 29 de julio de 2014, FD 9, (rec. 291/2013) y STS de 5 de diciembre de 2011, FD 4, (rec. 509/2010), en las cuales se admite la votación por asentimiento puesto que es una decisión que “expresa la coincidencia unánime de sus miembros sobre la decisión tomada, es decir superior a la mayoría exigida por ese precepto -actualmente el 17.5 LRJSP-”. Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de...” *op. cit.* p. 4.7.

<sup>1111</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* *op. cit.* p. 261.

<sup>1112</sup> Interesante análisis jurisprudencial en este punto realiza GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de...” *op. cit.* pp. 227 a 229, quien concluye que pese a que resulta complicado establecer criterios generales, el Tribunal Supremo opta normalmente por el principio “favor acti”, calificando a lo sumo los acuerdos de anulables y sólo de nulos de pleno derecho si la intervención de quien debió abstenerse fuese decisiva en el contenido de la decisión.

<sup>1113</sup> El artículo 23.4 LRJSP establece que “la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”. No nos

nulo de pleno derecho; si, por el contrario, no afecta al resultado final de la votación, estaremos ante una irregularidad sin trascendencia invalidante<sup>1114</sup>.

Idéntica solución merece la votación por quien no tiene ni tan siquiera la condición de miembro. En este caso, si su influencia es decisiva el acuerdo será nulo y, por el contrario, será una irregularidad no invalidante si no tiene trascendencia en el resultado final<sup>1115</sup>.

Parece razonable la solución que mantiene la jurisprudencia en el incumplimiento del deber de abstención en la votación, o de la votación por quien no ostenta la condición de miembro; sin embargo, es más difícil, dada su escasa posibilidad probatoria, valorar la influencia que haya podido tener un miembro sobre el que recaiga el deber de abstención en la deliberación. Debería acudir al estudio del caso concreto para concluir que si su influencia sobre el resto de miembros es decisiva, el acuerdo sería nulo y, de lo contrario, estaríamos ante una irregularidad no invalidante<sup>1116</sup>.

Un matiz debemos añadir en relación a la abstención de miembros de un órgano colegiado de la Administración General del Estado. El artículo 19.3 LRJSP señala que “*no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeña*”. En estos supuestos, la votación -incluso la asistencia como requisito imprescindible para votar- se convierte en una obligación que, además de las consecuencias disciplinarias en cada caso, podría afectar a la

---

detendremos excesivamente en este asunto pues ha sido ya analizado en el supuesto de nulidad relativo a la incompetencia manifiesta. Cfr. GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de...* op. cit. p. 317.

<sup>1114</sup> Traemos a colación dos sentencias en las que la no abstención sí tuvo influencia decisiva en el resultado del acuerdo y, por lo tanto, se declara su nulidad: STS de 17 de noviembre de 2003, FD 3, (rec. 2313/1998), STS de 27 de enero de 2000, FD 5, (rec. 4997/1994). Y en otra sentencia se produce el efecto contrario, la no abstención en nada afecta al resultado final, por lo que no tiene trascendencia anulatoria la irregularidad: STS de 2 de octubre de 2006, FD 3, (rec. 138/2003).

<sup>1115</sup> Vid. la ya citada STS de 21 de marzo de 2014, FD 1, (rec. 1988/2012).

<sup>1116</sup> Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de...” op. cit. p. 4.9.

validez del acuerdo si se demuestra que la abstención indebida ha influido determinadamente en el resultado<sup>1117</sup>.

Igualmente se aplicará el principio de resistencia en los supuestos en que no coincida el número total de votos más abstenciones con el número total de asistentes. Habrá que estar al caso concreto para determinar si ese error podría cambiar el sentido del acuerdo, en cuyo caso estaríamos ante un acuerdo nulo, o no<sup>1118</sup>.

Para concluir este análisis, advertiremos, en consonancia con la doctrina, que una vez aprobado un acuerdo, éste se documentará en el acta correspondiente a cada sesión que, tal y como establece el artículo 18.2 LRJSP “*podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente*”. Ahora bien, la anotación en el acta constituye una simple declaración de conocimiento que acredita el acuerdo previamente adoptado<sup>1119</sup>, es decir, una formalización de carácter declarativo que no influye en la eficacia ni en la validez del acuerdo. No constituyen, por lo tanto, reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado las relativas a la documentación de las sesiones en las actas correspondientes.

En este sentido, llama poderosamente la atención el artículo 52.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local que determina que “*no serán válidos los acuerdos no reflejados en el correspondiente libro de actas...*”. Como venimos defendiendo, el acuerdo existe y se presume válido desde que se adopta por el órgano colegiado<sup>1120</sup>, por lo que su validez no puede hacerse depender de su inscripción o no en el libro de actas<sup>1121</sup>. De hecho,

---

<sup>1117</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2017), “Los órganos administrativos”... *op. cit.* p. 2748.

Misma solución alcanza GARCÍA DE COCA, J. A., “Sobre la prohibición legal de abstenerse impuesta a autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 39, 1994, pp. 9 y 10 (versión electrónica).

<sup>1118</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados...* *op. cit.* p. 630, CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* *op. cit.* p. 261.

<sup>1119</sup> Cfr. CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados...* *op. cit.* pp. 233 y 234.

<sup>1120</sup> Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de...” *op. cit.* p. 4.11.

<sup>1121</sup> En nuestra opinión, lo que hace el artículo 52.2 del *texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local* es trasladar, erróneamente, la invalidez del

en la práctica, no es infrecuente que el acuerdo que adopte el órgano colegiado sea sobradamente conocido por los interesados, incluso haya sido ejecutado con anterioridad a su plasmación en el libro de actas. En consecuencia, a nuestro juicio el legislador no está acertado en el citado artículo 52.2 pues el deber de reflejar los acuerdos en el libro de actos constituye un instrumento de prueba reforzado<sup>1122</sup> al servicio del principio de seguridad jurídica pero no puede representar una condición de validez de los mismos.

---

soporte -libro de actas- al propio acto administrativo -acuerdo-, cuando estamos ante dos actos diferentes. En primer lugar, el acuerdo del órgano colegiado (acto administrativo declarativo de voluntad) y, en segundo lugar, su transcripción al libro de actas (acto administrativo de declaración de conocimiento). La invalidez de este último, al igual que ocurre con la notificación o la publicación de los actos, podría afectar a la eficacia del acuerdo, pero no a su validez.

Así también lo viene entendiendo desde antiguo el Tribunal Supremo. Especialmente clara es la STS de 11 de julio de 1979, CDO 3, (ES:TS:1979:966): “una consecuencia de aquel carácter es la distinción entre la validez del contenido del acuerdo, planteable por la Corporación por los medios legales de revisión, y la existencia formal del acuerdo en el acta preceptiva que es su vehículo, y otra consecuencia es también el criterio jurisprudencial que ha venido entendiendo la procedencia de admitir como existentes los acuerdos municipales no documentados en el libro de Actas cuando su contenido se demuestra suficientemente” (...) Si la falta de constancia que impida acreditar su existencia acarrea la invalidez del acto como consecuencia, la prueba cumplida de la adopción del acuerdo comporta la obligación de subsanar aquella ausencia como consecuencia de los deberes legales de constatación a que se ha hecho referencia y del hecho de que la validez se refiere simplemente a requisitos de forma obligados y por tanto exigibles”.

<sup>1122</sup> Cfr. VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados... op. cit.* p. 611.



## **CAPÍTULO CUATRO: SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO AL MARGEN DEL ARTÍCULO 47.1 LPACAP**

### **I.- INTRODUCCIÓN: LA INEVITABLE EXPANSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO A TRAVÉS DE LA LETRA G) DEL ARTÍCULO 47.1 LPACAP**

Con la entrada en vigor de la Ley 30/1992 RJAPPAC se reconoce al legislador la posibilidad de incluir nuevas causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Esta cláusula, hoy consagrada en la letra g) del artículo 47.1 LPACAP –“*cualquier otro [acto administrativo] que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley*”<sup>1123</sup>- ha abierto la puerta al legislador sectorial<sup>1124</sup> para sancionar con la nulidad radical las conductas administrativas infractoras del orden público más graves en cada materia o ámbito de regulación<sup>1125</sup>.

---

<sup>1123</sup> A modo de curiosidad, la Ley 30/1992 redactó este precepto como “cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”, mientras que la vigente Ley 39/2015 PACAP, lo redacta como “cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”. Sin duda se trata simplemente de un cambio de estilo que en nada afecta al alcance o contenido del citado artículo.

<sup>1124</sup> También los diferentes legisladores autonómicos han hecho uso de esta facultad, cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la ley de procedimiento común” en *RAP*, nº 159, 2002, pp. 140 y 141.

<sup>1125</sup> Valora muy positivamente esta remisión del legislador básico al sectorial SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 137, quien, en el contexto de una crítica a la redacción y contenido de los artículos 47 y 48 LPACAP, considera que esta remisión “apunta en

Posibilitando el hecho de que no quede ninguna conducta administrativa que infrinja gravemente el orden público sin la oportuna sanción de nulidad radical, puede, sin embargo, resultar peligrosa la proliferación descontrolada de causas de nulidad al amparo del artículo 47.1.g). En efecto, la nulidad radical “sacrifica” el principio de seguridad jurídica en favor del principio estricto de legalidad, otorgando un régimen procesal muy favorable a su expulsión, sin contar, prácticamente, con límites temporales. Es por ello que su interpretación debe ser restrictiva y, en consecuencia, los motivos de nulidad de pleno derecho deberían conformar un “*numerus clausus*”. Como veremos a lo largo del Capítulo, no es infrecuente que muchas de las causas de nulidad previstas fuera de la Ley de procedimiento sean meras concreciones de las recogidas con carácter general en el artículo 47.1 LPACAP.

Precisamente para evitar la proliferación de supuestos de nulidad previamente aludida, el citado artículo 47.1.g) establece una doble condición: por un lado, la causa de nulidad debe reconocerse de forma expresa. El alcance del término “expresamente” se refiere no solo a la descripción de la conducta sancionada, sino a que la sanción de nulidad radical o de pleno derecho figure en el precepto legal de forma explícita y clara<sup>1126</sup>.

Por otro lado, el legislador básico prevé una reserva de ley para consagrar nuevos supuestos de nulidad de pleno derecho. Reconociendo que la creación *ex novo* de motivos de nulidad es una manifestación del principio de oportunidad

---

la dirección correcta, porque es precisamente en esas otras leyes donde la nulidad de pleno derecho debe ser preferentemente declarada”.

<sup>1126</sup> Se denuncian por parte de la doctrina expresiones del legislador que se refieren a “nulidad” o a “actos nulos” sin llegar a determinar si se está refiriendo a nulidad radical o a anulabilidad. Parece que, en estos casos, debemos interpretar que estamos ante supuestos de anulabilidad dado el carácter restrictivo de la nulidad de pleno derecho. Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1970 o GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 142.

También así lo consideró el Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, de 22 de enero de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/92, cuando el propio legislador utilizó la expresión “serán nulas las resoluciones administrativas” en el artículo 23.4 de la Ley de Gobierno de 1997. El Consejo entiende que estamos ante un supuesto de anulabilidad y no nulidad de pleno derecho.

y obedece a criterios políticos, la exigencia de una norma con rango de ley trata, al menos, de que exista un consenso en las nuevas causas de nulidad y supone un rechazo, en todo caso, a establecer supuestos de nulidad mediante reglamentos.

A lo largo de este capítulo trataremos de analizar los supuestos más importantes de actos nulos de pleno derecho de carácter general –entrar en los motivos de nulidad sectoriales haría poco menos que infinito el presente trabajo- y, lo que consideramos más interesante, el llamado “efecto cascada” de la nulidad, según el cual, la nulidad de una norma, un contrato o un acto, podría conllevar la nulidad de los actos dictados a su amparo.

## **II.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS QUE SE ADQUIERAN COMPROMISOS DE GASTO U OBLIGACIONES POR CUANTÍA SUPERIOR AL IMPORTE DE LOS CRÉDITOS AUTORIZADOS EN LOS ESTADOS DE GASTOS**

Sin lugar a dudas, uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos con más recorrido e importancia histórica –al margen de los recogidos en las sucesivas leyes de procedimiento administrativo- lo constituye el hoy redactado en el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP)<sup>1127</sup>: “*no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos*

---

<sup>1127</sup> También se recoge expresamente en términos casi idénticos para el ámbito de los entes locales en el artículo 173.5 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo que “No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar” y en el artículo 39.2.b) LCSP al recoger entre las causas de nulidad de los contratos públicos “la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”.

*autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley*<sup>1128</sup>.

El reconocimiento expreso por el legislador de esta causa de nulidad pone de manifiesto la importancia que en un Estado de Derecho tiene el cumplimiento efectivo del principio de separación de poderes. Más concretamente, la previsión de la nulidad de los actos administrativos que impliquen un gasto público superior al crédito autorizado es una concreción del principio democrático, pues exige que cualquier gasto público llevado a cabo por la Administración Pública debe tener cobertura presupuestaria previamente aprobada por los legítimos representantes del pueblo o colectividad que constituya la entidad pública de que se trate<sup>1129</sup>.

En efecto, del artículo 134.2 de la Constitución se desprende que los gastos que implique cualquier actuación del sector público estatal –se entiende igualmente aplicable, *mutatis mutandis*, a cualquier ente público- deben estar

---

<sup>1128</sup> En efecto, aludimos al reconocimiento histórico por el legislador de este motivo de nulidad pues el artículo 39.2 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 ya determinaba que “no podrán contraerse obligaciones cuyo importe pueda exceder del crédito legislativo, siendo nulas aquellas que infrinjan esta disposición”. Con una redacción más similar a la actual, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 en su artículo 60 disponía que “Los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos tienen carácter limitativo y, por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”. En el mismo sentido y en el ámbito de los entes locales se pronunciaba el ya derogado Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprobaron los textos articulado y refundido de las leyes de Bases de Régimen Local.

<sup>1129</sup> Nos encontramos ante una manifestación más de la vinculación positiva de la Administración a la ley –en este caso a la Ley de Presupuestos- que plasma perfectamente MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “La garantía constitucional del Derecho Administrativo” en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 9, 2002, p. 18, cuando afirma que el Poder Público “no puede hacer lo que quiera. Está sólo para servir y para hacerlo del modo que dispongan las determinaciones políticas que lo crean y regulan jurídicamente”.

incluidos en los correspondientes presupuestos públicos aprobados anualmente<sup>1130</sup>.

En consecuencia, la legalidad de la acción administrativa está doblemente condicionada; por un lado, el aspecto formal-sustantivo que exige la atribución genérica de potestad y la adecuación de los actos administrativos al ordenamiento jurídico y, por otro lado, el aspecto material-financiero entendido como una autorización económica previa y necesaria para toda actividad administrativa que implique un gasto público<sup>1131</sup>.

El supuesto de nulidad que ahora analizamos se centra, pues, en el aspecto material-financiero de la legalidad administrativa o, dicho de otro modo, en lo que la doctrina ha denominado principio de legalidad presupuestaria<sup>1132</sup>. Esta vertiente presupuestaria o financiera del principio de legalidad pivota, sin ánimo de exhaustividad, sobre cuatro principios:

- Principio de preclusión: la Administración no puede llevar a cabo gastos que superen la cantidad consignada en el presupuesto.
- Principio de especialidad: la autorización del gasto no opera de forma global sino detallada por categorías, lo que implica que los créditos autorizados para un gasto no pueden ser utilizados para otro.
- Principio de anualidad: la autorización de gasto es siempre temporal, generalmente un año, y finalizado el plazo deben anularse los créditos que no hayan sido utilizados, salvo que la norma autorice su permanencia.

---

<sup>1130</sup> El tenor literal del artículo 134.2 CE es el siguiente: “Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado”.

<sup>1131</sup> Sobre la denominada doble condicionalidad de la acción administrativa, entre otros, cfr. ARIÑO ORTIZ, G., (1980), *La Constitución y la Ley General Presupuestaria*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, p. 8.

<sup>1132</sup> Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L., “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria” en *RAP*, nº 49, 1966, *in totum*, ARIÑO ORTIZ, G., (1980), *La Constitución y... op. cit.* p. 10, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La garantía constitucional...” *op. cit.* p. 24.

- Principio de universalidad: el presupuesto debe contener la totalidad de ingresos y gastos, siendo así el documento totalizador de la actividad económica del Estado –o ente público de que se trate-<sup>1133</sup>.

En definitiva, el presupuesto cumple una función de control de la actividad de la Administración pues, por un lado la autoriza y por otro la limita<sup>1134</sup> en un triple sentido: cuantitativo, cualitativo y temporal<sup>1135</sup>.

Queda fuera de toda duda que la razón de ser de esta causa de nulidad es, como ya dijimos anteriormente, la salvaguarda de la división de poderes y el control del poder legislativo –mediante el presupuesto- al poder ejecutivo<sup>1136</sup>. Sin embargo, pese a que la práctica totalidad de la doctrina asume la gravedad que supondría permitir a la Administración Pública gastar dinero público al margen de las consignaciones presupuestarias, no faltan autores que se plantean si tiene sentido o no mantener esta hipótesis de actos nulos negando, incluso, la nulidad del acto administrativo por el que se contraigan obligaciones sin consignación

---

<sup>1133</sup> Vid. ARIÑO ORTIZ, G., (1980), *La Constitución y... op. cit.* 9, VILLAR PALASÍ, J. L., “La dinámica del...” *op. cit.* pp. 13 y ss.

<sup>1134</sup> Cfr. QUEROL BELLIDO, V., (1986), “Artículo 60” en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras, Tomo XLI, Vol. I, Ley General Presupuestaria, Artículos 1 a 74*, (dir. AMORÓS RICA, N.), Edersa, Madrid, p. 528.

<sup>1135</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 196.

Así también lo dispone la STS de 24 de octubre de 2002, FD 10, (rec. 9081/1996), cuando ratifica la declaración de nulidad del acto administrativo por el que se otorga una subvención a favor de una empresa pública con cargo a una partida presupuestaria consignada a favor de empresas privadas: “La autorización que el Congreso da al Gobierno para disponer de los créditos incluidos en el estado de gastos supone, pues, una evidente limitación a la Administración estatal no sólo en su dimensión o contenido específicamente monetario, esto es, cuantitativo, sino también en su dimensión finalista. La eficacia jurídica vinculante de la previsión presupuestaria es doble: si la Ley de presupuestos de un año en concreto fija determinada cantidad como partida asignada una finalidad específica (en este caso, como transferencia corriente a favor de empresas privadas para la regeneración de aceites lubricantes), las consecuencias jurídicas para la Administración son que ni puede gastar más por este concepto ni puede hacerlo para otras finalidades distintas de aquéllas que la Ley de Presupuestos ha querido”.

<sup>1136</sup> Así se deduce también de la STC 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3b, (rec. 3903/2016), en un asunto relativo a la concesión de subvenciones de carácter plurianual, el Tribunal Constitucional determina que “dada la división de poderes y la autonomía parlamentaria (arts. 66 y 67 CE), las Cortes Generales no están obligadas a autorizar el crédito necesario para satisfacer estos compromisos plurianuales de gasto, por más que hayan sido contraídos válidamente con sujeción a la indicada serie de requisitos. A su vez, debido al principio de legalidad presupuestaria (arts. 66.2 y 134 CE), sin la oportuna autorización presupuestaria el Gobierno no podrá ejecutar tales compromisos”.

presupuestaria. Tres son los principales argumentos que se esgrimen en este sentido:

- En primer lugar, hay quienes consideran que las normas presupuestarias no inciden en la validez de las obligaciones que contrae la Administración Pública<sup>1137</sup>, en el sentido de que la nulidad aludida en la LGP se refiere al compromiso de gasto como momento contable, dejando a salvo la obligación que sería válida si es conforme al ordenamiento jurídico sustantivo.

En relación con este planteamiento, parece que está superada la polémica en relación con la naturaleza jurídica de las leyes de presupuestos que, si bien se les reconoce ciertas peculiaridades, no se duda en afirmar que son verdaderas leyes, tanto en sentido formal como en sentido material y, en consecuencia, producen efectos en las relaciones jurídicas entre la Administración y terceros<sup>1138</sup>. A mayor abundamiento, es la propia LGP la que en su artículo 73.3 determina que *“el compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas”*.

- Otro argumento aducido en contra de reconocer la nulidad de los actos por los que se contraen obligaciones sin previsión presupuestaria es el

---

<sup>1137</sup> Cfr. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Gastos públicos sin crédito presupuestario” en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 8, 1975, p. 791 o SESMA SÁNCHEZ, B., “La aparente nulidad de los gastos contraídos sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa” en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 101, 1999, p. 68.

<sup>1138</sup> Cfr. LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., “La falta de consignación presupuestaria como supuesto especial de nulidad de la actuación administrativa” en *REDA*, nº 22, 1979, p. 382, o RUIZ GARCÍA, J. R., “De nuevo sobre la naturaleza de la Ley de Presupuestos. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, p. 244, PASCUAL GARCÍA, J., (2005), *Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control*, Ed. 4ª, BOE, Madrid, pp.196 y 197.

En esta línea se ha pronunciado siempre el Tribunal Constitucional. Traemos a colación, entre otras la STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4ª, (recs. 625/1988, 765/1990 y 766/1990) posteriormente citada por muchas, vid. entre otras, STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4, (rec. 1259/1997).

carácter interno y, en consecuencia, la imposibilidad de conocer por parte de los particulares la consignación presupuestaria<sup>1139</sup>.

No consideramos que estemos ante un argumento definitivo pues el hecho de que el administrado ignore un vicio imputable a la Administración no impide que el acto pueda ser nulo. Lo mismo sucede en otras causas de nulidad en las que el particular no tiene por qué conocer, por ejemplo, quién es el órgano administrativo competente o cuál es el *íter* procedimental que debe seguir la Administración y, sin embargo, nadie discute la nulidad del acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente o en ausencia de procedimiento<sup>1140</sup>.

- Por último, y obviando la literalidad del artículo 46 LGP, se ha planteado que más que ante una cuestión de nulidad de los actos que autorizan gastos sin previsión presupuestaria, nos encontramos ante una cuestión de exigibilidad o no de las obligaciones contraídas<sup>1141</sup>. En efecto, el artículo 21.1 LGP determina que “*Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas*”.

Estimamos demasiado forzada esta interpretación, no sólo por ser contraria a la literalidad de la norma, que es meridianamente clara al declarar la nulidad, sino porque, tal y como se desprende de la prerrogativa de autotutela declarativa de la Administración—desarrollada en el Capítulo I- los actos administrativos gozan de presunción de

---

<sup>1139</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 147, pone en duda el sentido de esta causa de nulidad por considerar que atenta gravemente contra la seguridad jurídica. Entiende que, a lo sumo, sólo deberían admitirse como supuestos de nulidad aquellos en que “la infracción de la exigencia de consignación presupuestaria sea notoria y, por tanto, evidente para un ciudadano medio que tenga un conocimiento de las circunstancias como el que ha podido alcanzar el destinatario del acto”.

<sup>1140</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 201.

<sup>1141</sup> En este sentido, cfr. PASCUAL GARCÍA, J., (2005), *Régimen Jurídico del...* *op. cit.* pp. 500 y 501 y QUEROL BELLIDO, V., (1986), “Artículo 60”... *op. cit.* p. 542.

legalidad y contienen declaraciones capaces de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas. En consecuencia, mientras no sea declarada la nulidad de un acto administrativo, su contenido será, en principio, exigible.

Tampoco faltan autores que, conscientes de la gravedad de la hipótesis que analizamos, pero también de los problemas que genera su aplicación práctica – fundamentalmente en el campo de la contratación pública, subvenciones o aumento de retribuciones a funcionarios públicos- optan por tratar de reubicar este motivo de nulidad en otros supuestos más consolidados recogidos en el artículo 47.1 LPACAP. Así, por ejemplo, se ha afirmado que un acto por el que se adquiere un compromiso de gasto sin consignación presupuestaria puede equivaler a un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente pues “*un presupuesto fáctico para el ejercicio válido de la competencia es la existencia del crédito presupuestario*”<sup>1142</sup>. No podemos compartir esta opinión pues supondría, como ya aclaramos cuando analizamos el supuesto de nulidad de la incompetencia manifiesta en el Capítulo III, una interpretación demasiado amplia y forzada del concepto “competencia” que se predica exclusivamente del órgano administrativo y no es ampliable a presupuestos fácticos que habiliten previamente al órgano –competente en todo caso- para actuar válidamente.

También se ha tratado de reconducir este vicio del acto administrativo a la causa de nulidad relativa a la ausencia de procedimiento pues se trata de un “*vicio en la integración procedimental de la voluntad administrativa*”<sup>1143</sup>. Tampoco consideramos válida esta propuesta pues, admitiendo que, al igual que el procedimiento administrativo, la previa consignación presupuestaria cumple una función de garantía para la posterior ejecución del acto administrativo, no creemos que dicha consignación constituya un elemento formal del acto administrativo o un trámite esencial del procedimiento pues se sitúa en un momento anterior al procedimiento en sí mismo considerado.

---

<sup>1142</sup> Vid. LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., “La falta de...” *op. cit.* p. 390.

<sup>1143</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., “La dinámica del...” *op. cit.* p. 27.

Por último, el Consejo de Estado planteó la posibilidad de reconducir estos supuestos a la causa de nulidad relativa a los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición del artículo 47.1.f) LPACAP<sup>1144</sup>. Tal y como se dijo cuando analizamos expresamente este motivo de nulidad, los requisitos esenciales a los que alude el legislador son de carácter subjetivo, es decir, deben concurrir en el sujeto que adquiere la facultad o el derecho. En este caso, carece de sentido atribuir carácter subjetivo a la falta de consignación presupuestaria pues, además de que estamos ante un requisito puramente objetivo, el destinatario del acto en muchas ocasiones ni tan siquiera tiene la posibilidad de conocerlo.

En conclusión, no podemos obviar el hecho de que son nulos de pleno derecho los actos administrativos por los que se adquieren obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos porque el legislador así lo establece textualmente en el artículo 46 LGP. Y tampoco podemos obviar que estamos ante una causa de nulidad *sui generis* pues, como venimos analizando, solo una interpretación demasiado forzada y extensiva –nada recomendable en el ámbito de la nulidad de pleno derecho- podría integrarla dentro de una de las causas del artículo 47.1 LPACAP.

Ahora bien, no se equivoca la doctrina cuando pone de manifiesto que este motivo de nulidad presenta consecuencias manifiestamente injustas para los administrados –contratistas o receptores de subvenciones públicas principalmente- que, sin conocer si existe o no consignación presupuestaria, actúan de buena fe en sus relaciones con la Administración. En efecto, puede darse la situación de un acto administrativo completamente legal en fondo y

---

<sup>1144</sup> Dictamen del Consejo de Estado 411/2013, de 4 de julio. En este caso se trataba de un aumento de las retribuciones a los trabajadores del Centro Nacional de Experimentación de Tecnologías del Hidrógeno y Pilas de Combustible por encima del límite máximo presupuestario legalmente establecido. Además de reconocer la nulidad del acto por la causa del artículo 46 LGP, el Consejo de Estado consideró que era subsumible también el supuesto en la causa de nulidad del artículo 47.1.f) pues “se trató de un acto contrario al ordenamiento jurídico y por el que se adquirieron derechos económicos -efecto favorable para los trabajadores- careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición”.

forma que sea nulo de pleno derecho por ausencia de consignación presupuestaria, lo que quiebra en todo caso los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del administrado en la Administración<sup>1145</sup>. Pero la injusticia de esta causa de nulidad va más allá, pues la nulidad provocada única y exclusivamente por la torpeza de la propia Administración al autorizar gastos sin consignación presupuestaria, se traduce en un enriquecimiento injusto de la misma al no poder hacer efectivo el pago comprometido en favor de terceros<sup>1146</sup>.

Como parece evidente, no debe permitirse que la actuación negligente de la Administración que compromete fondos públicos sin crédito presupuestario coloque al administrado de buena fe en una situación de absoluta indefensión;<sup>1147</sup> por ello, consideramos sensata la postura que adoptan tanto los tribunales como el Consejo de Estado<sup>1148</sup> cuando acuden a la teoría del

---

<sup>1145</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* pp. 145 y 146. Concretamente en el ámbito de las subvenciones, cfr. SESMA SÁNCHEZ, B., (1998), *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, p. 515.

<sup>1146</sup> Pone de manifiesto esta circunstancia el profesor REBOLLO PUIG, M., (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, pp. 391 y 392, en el ámbito de la contratación pública –extrapolable al ámbito de las subvenciones o aumentos de retribuciones a funcionarios públicos y, en general, a cualquier compromiso de gasto asumido por la Administración en favor de administrados- quien, asumiendo que el supuesto de nulidad es incontestable atendiendo a la normativa en vigor, igualmente incontestables son las consecuencias “injustas, cuando no absurdas” que se producen cuando “recaen sobre el contratista los efectos negativos de las omisiones administrativas y si, para evitarlo, se condena a la Administración por enriquecimiento injusto, tendrá que incluir a posteriori un crédito en el presupuesto, igual que si la hubiese condenado simplemente a cumplir con el contrato (o a convalidarlo), cuyo único defecto era esa falta presupuestaria.

<sup>1147</sup> Cfr. FERREIRO LAPATZA, J. J., “Los efectos de la Ley de Presupuestos respecto a las obligaciones del Estado. Un análisis de los artículos 32 y 39 de la LACHP” en *Hacienda Pública Española*, nº 14, 1972, p. 200 y ss.

<sup>1148</sup> En el ámbito de la contratación pública, que analizaremos más adelante, la STS de 29 de octubre de 1980, CDO 2, (ES:TS:1980:2760) establece que “la simple invalidación abocaría a consecuencias de injusticia, lesivas además para la parte a quien no era imputable la causa de la nulidad; por eso en tales supuestos se ha venido fundando la obligación municipal de abonar el precio de la obra al contratista en el enriquecimiento injusto”.

Por su parte el Dictamen del Consejo de Estado 1766/2009, de 4 de marzo de 2010, en un asunto en el cual la Administración se negó a pagar las remuneraciones a jueces sustitutos cobijándose en la insuficiencia presupuestaria razonó del siguiente modo: “-Los reclamantes carecían de los elementos necesarios para saber si existía o no algún género de limitación presupuestaria respecto a su nombramiento. No podía, pues, exigirse a los interesados la certeza de que sus nombramientos tuvieran cobertura presupuestaria. -Los hoy reclamantes prestaron un determinado servicio a la Administración de Justicia, servicio por el que no han recibido contraprestación alguna. -Los reclamantes prestaron ese servicio en la confianza de la normalidad de la actuación administrativa. El Consejo de Estado ha considerado en algunas ocasiones que el principio de enriquecimiento injusto puede ser fuente de obligaciones

enriquecimiento injusto de la Administración<sup>1149</sup>, obligándola a abonar la cantidad debida o, al menos, a indemnizar a los particulares de modo que no se vean perjudicados por la torpeza de la propia Administración. Con independencia de la nulidad del acto administrativo, se deja a salvo la acción de responsabilidad para que el particular afectado pueda ejercitarla contra la Administración, única responsable de la nulidad del acto<sup>1150</sup>.

Para tratar de solucionar esta circunstancia, entre la doctrina hacendística se consideró que podría ser útil la modificación de la redacción y la sanción del artículo 46 LGP declarando, simplemente, la prohibición de todo tipo de obligaciones económicas adquiridas por la Administración extralimitándose de las autorizaciones de gasto contenidas en el presupuesto<sup>1151</sup>. En nuestra opinión, una redacción de ese tipo trasladaría los actos administrativos que implicaran

---

administrativas (dictámenes de los expedientes 2.614/2004, 269/2005, 1.974/2007 ó 1.008/2008, entre otros). En el presente caso, la Administración ha percibido un servicio sin contrapartida alguna. La Administración se benefició de la realización de las sustituciones por parte de los reclamantes, acreditadas documentalmente, sin pago de las correspondientes retribuciones. Debe, pues, reconocerse el derecho de los reclamantes a ser indemnizados con las cantidades resultantes de la suma de las retribuciones devengadas por las sustituciones realizadas”.

<sup>1149</sup> Teoría del enriquecimiento injusto de la Administración que el Tribunal Supremo reitera en numerosas sentencias, vid. entre otras, STS de 21 de marzo de 1991, FD 5, (ES:TS:1991:1731), STS de 28 de abril de 2008, FD 4, (rec. 299/2005) o STS de 23 de marzo de 2015, FD 8, (rec. 993/2014): “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”.

<sup>1150</sup> Asumiendo la nulidad del acto, así como la posibilidad de requerir judicialmente a la Administración por responsabilidad patrimonial para evitar la indefensión de los administrados, cfr. LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., “La falta de...” *op. cit.* p. 392. Igualmente, en el ámbito de las subvenciones, cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 457.

<sup>1151</sup> Vid. SESMA SÁNCHEZ, B., (1998), *Las subvenciones públicas...* *op. cit.* pp. 525 y 526 quien considera necesario, dados los múltiples problemas que plantea su aplicación práctica, modificar el antiguo artículo 60 LGP (hoy artículo 46 LGP) pues, “como sucede en otros sistemas presupuestarios de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania y el propio ámbito europeo), bastaría con declarar la prohibición de que no podrán autorizarse ni comprometerse obligaciones económicas sino en los límites presupuestarios establecidos en el momento de autorización del gasto salvo que el crédito que cubre ese gasto tuviera la condición de ampliable o pudiera financiarse a través de alguna de las modificaciones presupuestarias. Ello, sin perjuicio, en todo caso, de las responsabilidades solidarias del gestor y del interventor que actuaran contraviniendo este límite presupuestario”.

compromisos de gasto sin crédito presupuestario al ámbito de los actos anulables dado el tenor literal del artículo 47.1.g) que exige reconocer de forma expresa las causas de nulidad de pleno derecho. No podemos negar que, por un lado, esta decisión favorecería la convalidación de los actos –en principio prevista solo para los actos anulables según el artículo 52.1 LPACAP- mediante la modificación o ampliación de las partidas presupuestarias. Sin embargo, considerando que la categoría de la nulidad de pleno derecho está prevista para calificar los vicios más graves y atentatorios contra el orden público que concurren en los actos administrativos, no hay duda de que uno de ellos será la vulneración del principio de división de poderes producida cuando el poder ejecutivo actúa extralimitándose de las autorizaciones del poder legislativo.

Por lo tanto, nos encontramos ante actos nulos de pleno derecho –porque así lo establece el legislador y porque así debe ser en atención a la gravedad del vicio- cuya declaración provoca situaciones de indefensión y absoluta injusticia material en sus destinatarios. Para corregir esta circunstancia, doctrina y jurisprudencia reconocen útil la vía del enriquecimiento injusto de la Administración para que ésta haga frente a los pagos a los que se había comprometido o, al menos, indemnice a los administrados en los daños causados. Como dice el sabio refranero castellano, para este viaje no hacen falta alforjas, y por ello, tan dudosa es la eficacia práctica de esta causa de nulidad, como evidente la gravedad del hecho de que la Administración ignore la habilitación previa del legislador para disponer de fondos públicos.

### **III.- ANÁLISIS DEL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 37.2 LPACAP: LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE VULNEREN LO ESTABLECIDO EN UN REGLAMENTO**

Como es conocido, la entrada en vigor de las vigentes LPACAP y LRJSP referidas al procedimiento administrativo común y al régimen jurídico del sector público provocó ríos de tinta entre la doctrina especializada, críticas que versaron

sobre múltiples aspectos, tanto sustantivos como sistemáticos o de organización<sup>1152</sup>. Siendo los comentarios y críticas heterogéneos en función de los autores, todos coincidieron en hacer alusión al inciso segundo del artículo 37 LPACAP que quedó redactado del siguiente modo:

*“Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47”.*

Tal y como está redactado este artículo parece que incluye un motivo más de nulidad de los actos administrativos más allá de los reconocidos en el artículo 47.1 LPACAP que, por otra parte, como veremos a continuación, rompe todos los esquemas sobre la configuración de los grados de invalidez de los actos.

Para no incurrir en valoraciones precipitadas del citado precepto, consideramos de justicia detenernos, aunque sea de modo somero, en su ubicación sistemática dentro de la ley de procedimiento pues el conjunto del artículo 37 lleva por título *“inderogabilidad singular”*. En efecto, el apartado primero consagra el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos cuando determina que *“[L]as resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general”*.

El citado principio no es una novedad para el derecho administrativo español, pues se incluyó por primera vez en la legislación positiva española en la década de los 50 del pasado siglo<sup>1153</sup>. Sin ánimo de entrar en un análisis exhaustivo de

---

<sup>1152</sup> Entre otros, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, L. A., “Los proyectos de ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del Sector Público: una primera evaluación” en *Documentación Administrativa*, nº 2, 2015, SÁNCHEZ MORÓN, M., “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 56, 2015, o HUERGO LORA, A., “Las Leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos” en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 63, 2016.

<sup>1153</sup> En efecto, la primera vez que se incluyó este principio en la legislación administrativa española fue en el ámbito del régimen local. Así, el artículo 11.2 del Reglamento de Servicios de

la inderogabilidad singular de los reglamentos, podríamos definirla como el “*principio contrario a que las disposiciones administrativas de carácter particular puedan establecer excepciones o derogar la aplicación de normas generales en casos singulares*”<sup>1154</sup>. La Administración Pública en el uso de su potestad reglamentaria tiene la capacidad de crear normas jurídicas –reglamentos- que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y, a su vez, tiene la obligación de someterse al ordenamiento jurídico tal y como impone el artículo 9.1 o el 103 de la Constitución. Es decir, que los reglamentos aprobados por la Administración la obligan también a ella desde el momento de su entrada en vigor<sup>1155</sup>.

Podemos encontrar el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos, siguiendo en este punto al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en el principio de legalidad<sup>1156</sup>. Consecuencia del citado principio, “*la Administración*

---

las Corporaciones Locales de 1955 rezaba que “sus disposiciones [de las Ordenanzas y Reglamentos locales] vincularán a los administrados y a la Corporación, sin que ésta pueda dispensar individualmente de la observancia”. Al año siguiente, el artículo 46 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 dispuso que “serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren”. Y, al año siguiente, y con carácter general, el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 estableció que «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas», redacción que se mantuvo también en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992.

<sup>1154</sup> Cfr. RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: “inderogabilidad singular”.

<sup>1155</sup> Es interesante el razonamiento de las STS de 20 de febrero de 2013, FD 13, (rec. 165/2012) y STS de 21 de marzo de 2017, FD 5, (rec. 2786/2014), en relación con la vinculación del Gobierno a sus propias disposiciones generales cuando reconoce que “el Gobierno puede derogar o modificar un Reglamento por vía general en virtud de la potestad reglamentaria reconocida en el art. 97 de la Constitución. Esta potestad formal le autoriza, con respeto al principio de jerarquía normativa, a modificar el ordenamiento jurídico, introduciendo, cambiando o dejando sin efecto prescripciones reglamentarias. En este sentido, el Gobierno, haciendo uso de esa potestad, puede disponer la derogación general de un Reglamento o su modificación, si lo considera necesario, atemperando su contenido a aquellas circunstancias que así lo exijan o en el caso de novedosos mandatos legales que deba ejecutar. Lo que no puede hacer es excepcionar, para personas concretas, un mandato general contenido en una norma reglamentaria, pues el Gobierno está también obligado a respetar las normas, incluso aquellas que nacen de su propia potestad normativa, en la medida en que también él es sujeto destinatario de sus mandatos, por razón de que una vez que las normas son aprobadas pasan a formar parte del ordenamiento jurídico al que el Gobierno también se debe, y así nos lo recuerda el art. 9.1 CE al señalar que los poderes públicos, cualesquiera que estos sean, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

<sup>1156</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos” en *RAP*, nº 27, 1958, p. 76.

*puede derogar o modificar un reglamento por vía general en virtud de su potestad reglamentaria, que es una potestad formal, pero no puede decidir en casos concretos en contra de la prescripción general de un reglamento porque no tiene potestad para ello, porque la potestad de actuar en la materia de que se trate se la ha atribuido el propio reglamento en los términos estrictos que de sus preceptos se derivan, y el ir en contra de esos límites implicaría claramente una actuación ilegal*<sup>1157</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, insiste en el principio de legalidad como fundamento de la inderogabilidad singular y, a su vez, lo complementa con “*el principio constitucional de igualdad que exige el mismo trato ante situaciones iguales*”<sup>1158</sup>.

Si bien la inderogabilidad singular de los reglamentos tiene una trayectoria más o menos amplia en el derecho administrativo español, no ocurre lo mismo con la previsión de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria. Sólo encontramos un antecedente en el artículo 23.4 de la Ley del Gobierno en su redacción original cuando 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*”, precepto derogado desde el día 2 de octubre de 2016.

Hubo unanimidad en la doctrina a la hora de interpretar el citado precepto de la Ley del Gobierno considerándose que se estaba regulando un supuesto de anulabilidad<sup>1159</sup> y que la utilización del término “nulas” se debía más a una

---

<sup>1157</sup> *Íbidem*, p. 83. No es el único fundamento, sin embargo, que encuentra la doctrina del principio que ahora analizamos. Por su parte, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1972, considera que la razón de ser de la inderogabilidad singular de los reglamentos es “la estructuración jerárquica del ordenamiento y el –innegable– plusvalor de la norma sobre el acto”.

<sup>1158</sup> STS de 27 de abril de 2016, FD 10, (rec. 4009/2014). En términos muy similares, cfr. STS de 19 de julio de 2017, FD 2, (rec. 2868/2016).

<sup>1159</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>., “Una reflexión sobre la nulidad de pleno derecho y la inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas” en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 25, 2016, p. 21 o AGUDO GONZÁLEZ, J., “Inderogabilidad singular de reglamentos,

imprecisión del legislador que a una verdadera voluntad de concretar una nueva causa de nulidad<sup>1160</sup>.

Algo más de polémica ha creado, sin embargo, el artículo 37.2 LPACAP y el motivo no es otro que la redacción literal del artículo, que al ya derogado 23.4 de la Ley del Gobierno se ha añadido el último inciso “*así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47*” apuntando claramente hacia las causas tasadas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.

Atendiendo a una interpretación literal del artículo llegaríamos a conclusiones totalmente perturbadoras para la regulación de la invalidez de los actos administrativos<sup>1161</sup>. El legislador ha incurrido en una extralimitación difícilmente explicable desde el punto de vista de la seguridad jurídica que se traduciría –de interpretarlo literalmente- en considerar la categoría de la nulidad de pleno derecho como regla general y la anulabilidad como excepción<sup>1162</sup>. En efecto, atendiendo a la letra del precepto, todo acto administrativo contrario a un reglamento es nulo de pleno derecho. De ser esto así, el artículo 47.1 LPACAP que contempla las causas tasadas de nulidad queda totalmente vacío de

---

reservas de dispensación y dispensas. Un análisis basado en el artículo 37.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 328, 2019, p. 82.

<sup>1160</sup> En este sentido vid. Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, de 22 de enero sobre el anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/92: “A juicio del Consejo de Estado, ha de ser vedada la posibilidad de una interpretación que entienda configurado en tales términos un supuesto de nulidad de pleno derecho, cuando las resoluciones de que se trata quedan incursas en un vicio de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico. Así se desprende de la naturaleza de la ilegitimidad que describe la norma cuanto, de modo nítido, de su precedente en el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que se formula en términos prohibitivos y cuya vulneración determinaba la invalidez en grado de anulabilidad. Nada sugiere que el legislador haya querido cambiar el tipo y los efectos de la invalidez de que se trata, aunque alguien pretendiera inferir otra cosa de la expresión legal “son nulas...”.

En contra, el Dictamen del Consejo de Estado 587/2013, de 13 de julio supone la única excepción a la línea interpretativa en el Dictamen anterior pues consideró que se trataba de un vicio de “nulidad radical”. Sin embargo, no tuvo ningún predicamento entre la doctrina posterior ni tampoco era el motivo principal sobre el que versó el citado Dictamen.

<sup>1161</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., “Las Leyes 39...” *op. cit.* p. 11.

<sup>1162</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, L. A., “Los proyectos de...” *op. cit.* p. 5, quien denuncia un exceso verbal del legislador y deduce que el legislador “quiere expresar otra idea; pero ésta no se deduce en absoluto de su texto”.

contenido, lo cual es dogmáticamente erróneo dada la excepcionalidad de la nulidad como categoría invalidante.

Pero no solo es un precepto incompatible con la teoría general de la invalidez de los actos, sino que lo es, además, con el resto del articulado de la LPACAP. En primer lugar, es incompatible con el artículo 106 LPACAP que regula la revisión de oficio -predicable sólo de los actos nulos de pleno derecho- y se refiere expresamente a los “*supuestos previstos en el artículo 47.1*” sin aludir en ningún momento al controvertido artículo 37.2 LPACAP<sup>1163</sup>. En segundo lugar, si los actos contrarios a los reglamentos fuesen nulos de pleno derecho, con más razón serían nulos los que contraviniesen una norma con rango de ley, sin embargo, el artículo 48.1 LPACAP establece la regla general de la anulabilidad considerando “*anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”<sup>1164</sup>.

También desde el punto de vista sistemático<sup>1165</sup> es criticable este artículo pues pretendería incluir un motivo de nulidad ubicándose dentro del Capítulo II del Título III dedicado a la “eficacia de los actos” y no dentro del Capítulo III del mismo Título que lleva por rúbrica “nulidad y anulabilidad” y es donde se integran los artículos 47 y 48 LPACAP.

Descartando, en definitiva, la interpretación literal del artículo 37.2 LPACAP, no han faltado autores en la doctrina que han tratado de encontrar una interpretación compatible con la configuración de la invalidez en nuestro sistema jurídico-administrativo.

Una primera postura apuesta por entender que no siempre el acto contrario a un reglamento es nulo de pleno derecho, sino exclusivamente cuando esa contravención del reglamento provoque una vulneración del derecho

---

<sup>1163</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., (2021), “Eficacia de los actos” en *Comentarios al procedimiento administrativo* (dirs. BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>. & LAVILLA RUBIRA, J. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 269 o SÁNCHEZ MORÓN, M., “Una reforma precipitada...” *op. cit.* p. 24.

<sup>1164</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., “Las Leyes 39...” *op. cit.* p. 11.

<sup>1165</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1975.

fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución estableciendo una situación jurídica privilegiada o una discriminación siempre que pueda constatarse una posición comparativamente mejor que la otorgada a otras personas en situaciones semejantes<sup>1166</sup>.

Consideramos que esta posición no aporta ninguna novedad a las causas de nulidad, pues el artículo 47.1.a) LPACAP ya declara la nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen derechos susceptibles de amparo constitucional. En otras palabras, si el artículo 37.2 LPACAP es problemático por la inseguridad jurídica y la confusión que provoca, esta interpretación, lejos de despejar dudas, las aumenta.

Una segunda postura entiende, al igual que la anterior, que no todos los actos administrativos que contravengan un reglamento han de ser nulos de pleno derecho, sino solamente –y aquí está diferencia con la postura anterior- aquellos que impliquen una vulneración cualificada que se traduzca en una inaplicación del reglamento indebida y arbitraria produciendo su derogación para el caso concreto. Es decir, un acto administrativo será nulo cuando se dicte con la finalidad de excepcionar la aplicación de un reglamento para un caso concreto<sup>1167</sup>.

Esta interpretación, como la anterior, consideramos que genera más dudas que certezas pues, ¿acaso no todos los actos que vulneran un reglamento –o cualquier disposición normativa- tienen como finalidad su inaplicación en ese caso concreto? Desde luego, si lo que estamos buscando es seguridad jurídica, esta interpretación no parece conseguirlo pues no aporta ningún criterio –quizás porque no lo hay- para determinar cuándo un acto excepciona la aplicación de un reglamento y cuando lo vulnera, pero sin excepcionar su aplicación en el caso concreto.

---

<sup>1166</sup> Cfr. AGUDO GONZÁLEZ, J., “Inderogabilidad singular de...” *op. cit.* pp. 103 y ss.

<sup>1167</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>., “Una reflexión sobre...” *op. cit.* p. 28.

En conclusión, entendemos que se trata de un precepto absolutamente desacertado e incierto. Por ello, consideramos que la mejor interpretación posible para el artículo 37.2 LPACAP –aunque sea contraria a la literalidad del artículo- es la misma que vino utilizándose para el derogado artículo 23.4 de la Ley del Gobierno, es decir, entender que el legislador utilizó la expresión “nulas” como sinónimo de “inválidas”<sup>1168</sup>. Si la teoría de la invalidez de los actos ya plantea problemas de todo tipo –sobre todo de seguridad jurídica- creemos acertado pasar por alto este apartado segundo del artículo 37 LPACAP considerándolo un error, de bulto, del legislador.

#### **IV.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRARIOS A LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS SENTENCIAS QUE PERSIGAN ELUDIR SU CUMPLIMIENTO**<sup>1169</sup>

El motivo de nulidad que analizaremos a lo largo de las próximas líneas constituyó una de las novedades incluidas en la LJCA de 1998. Así, el Título IV de la citada norma, concretamente en su Capítulo IV dedicado a la ejecución de sentencias recoge en el artículo 103.4 la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos “*contrarios a los pronunciamientos de la sentencia, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*”<sup>1170</sup>.

---

<sup>1168</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1976.

<sup>1169</sup> Sobre esta causa de nulidad, véase el completísimo e interesante trabajo de REBOLLO PUIG, M., “Nulidad de reglamentos y actos administrativos por contrariar sentencias” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 104, 2019, *in totum*.

<sup>1170</sup> Precisamente este motivo de nulidad se recoge también en el derecho administrativo italiano, no mediante la remisión de la cláusula “altri casi previsti espressamente dalla legge” equivalente a nuestro art. 47.1.g) como ocurre en nuestro sistema jurídico-administrativo, sino como causa directamente prevista en el art. 21.septies de la Ley de Procedimiento Administrativa Italiana nº 241 de 7 de agosto de 1990 que prevé la nulidad del acto administrativo “che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato”. Cfr. CHIEPPA, R. & GIOVAGNOLI, R., (2020), *Manuale di Diritto Amministrativo. Percorsi*. 5ª Ed., Giuffrè Francis Lefevre, Milán, pp. 665 y 666.

Parece que la finalidad perseguida por el legislador con la inclusión de esta causa de nulidad fue la de fortalecer el principio de división de poderes, de forma que la Administración no pueda evitar el cumplimiento de una sentencia desfavorable mediante el dictado de un acto administrativo que la contradiga. Esta práctica administrativa, tan indeseable como frecuente, fue ya denunciada por la doctrina<sup>1171</sup> y entendemos que acogida por el legislador a la vista del artículo 103.4 LJCA antes enunciado.

En otras palabras, el fundamento de la hipótesis de nulidad que examinamos en este epígrafe es el de impedir que el privilegio de la autotutela administrativa<sup>1172</sup> –aparición de validez de sus actos<sup>1173</sup>- posibilite el no cumplimiento de las sentencias dictadas en contra de la Administración. Precisamente para ello, el legislador no solamente califica como nulos los actos administrativos que traten de eludir el cumplimiento de una sentencia sino que, para facilitar esta declaración de nulidad, el apartado 5 del artículo 103 permite al juez o tribunal encargado de ejecutar la sentencia cuyo cumplimiento se trate de evitar declarar, a instancia de parte, la nulidad de dichos actos<sup>1174</sup>. En efecto, el citado artículo facilita la declaración de nulidad, pues los actos administrativos no han de ser recurridos en un procedimiento distinto, sino que la parte perjudicada podrá instar su nulidad ante el mismo tribunal competente para

---

<sup>1171</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa” en *RAP*, nº 73, 1974, pp. 151 a 178. A lo largo de este artículo se aborda la problemática del incumplimiento de las resoluciones judiciales por parte de la Administración condenada mediante la reproducción del acto anulado o la emisión de un acto incompatible con la efectividad de la sentencia. Esta problemática denunciada es la que trata de resolver el ahora analizado artículo 103.4 LJCA.

<sup>1172</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 143.

<sup>1173</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., “La permanencia de un viejo problema: la reiteración de los actos administrativos anulados como forma de incumplimiento indirecto de las sentencias, con especial referencia a los efectos de los recursos de casación en interés de Ley”, en *RAP*, nº 156, 2001, p. 294.

<sup>1174</sup> El citado artículo 103.5 LJCA establece que “el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

ejecutar la sentencia. Esta posibilidad evita las dilaciones innecesarias<sup>1175</sup> que se producirían si hubiera que impugnar en acto en vía administrativa y, posteriormente, en vía contenciosa<sup>1176</sup>.

Fundamentada la causa de nulidad, a continuación trataremos de determinar qué condiciones deben reunir los actos administrativos para que puedan ser calificados como nulos de pleno derecho en aplicación del artículo 103.4 LJCA. Parte de la doctrina coincide en destacar dos requisitos; por un lado, desde el punto de vista objetivo, el acto dictado ha de ser contrario a lo dispuesto en la sentencia y, por otro lado, desde el punto de vista subjetivo o teleológico, la finalidad o intención del acto ha de ser la de eludir el cumplimiento de la sentencia<sup>1177</sup>. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado este precepto como “*un caso específico de desviación de poder propio de las ejecuciones de sentencia*”<sup>1178</sup>.

No está exenta de críticas, sin embargo, esta posición doctrinal y jurisprudencial<sup>1179</sup> que exige la concurrencia de las dos exigencias –objetiva y subjetiva- para la declaración de nulidad. Queda fuera de toda duda, y no presenta problemas de prueba, el hecho de que el acto debe contradecir de

---

<sup>1175</sup> Así lo reconoce también la STS de 27 de noviembre de 2006, FD 2, (rec. 309/2004), que considera que “la “ratio” de esta previsión legal –artículos 103.4 y 103.5 LJCA- es clara: se trata de evitar (en aras del mejor otorgamiento de una tutela judicial efectiva sin dilaciones ni entorpecimientos) el encadenamiento sucesivo de nuevos recursos contencioso-administrativos en relación con el mismo asunto, facilitando que en el curso del mismo proceso pueda revisarse si la actividad de ejecución de la sentencia ha sido en verdad respetuosa con lo resuelto o si se ha apartado del fallo bajo la solo aparente cobertura de un acatamiento meramente formal”.

<sup>1176</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2010), *La ley reguladora... op. cit.* p. 1094, quien considera que los artículos 103.4 y 103.5 configuran una “alteración del sistema impugnatorio normal de actos y disposiciones” que considera lógica e impecable pues, de lo contrario, si se siguiera el procedimiento impugnatorio ordinario “hubiera sido un perfecto disparate”.

<sup>1177</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2016), *Comentarios a la... op. cit.* p. 980, VV.AA., (2007), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Ed. 3ª, Aranzadi, Cizur Menor, p. 914.

<sup>1178</sup> Vid., entre otras, STS de 17 de octubre de 2010, FD 4, (rec. 3911/2009), STS de 17 de octubre de 2017, FD 5, (rec. 3063/2016), STS de 31 de octubre de 2017, FD 4, (rec. 1677/2016).

<sup>1179</sup> También la jurisprudencia ha incidido en la necesidad del doble requisito objetivo y subjetivo para que pueda entrar en juego la causa de nulidad del artículo 103.4 LJCA. Vid. STS de 18 de diciembre de 2008, FD 5, (rec. 1214/2007) o STS de 17 de febrero de 2015, FD 8, (rec. 3861/2013).

forma objetiva el contenido material de la sentencia hasta el punto de que impida su cumplimiento. Sin embargo, demostrar el elemento teleológico o la finalidad subjetiva de la Administración se antoja poco menos que imposible<sup>1180</sup>. Tanto es así, que la propia jurisprudencia, pese a requerir la concurrencia del requisito subjetivo, ha tratado de flexibilizar de alguna forma su exigencia presumiendo que la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia “*debe pregonarse siempre que ese nuevo acto contrario carezca de toda motivación, pues al carecer de ella debe entenderse que su motivación o razón de ser es la misma a la que obedeció el acto anterior anulado*”<sup>1181</sup>. Incluso va más allá, pues existe una línea jurisprudencial que presume el elemento subjetivo cuando objetivamente el contenido del acto sea contrario al pronunciamiento judicial, trasladando la carga de la prueba a la Administración autora del acto que será quien tenga que justificar que su acto no tiene finalidad elusiva<sup>1182</sup>.

En definitiva, parece que la solución para que la operatividad de este supuesto no devenga inútil, pasaría por suprimir el requisito subjetivo y exigirse únicamente que el acto administrativo tenga por resultado objetivo la inviabilidad del cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia<sup>1183</sup>.

---

<sup>1180</sup> En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2010), *La ley reguladora... op. cit.* p. 1094, descarta que nos encontremos ante un supuesto específico de desviación de poder pues la aplicación de este precepto “devendría completamente inútil, por la extrema dificultad que posee demostrar una finalidad subjetiva de la Administración condenada”. En la misma línea, HUERGO LORA, A., “La permanencia de...” *op. cit.* p. 298, considera, criticando la concurrencia del elemento teleológico, que “al exigir ese animus doli, probablemente ha enturbiado la cuestión en su intento de resolverla”.

<sup>1181</sup> STS de 17 de junio de 2009, FD 3, (rec. 1135/2008).

<sup>1182</sup> En el ámbito urbanístico, son interesantes en este sentido, entre otras, la STS de 4 de febrero de 2009, FD 5, (rec. 1745/2007) y STS de 13 de diciembre de 2016, FD 5, (rec. 807/2016) “si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico”.

<sup>1183</sup> En contra, cfr. REBOLLO PUIG, M., “Nulidad de reglamentos...” *op. cit.* pp. 65 y 66, quien considera que el requisito subjetivo debe suavizarse pero nunca eliminarse pues “su presencia es lo que distingue los supuestos de nulidad del art. 103.4 LJCA de aquellos otros en los que una actuación administrativa posterior podrá ser causa lícita de imposibilidad legal de ejecución conforme al art. 105.2 LJCA”. Ahora bien, también reconoce el autor que “no cabe descartar” que la contradicción con la sentencia sin ánimo elusivo sea suficiente para incurrir en un vicio de

Sin embargo, pese a que parte de la doctrina vio con buenos ojos la inclusión de esta causa de nulidad<sup>1184</sup>, la realidad es que desde que la Ley 30/1992 RJAPPAC estableció como nulos los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional en su artículo 62.1.a) –actual artículo 47.1.a) LPACAP–, el motivo de nulidad del artículo 103.4 LJCA parece que no es sino una mera concreción del artículo 47.1.a) LPACAP o, mejor dicho, una técnica impugnatoria específica vinculada al citado artículo. En efecto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva abarca también la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>1185</sup>, *ergo*, los actos administrativos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias judiciales serán nulos, en todo caso, por lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE<sup>1186</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, y al margen de si es exigible o no el requisito subjetivo para que pueda apreciarse el motivo de nulidad, podemos concluir que estamos ante una causa de nulidad prescindible o innecesaria, puesto que no

---

nulidad si se entiende vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47.1.a) LPACAP.

<sup>1184</sup> Cfr. VV.AA., (2007), *Comentarios a la... op. cit.* p. 914, considera que este novedoso motivo de nulidad que incluía la LJCA de 1998 merecía una “crítica favorable” por “la especial naturaleza de los actos y disposiciones dictados en ejecución de sentencia”.

<sup>1185</sup> Es jurisprudencia muy consolidada del Tribunal Constitucional. Vid., entre otras, STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2, (rec. 234/1980): “El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones”. En la misma línea, entre otras muchas, la STC 206/1993, de 22 de junio, FJ 2, (rec. 2747/1990) afirma que “este derecho fundamental no se satisface con una mera declaración judicial, desprovista de sustancia práctica, sino que necesita de su realización y, por tanto, la tutela, en cuanto efectiva por exigencia constitucional expresa, ha de llegar hasta el cumplimiento forzoso, si preciso fuere, de los pronunciamientos judiciales, donde se exterioriza la potestad de juzgar. Esto ha sido dicho tantas veces, con unas o con otras palabras por este Tribunal, que releva de una cita al por menor del copioso cuerpo de sentencias en las que se contiene tal afirmación”.

<sup>1186</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., “La permanencia de...” *op. cit.* p. 296 o GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 144.

deja de ser una aplicación a un supuesto específico –el de la ejecución de sentencias- del artículo 47.1.a) LPACAP analizado en el Capítulo II<sup>1187</sup>. Ahora bien, lo interesante y positivo de este precepto de la LJCA no es, a nuestro juicio, la calificación de estos actos como nulos de pleno derecho –pues ya lo son en aplicación del artículo 47.1.a) LPACAP- sino el nuevo régimen impugnatorio de este tipo de actos administrativos<sup>1188</sup>. En efecto, el precepto que analizamos posibilita que sea el propio juez quien declare la nulidad del acto administrativo sin que sea necesario agotar previamente la vía administrativa<sup>1189</sup>.

---

<sup>1187</sup> La Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en ese sentido en varias ocasiones. Sirva como ejemplo la STS de 6 de febrero de 2019, FD 8, (rec. 2527/2016): “el especial rigor que el legislador exige para que lo fallado en sentencia no se frustre al ejecutarla, exigencia cuya relevancia es máxima pues integra parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que explica, por ejemplo, que el artículo 103.4 de la LJCA sancione con la nulidad de pleno derecho las resoluciones administrativas dictadas con la “finalidad de eludir el cumplimiento” de lo sentenciado”. En el mismo sentido, vid. ATS de 14 de mayo de 2018, FD 2, (rec. 1242/2018).

<sup>1188</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “Nulidad de reglamentos...” *op. cit.* pp. 81 y 82, quien considera que, aunque existe la posibilidad de interponer recurso administrativo previo, se exige al administrado de la carga de tener que agotar la vía administrativa pues de lo contrario “sería una rémora donde la ley quiere que la jurisdicción sea expeditiva”.

<sup>1189</sup> Traemos a colación en este momento la reciente STS de 25 de marzo de 2021, FD 3, (rec. 3607/2019), que plantea una novedosa reflexión aplicable a este supuesto de nulidad pues considera que cuando la Administración dicta actos por mandato judicial –concretamente en una retroacción de actuaciones por un vicio procedimental- no está dictando actos administrativos propiamente dichos pues no está ejercitando potestades propias atribuidas por la ley. Textualmente establece que “por su propio fundamento, tal como declaramos en la sentencia referenciada y debemos reiterar ahora, sea también impertinente un proceso judicial -el que ha dado lugar, a la postre, a esta casación- cuyo único objeto sea la revisión judicial de segundo grado de actos que, por no ser administrativos en sentido propio, ya que no se actúa en ellos una potestad propia atribuida por la Ley a la Administración, sino un mandato legal para que ésta cumpla en sus términos exactos y con diligencia lo ordenado, como agente o delegado ejecutor del Tribunal judicial, no son propiamente actos administrativos en el sentido del artículo 1 de la LJCA. De no estar conforme con lo ejecutoriado, le cabría al afectado la promoción del incidente de ejecución de sentencia previsto en el artículo 109 LJCA, bajo la exclusiva potestad judicial, no así impugnar de nuevo -para agotar la vía- los actos resultantes de la retroacción”.

Si aceptáramos como correcta esta nueva doctrina del Tribunal Supremo no tendría sentido este motivo de nulidad pues no se consideraría a los actos dictados por la Administración en ejecución de sentencia como actos administrativos. Sin embargo, entendemos que tampoco debemos aceptar totalmente la novedosa doctrina pues es, al menos, discutible, que un pronunciamiento judicial pueda despojar a la Administración de sus potestades que le han sido conferidas por ley.

## **V.- EL ALCANCE DEL LLAMADO “EFECTO CASCADA” DE LA NULIDAD**

Dedicaremos el presente epígrafe a realizar un estudio sobre cómo se puede ver afectada la validez de los actos administrativos dictados en aplicación de una norma, un contrato o un acto que ha sido declarado nulo. En otras palabras, analizaremos si la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de nulidad de un reglamento, contrato o acto administrativo se proyecta sobre sus actos de aplicación.

Tanta importancia como la comunicación o la incomunicación de la invalidez va a tener, como veremos, el régimen de eficacia de los actos dictados al amparo de una norma, contrato o acto anulado. Una vez más nos enfrenamos a la disociación entre la validez y la eficacia de los actos administrativos, así como a la búsqueda del equilibrio entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica.

Dicho lo cual, para el examen del fenómeno conocido como “efecto cascada” de la nulidad, trataremos de seguir una sistemática basada en el principio de jerarquía normativa. En primer lugar, nos referiremos a la validez de los actos administrativos dictados en aplicación de una ley inconstitucional, posteriormente nos detendremos en la validez de los actos de ejecución de un reglamento inválido, a continuación, estudiaremos esa misma problemática en relación con los actos administrativos y, en último lugar, con los contratos nulos.

### **1) Actos administrativos dictados al amparo de una ley declarada inconstitucional**

Trataremos, a continuación, de dilucidar qué calificación jurídica merecen los actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional. Para ello, analizaremos, en primer lugar, la eficacia temporal de

las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.

Ahora bien, antes de entrar de lleno en ese debate consideramos oportuno precisar que, a efectos del análisis del “efecto cascada” de la nulidad, la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley equivale a su declaración de nulidad. Coincide en esta apreciación la mayor parte de la doctrina<sup>1190</sup> y, a mayor abundamiento, el propio artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) pues determina que “*cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados*”<sup>1191</sup>.

#### **a) La eficacia temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional declarativas de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley**

Comenzaremos el estudio de la eficacia temporal de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley acudiendo al derecho positivo donde,

---

<sup>1190</sup> Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R., (1982), *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 243: “La sanción de las Leyes que violan lo establecido en la Constitución es la de su nulidad de pleno derecho” o, en idéntico sentido, DE LA CUEVA ALEU, I., (2010), “Artículos 35 a 40” en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (dir. GONZÁLEZ RIVAS, J. J.), La Ley, Alcobendas, p. 456.

Por su parte, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 359, entiende que existen diferencias entre ambas categorías –nulidad e inconstitucionalidad- pues “los preceptos que considera sólo inconstitucionales (...) lo son, no porque en sí mismo sean contrarios a la Constitución, sino porque la ley no establece un sistema que permita su aplicación sin vulnerar la Norma Fundamental. De esta forma, lo que la sentencia está tratando de expresar al declarar estos preceptos inconstitucionales pero no nulos es que son contrarios a la Constitución pero por omisión”. Pese a la argumentación, basada en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, (rec. 1837/1988), la autora concluye asumiendo que no existen diferencias en la práctica entre la declaración de inconstitucionalidad y la declaración de nulidad, y mucho menos a efectos de determinar los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad.

<sup>1191</sup> Cfr. CONCHEIRO DEL RÍO, J., (2002), *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*, Dijusa, Madrid, quien se remite a la primitiva redacción de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán, cuyo artículo 9.3 establecía que si se admite un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, dicha ley debe declararse nula.

primeramente la Constitución y, posteriormente, la LOTC tratan de limitar la eficacia de las citadas sentencias:

El artículo 161.1.a) CE establece que *“la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”*.

Por su parte, el artículo 40.1 LOTC precisa un poco más el mandato constitucional afirmando que *“las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”*.

De la interpretación de estos dos artículos se deduce que la eficacia de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley deberá ser *pro futuro*, es decir, a partir de la publicación de la sentencia. En esta línea, es lugar común en la doctrina destacar la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, como la primera sentencia que consagra la doctrina prospectiva<sup>1192</sup> para tratar de solucionar el

---

<sup>1192</sup> Sin ánimo de entrar en el análisis profundo de la doctrina prospectiva, consideramos oportuno ubicar su origen en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, concretamente en la Sentencia Linkletter de 1965, donde se decidió que la eficacia de una declaración de inconstitucionalidad se aplicaría desde la fecha de la sentencia en adelante. Concretamente, se trataba del Sr. Linkletter que había sido condenado con base en unas pruebas que posteriormente se habían declarado contrarias al derecho al debido proceso (*due process of law*) y, precisamente por ello, se solicitaba la revisión de su condena. El Alto Tribunal norteamericano consideró que admitir la revisión en este caso supondría un colapso de la Administración de justicia pues implicaría revisar todas o la mayoría de las condenas en ejecución (*greater restraint*) y, por ello, no tuvo a bien admitir la revisión de condena solicitada. Sobre el origen de la doctrina prospectiva y su posterior recepción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes

problema de la eficacia temporal de las declaraciones de inconstitucionalidad, de la cual traemos a colación el siguiente fragmento:

*“la mención de la Sentencia firme en el art. 40.1 no supone que toda Sentencia de inconstitucionalidad haya de tener por necesario efecto la eliminación radical de todas las situaciones jurídicas preexistentes que no estén declaradas en Sentencia con autoridad de cosa juzgada, por agotadas o jurídicamente consolidadas que estén” (...).*

*“entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C. E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría -como con razón observa el representante del Gobierno- un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales”<sup>1193</sup>.*

---

constitucionales” en REDA, nº 61, 1989, pp. 5 a 17 o BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* pp. 347 a 351.

La misma situación se planteó también en los años 60 en Alemania. El Tribunal Constitucional Federal Alemán debió resolver en 1966 una cuestión de constitucionalidad de una ley tributaria que consagraba un impuesto contrario al derecho de igualdad. Para evitar la catástrofe financiera que hubiera supuesto anular todas las liquidaciones de impuestos y restituir lo que se hubiese pagado en virtud de esta ley, el Tribunal se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del impuesto. Esto tuvo como consecuencia que en 1970 se modificara la ley para que el Tribunal Constitucional Alemán pudiese declarar la inconstitucionalidad de una ley sin necesidad de que ello implicara la retroactividad total de la eficacia de la sentencia al momento de entrada en vigor en la ley inconstitucional.

<sup>1193</sup> STC 45/1989, de 20 de febrero, AH 4 y FJ 11, (rec. 1837/1988). Aunque la doctrina coincide en señalar esta sentencia como la que consagra la eficacia pro futuro de las declaraciones de inconstitucionalidad, no conviene olvidar que con anterioridad a ella ya el propio Tribunal Constitucional se había pronunciado en este sentido. Por ejemplo, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5, (rec. 80/1983) considera que la declaración de inconstitucionalidad “entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución se dicten nuevos reglamentos” pero no “implica la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes”. En el mismo sentido, la STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 5, (rec. 101/1983): “Esta anulación no ha de

Por lo tanto, la interpretación de esta doctrina prospectiva no hace otra cosa sino consolidar la teoría expuesta en el Capítulo I según la cual la invalidez y la ineficacia son categorías jurídicas que no tienen por qué ir unidas. En efecto, la inconstitucionalidad –nulidad- de una ley tiene carácter originario, pues es contraria a la Constitución desde su entrada en vigor. Ahora bien, hasta que se produzca la declaración de inconstitucionalidad, sobre la base de esa ley han podido producirse normas y actos que hayan afectado a situaciones jurídicas individuales. Por ello, el debate se traslada a cómo se determina la eficacia temporal de esa sentencia en relación con los actos jurídicos dictados a su amparo.

Pocas dudas ofrece, en primer lugar, la eficacia temporal de la sentencia de inconstitucionalidad *pro futuro*. En principio, la declaración de inconstitucionalidad impedirá que la ley siga produciendo efectos a partir de la publicación de la sentencia<sup>1194</sup>. Sin embargo, excepcionalmente, el propio Tribunal Constitucional en alguna ocasión ha diferido los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad más allá de la publicación de la misma para evitar perjudicar de forma directa a administrados que han actuado de buena fe

---

comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas”.

<sup>1194</sup> El propio Tribunal Constitucional, en interpretación de la LOTC ha considerado que “en lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad”. Vid STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, (rec. 1837/1988) o STC 159/1997, de 2 de octubre, Voto Particular, (rec. 168/1994).

Critica esta “autolimitación” del Tribunal Constitucional ALONSO GARCÍA, R., “El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias” en *RAP*, nº 119, 1989, p. 264, quien considera que no existe base jurídica para afirmar que el TC no pueda “congelar hacia el futuro los efectos de una nulidad”. De hecho, la evolución del propio Tribunal Constitucional, como veremos a continuación, ha flexibilizado la citada interpretación permitiendo, en ocasiones, diferir la eficacia de sus sentencias.

amparados por el principio de confianza legítima en la Administración<sup>1195</sup> o para evitar la desprotección de bienes jurídicos que puede producir un vacío normativo<sup>1196</sup>.

Más problemas genera el hecho de determinar el alcance hacia el pasado de la inconstitucionalidad declarada. En principio, la regla general será la retroacción de los efectos de la inconstitucionalidad al momento en el que entró en vigor la norma con rango de ley<sup>1197</sup>. En efecto, lo ideal es que una norma inconstitucional no produzca ningún efecto. Ahora bien, esta regla general exige limitaciones pues de lo contrario los resultados de la declaración de inconstitucionalidad de una ley serían irracionales y devastadores para el sistema jurídico<sup>1198</sup>.

El primero de estos límites lo encontramos en el artículo 40.1 LOTC que impide que la declaración de inconstitucionalidad afecte a procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, a excepción de procesos penales o contencioso-administrativos de carácter sancionador. A su vez, el Tribunal Constitucional ha ampliado el alcance de este límite, no sólo a procesos

---

<sup>1195</sup> Ha sido el caso de la STC 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3, (rec. 1811/2013), que “para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional como los derechos de los destinatarios de las subvenciones que se verían directamente perjudicados si la norma fuera declarada nula de forma inmediata. Por tanto, para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que viene establecida directamente por la Constitución, y, por otro, los intereses de los destinatarios de la norma, que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año a partir de la publicación de esta sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá proceder a sustituir las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento constitucional del informe previo emitido por el poder legislativo de la Comunidad Autónoma de Canarias”. Un razonamiento paralelo se puede encontrar en STC 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 7, (rec. 2703/2011).

<sup>1196</sup> En este sentido, vid. STC 195/1998, de 1 de octubre, FJ 5, (rec. 1705/1992) la cual declara inconstitucional la Ley 6/1992 por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja pero difiere su eficacia en el tiempo hasta que la Comunidad Autónoma Cantabria dicte una disposición para declarar estas zonas espacio natural protegido conforme a la normativa comunitaria, pues “en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta Sentencia le reconocemos la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas”.

<sup>1197</sup> Cfr. ALONSO GARCÍA, R., “El Tribunal Constitucional...” *op. cit.* p. 263.

<sup>1198</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso importante...” *op. cit.* p. 11.

terminados con sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también a situaciones consolidadas mediante actuaciones administrativas firmes<sup>1199</sup>.

Al margen de los citados límites, los problemas surgen cuando la realidad jurídica ofrece situaciones producidas al amparo de la ley inconstitucional sobre las que no existe sentencia con fuerza de cosa juzgada ni siquiera firmeza en vía administrativa<sup>1200</sup>. En otras palabras, ¿qué ocurre con las situaciones jurídicas no consolidadas por no haber transcurrido el plazo de impugnación o por encontrarse abierto el proceso que enjuicia su validez?

En principio, ante el silencio de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sobre este particular<sup>1201</sup>, es el propio Tribunal Constitucional quien se ha autoatribuido la función de determinar el alcance de la eficacia retroactiva de sus sentencias de inconstitucionalidad en función de las características del caso concreto<sup>1202</sup>. Y, posteriormente, serán los Tribunales ordinarios, en nuestro caso los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, los encargados de aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional al asunto concreto objeto del recurso<sup>1203</sup>. No

---

<sup>1199</sup> Es doctrina consolidada del TC, vid. entre otras, STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9, (rec. 3550/1998) o STC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, (rec. 8450/2005). La misma idea recoge el Dictamen del Consejo de Estado 196/2019, de 27 de junio.

<sup>1200</sup> Esta circunstancia demuestra, como acertadamente ha apuntado BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 345, que las sentencias de inconstitucionalidad “se pueden aplicar a situaciones creadas con anterioridad a la misma; con lo cual, implícitamente está reconociendo eficacia retroactiva”.

<sup>1201</sup> No ocurre lo mismo en el ámbito del derecho comunitario, donde el artículo 264 TFUE permite expresamente al TJUE indicar “si lo estima necesario, aquellos efectos del declarado nulo acto –entendido el término acto en sentido amplio, incluyendo los actos legislativos- que deban ser considerados como definitivos”.

<sup>1202</sup> Ya lo hizo en la ya citada STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, (rec. 1837/1988) y lo reitera en otras, vid., entre otras, STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 1, (rec. 1453/2014): “ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso”.

<sup>1203</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2007), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, 2ª Ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 244.

Sirva como ejemplo de la idea expresada la STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 7, (rec. 838/1992), declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 diciembre, reguladora del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, y determinó “el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que lo integra. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y siguiendo los precedentes sentados en supuestos que presentan rasgos similares al caso aquí enjuiciado, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en

podía ser de otra manera, pues en aplicación del artículo 5 LOPJ exige a los Jueces y Tribunales que interpreten y apliquen las leyes y reglamentos según los principios constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”<sup>1204</sup>.

Por último, debemos aludir a los criterios o principios en función de los cuales deben tomar esa decisión. Como siempre en el debate entre validez y eficacia, se trata de limitar el principio de legalidad estricto –en este caso limitar la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad- para evitar consecuencias irracionales o perjudiciales para el sistema jurídico. El Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios deberán fundamentar en otros principios jurídicos, y en cada caso concreto<sup>1205</sup>, los límites a la eficacia retroactiva de la inconstitucionalidad<sup>1206</sup>. Normalmente serán los principios de seguridad jurídica, reconocido en el artículo 9.3 CE, y de confianza legítima los que fundamenten esta limitación<sup>1207</sup>.

---

esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme”. Posteriormente, la STS de 30 de octubre de 2009, FD 4, (rec. 2574/2003), aplica esta doctrina negando la nulidad de un acto de liquidación del impuesto - amparado en la ley declarada inconstitucional- que ha adquirido firmeza y ha sido consentido por el administrado antes de la publicación de la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>1204</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2007), *La responsabilidad patrimonial... op. cit.* pp. 248 y 249.

<sup>1205</sup> Es interesante la reflexión de BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 357, quien, haciendo hincapié en el análisis del caso concreto, entiende que la limitación de la retroactividad “se produce porque las circunstancias del caso concreto así lo exigen, y no porque la seguridad jurídica obligue, con carácter general, a limitar los efectos que respecto al pasado puedan producir estas sentencias, pues no siempre la retroactividad de las sentencias vulnera el principio citado”.

<sup>1206</sup> Cfr. ALONSO GARCÍA, R., “El Tribunal Constitucional...” *op. cit.* p. 264.

<sup>1207</sup> Entre la doctrina del TC destacamos la STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9, (recs. 6963/2007, 6964/2007, 6965/2007 y 6973/2007): “el principio de seguridad jurídica sí protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad de las normas no puede incurrir en arbitrariedad. Para determinar si una norma vulnera o no la seguridad jurídica desde esta perspectiva, es preciso analizar caso por caso el grado de retroactividad de la norma y las circunstancias específicas que concurren”. Igualmente se alude al principio de seguridad jurídica y a la necesidad de determinar el alcance de la retroactividad en cada caso concreto en STC 26/2016, de 28 de febrero, FJ 10, (rec. 4528/2012): “debemos modular en el tiempo dichos efectos, atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren, en especial el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 ) que -en el asunto que nos ocupa- reclama que esta

## **b) Calificación jurídica de los actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional**

Una vez determinado el alcance de la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, llegamos por fin al asunto que constituye realmente el objeto de estudio de este trabajo, que no es otro que el de cómo afecta la declaración de inconstitucionalidad de la ley a la validez de los actos administrativos dictados a su amparo.

Primeramente, antes de entrar a valorar el grado de invalidez del acto administrativo, debe plantearse la posibilidad de si el acto administrativo

---

declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, sin afectar a los supuestos en los que ya se haya aplicado este precepto". En la misma línea, vid. ATS de 12 de septiembre de 2019, FH 1, (rec. 2503/2019).

Consideramos interesante, aunque no forme parte del objeto específico de estudio constituido principalmente por el derecho interno, hacer alusión brevemente a cómo se soluciona esta cuestión en el ámbito del derecho comunitario cuando un acto administrativo firme emanado de la Administración nacional es contrario a una norma de derecho comunitario que entra en vigor con posterioridad o a una interpretación por cuestión prejudicial posterior de la norma comunitaria realizada por el TJUE.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE considera que "es preciso recordar que la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza" En definitiva, la seguridad jurídica permite evitar que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos administrativos que surtan efectos jurídicos.

Sin embargo, la propia jurisprudencia del TJUE considera que el órgano administrativo está obligado a revisar sus actos firmes si concurren cuatro requisitos: "en primer lugar, que el órgano administrativo disponga, según el Derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha resolución. En segundo lugar, que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia. En tercer lugar, que dicha sentencia esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3. En cuarto lugar, que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia". Vid. STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-453/00, Kühne y Heitz), nº 24 o STJUE de 19 de septiembre de 2006 (asuntos acumulados C-392/04 y C-422/04), nº 51-52.

encuentra cobertura o legitimación en otra norma válida<sup>1208</sup>. En caso positivo, más común en los supuestos de anulación de reglamentos que de leyes, no deberíamos plantearnos el grado de invalidez, pues el acto sería válido a todos los efectos.

Descartada esta opción, posible aunque poco probable, nos detendremos en el análisis del grado de invalidez que corresponde a este tipo de actos. En este punto, la doctrina consolidada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo viene considerando que, con independencia de que razones de seguridad jurídica aconsejen mantener los efectos del acto, cabrá en cualquier momento instar la “*revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional*”<sup>1209</sup> pues, una vez declarada la inconstitucionalidad de la ley, todos los actos dictados en su aplicación devienen nulos de pleno derecho<sup>1210</sup>.

Sin embargo, no podemos compartir, en principio, la argumentación jurídica del Tribunal Supremo según la cual el vicio invalidante de la norma –en este caso inconstitucionalidad equivalente a la nulidad de pleno derecho- se transmite automáticamente a sus actos de aplicación, por un doble motivo:

- En primer lugar, por el mero hecho de que los actos administrativos dictados al amparo de una norma jurídica adquieren autonomía respecto de ella que impide, a priori, que el vicio de nulidad o inconstitucionalidad de la ley se transmita automáticamente a todos sus actos de aplicación<sup>1211</sup>. Precisamente por esto, cabe la posibilidad prevista

---

<sup>1208</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 360.

<sup>1209</sup> STS de 22 de octubre de 2020, FD 1, (rec. 6717/2019).

<sup>1210</sup> Junto con la Sentencia señalada expresamente en el texto, esta doctrina jurisprudencial se recoge por primera vez en la STS de 15 de julio de 2000, FD 3, (rec. 736/1997), y llega hasta la actualidad con numerosos pronunciamientos que reproducen la idea expuesta, siempre en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Sirva como ejemplo la STS de 16 de noviembre de 2016, FD 5, (rec. 1590/2015).

<sup>1211</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 360.

anteriormente de que el acto administrativo pueda encontrar cobertura en otra norma válida.

- Y, en segundo lugar, para predicar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo nuestro sistema jurídico exige que encaje en alguno de los supuestos tasados en el artículo 47.1 LPACAP<sup>1212</sup>. De ninguno de ellos puede deducirse, con carácter general, que el acto dictado al amparo de una ley inconstitucional merezca la calificación de nulo.

Más bien al contrario, la regla general de la anulabilidad consagrada en el artículo 48 entiende que serán anulables los actos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, encajarían en esta regla general no sólo los actos contrarios a una ley, sino también aquellos dictados en aplicación de una norma declarada nula, o incluso inconstitucional<sup>1213</sup>.

El propio Consejo de Estado también se ha manifestado contrario a vincular automáticamente la inconstitucionalidad de una ley con la nulidad de sus actos de aplicación<sup>1214</sup>.

Para que se pueda predicar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo se requiere, no solo que esté dictado en aplicación de una norma inconstitucional, sino que, además, pueda encuadrarse en uno de los supuestos del artículo 47 LPACAP<sup>1215</sup>. En este sentido, la profesora BELADÍEZ se inclina por

---

<sup>1212</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2007), *La responsabilidad patrimonial... op. cit.* pp. 252 y 253.

<sup>1213</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 163.

<sup>1214</sup> “La mera aplicación de un precepto luego declarado inconstitucional, en este caso contrario al Derecho comunitario, no supone necesariamente la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho” Vid., entre otros, Dictamen del Consejo de Estado 741/2018, de 27 de septiembre o Dictamen del Consejo de Estado 566//2017, de 28 de septiembre.

<sup>1215</sup> En el ámbito del derecho tributario, cfr. SESMA SÁNCHEZ, B., (2017), *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 252. Y, poniendo de manifiesto la exigencia de la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de los actos administrativos –concretamente las liquidaciones en aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales reguladores del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)- ANÍBARRO PÉREZ, S., “La inseguridad jurídica creada por la inactividad del legislador en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana” en *Crónica Tributaria. Nueva Época*, nº 174, 2020, p. 30, no cree “que la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos relativos al IIVTNU proporcione la necesaria

considerar que todos los actos administrativos dictados al amparo de una ley inconstitucional encajarían en el supuesto de nulidad concerniente a la incompetencia manifiesta “*pues han sido dictados sin que exista una norma que válidamente hubiese atribuido competencia para su emanación*”<sup>1216</sup>.

En principio, discrepamos de este planteamiento pues equivale a una interpretación extensiva del supuesto de nulidad de la incompetencia manifiesta del artículo 47.1.b) LPACAP que contradice la exigencia de interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad<sup>1217</sup> y que, además, podría conducir a resultados prácticos irracionales, pues podría interpretarse que todo acto contrario a la ley o dictado sin cobertura legal es un acto nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta pues ninguna norma habilita al órgano competente para su aplicación a su incumplimiento. Mantener esta interpretación implicaría que la categoría de la nulidad de pleno derecho pasara a ser la regla general y la anulabilidad la excepción, lo cual sería inaceptable.

En conclusión, a los actos administrativos dictados al amparo de una ley inconstitucional se les aplicará, como no podría ser de otra manera, el régimen de invalidez de los actos consagrado en los artículos 47 y 48 LPACAP. Esto es, la regla general será la anulabilidad del artículo 48 LPACAP, pues un acto dictado al amparo de una norma nula equivale a una infracción del ordenamiento jurídico. Sólo si el acto administrativo, además de aplicar un precepto inconstitucional, encuentra cobijo en algún supuesto tasado y restrictivo del artículo 47.1 LPACAP podrá ser calificado como nulo de pleno derecho.

---

cobertura para la impugnación de las liquidaciones firmes por la vía de la nulidad de pleno derecho, por no encontrar el necesario respaldo en ninguno de los supuestos de nulidad radical del artículo 217.1 de la LGT. Ni siquiera en la mención genérica de la letra g) a “cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.

<sup>1216</sup> Vid. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 361.

<sup>1217</sup> A lo largo de este trabajo hemos hecho referencia en más de una ocasión a la interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad de pleno derecho, trayendo a colación numerosas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Sirva como ejemplo en esta ocasión la STS de 18 de mayo de 2020, FD 2, (rec. 2596/2019), donde fundamenta la interpretación restrictiva de la nulidad de pleno derecho en que es una calificación jurídica que sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando esta es vulnerada de manera radical.

Ahora bien, aun tratándose de actos generalmente anulables –recuérdese que pasado el plazo de impugnación éstos devienen inatacables salvo mediante la declaración de lesividad-, puede ocurrir, como expusimos más arriba, que el ordenamiento jurídico proteja sus efectos por razones de seguridad jurídica o confianza legítima. Distinguimos en este punto cuatro posibles situaciones en las que se puede encontrar el acto administrativo aplicativo de una ley declarada inconstitucional:

- En primer lugar, la situación que ofrece menos dudas es la de los posibles actos administrativos dictados al amparo de la ley declarada inconstitucional con posterioridad a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad o, excepcionalmente, a la fecha en que ésta determine el inicio de su eficacia en caso de quede diferida en el tiempo. En este caso, la calificación del grado de invalidez de los actos administrativos será, en todo caso, anulable<sup>1218</sup>.
- En segundo lugar se encuentran los actos dictados con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de la ley pero que aún no han adquirido firmeza, o bien porque no se han recurrido pero están en plazo para hacerlo, o bien porque están siendo objeto de impugnación mediante un recurso administrativo o contencioso-administrativo. En estos casos, la circunstancia sobrevenida de la inconstitucionalidad de la ley permite alegar la invalidez del acto y, en consecuencia, eliminar los efectos producidos o impedir que se produzcan en el futuro.
- En tercer lugar, se encuentra el conjunto de actos administrativos firmes y ejecutados. El ya citado artículo 40.1 LOTC impide la revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo en procesos penales o administrativos sancionadores cuando la

---

<sup>1218</sup> Pero además, aunque admitimos que el argumento puede resultar algo forzado, podríamos estar ante actos nulos de pleno derecho pues, como ya hemos analizado, el artículo 103.4 LJCA –concreción de la causa de nulidad del artículo 47.1.a) LPACAP- declara la nulidad de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

declaración de inconstitucionalidad de la norma implique una reducción de la pena o la sanción.

El artículo 40.1 LOTC se refiere a procesos fenecidos mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada. En principio, y salvo que la sentencia de inconstitucionalidad extienda la imposibilidad de revisar la eficacia de los actos firmes en vía administrativa –situación que se da generalmente<sup>1219</sup> como vimos más arriba- cabría la revisión de oficio por parte de la Administración si los actos de aplicación encajan en una de las causas de nulidad radical del artículo 47.1 LPACAP<sup>1220</sup> o, durante cuatro años, la declaración de lesividad en relación a los actos favorables para los interesados meramente anulables.

En definitiva, estamos ante actos administrativos inválidos; sin embargo, se protegen los efectos producidos por dichos actos por razones de seguridad jurídica, salvo en los supuestos de procesos penales o administrativos sancionadores donde el principio de legalidad –concretamente la retroactividad *in melius* exigible en materia sancionadora- prevalece frente a la estabilidad de las situaciones jurídicas<sup>1221</sup>.

Cabe, además, otra excepción a la imposibilidad de revisar actos firmes ejecutados. Aunque se trate de un supuesto poco común en la práctica,

---

<sup>1219</sup> Es común que el TC incluya en los límites a la eficacia retroactiva de sus sentencias de inconstitucionalidad la “intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes”. Vid., entre otras, STC 131/2013, de 13 de junio, FJ 10, (rec. 1725/2002) o STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 5, (rec. 1044/2006).

<sup>1220</sup> Cfr. FUENTETAJA PASTOR, J. A., (2017), “Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, p. 621.

<sup>1221</sup> Este argumento es defendido precisamente por el Tribunal Constitucional en la reciente y famosa STC de 14 de julio de 2020, FJ 11, (rec. 2054/2020) que declara la inconstitucionalidad del estado de alarma, concretamente los preceptos del Real Decreto-Ley en los que se basó el “confinamiento domiciliario”. Su FJ 11 determina que las multas impuestas con base a esos preceptos inconstitucionales son revisables basándose precisamente en el artículo 40 LOTC. En nuestra opinión, además, son nulas de pleno derecho pues encajan en el artículo 47.1.a) LPACAP ya que son contrarias a un derecho fundamental tal y como razona el propio TC.

podría ocurrir que, en los recursos pertinentes promovidos por el administrado contra el acto administrativo, éste haya solicitado la invalidez del acto aduciendo los mismos motivos de inconstitucionalidad de la norma que después reprodujo el Tribunal Constitucional para declararla inconstitucional. Sin embargo, los tribunales ordinarios desoyendo sus argumentos pueden haber puesto fin al proceso mediante sentencia firme desestimatoria.

Parece que la solución en estos casos pasa por reconocer la anulabilidad o nulidad radical del acto según corresponda, pues el vicio del acto no puede quedar afectado por el motivo de la impugnación. Ahora bien, por razones de justicia material procederá el resarcimiento de daños y perjuicios que esta situación haya podido provocar en el recurrente<sup>1222</sup>.

- Por último, nos referiremos a un cuarto grupo que engloba los actos firmes pero no ejecutados. En principio, pese a no estar ejecutados, los actos han adquirido firmeza, o bien por el paso del tiempo sin haber interpuesto recurso -en caso de los anulables-, o bien por sentencia judicial firme y, en consecuencia, el artículo 40.1 LOTC no permitirá revisarlos salvo en el supuesto de procesos penales o contencioso-administrativos de carácter sancionador. Por lo tanto, interpretando a *contrario sensu* el citado artículo, y pese a admitir que no se puede llevar a cabo la ejecución sin incurrir en una ilegalidad, el principio de seguridad jurídica obligaría a

---

<sup>1222</sup> En efecto, esta posibilidad de revisión de los efectos de actos firmes no se reconoce expresamente en la LOTC salvo para los procesos penales o administrativos sancionadores. Ahora bien, el artículo 32.4 LRJSP establece una solución similar en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, de tal forma que “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”. Consideramos que, en aplicación del principio de justicia material, podría ampliarse esta solución para cualquier acto administrativo que haya producido efectos consolidados por sentencia judicial firme si los mismos argumentos aducidos por el administrado en los recursos ordinarios han sido asumidos por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la norma que da cobertura al acto en cuestión.

llevar a efecto el contenido de dichos actos salvo en materia penal o administrativa sancionadora<sup>1223</sup>.

Exactamente del mismo modo que hemos razonado anteriormente, si el Tribunal Constitucional no amplía la eficacia temporal de la sentencia de inconstitucionalidad a las situaciones de firmeza en vía administrativa, podrían no ejecutarse esos actos acudiendo a la revisión de oficio si concurre en ellos algún motivo de nulidad de pleno derecho o a la declaración de lesividad si estamos ante actos anulables favorables.

## **2) Actos administrativos dictados en ejecución de un reglamento anulado**

Analizada la cuestión relativa a los actos dictados al amparo de una norma inconstitucional, trataremos a continuación de estudiar el mismo fenómeno pero cuando la norma anulada sea un reglamento y no una ley.

Sin ánimo de entrar en un estudio exhaustivo sobre el grado de invalidez que puede concurrir en los reglamentos, sí es conveniente aclarar en este momento que tanto si se califica el reglamento como nulo de pleno derecho o como meramente anulable<sup>1224</sup>, esto no afectará de forma diferente al régimen de

---

<sup>1223</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* pp. 168 y 169. El autor llega a la conclusión que hemos expuesto, sin embargo, fundamenta el razonamiento en el artículo 73 LJCA que regula la eficacia de los actos administrativos firmes dictados en aplicación de un reglamento nulo. Consideramos que en este caso no era necesario hacer una interpretación extensiva de este precepto, pues el artículo 40.1 LOTC prevé exactamente esta situación para actos en ejecución de normas declaradas inconstitucionales.

<sup>1224</sup> Parte de la doctrina se ha inclinado por entender que del derecho positivo se deduce que la única sanción posible para los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho tal y como establece el artículo 47.2 LPACAP (“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”) y que su fundamento es precisamente que el carácter normativo del reglamento impide que pueda ser calificado como anulable pues, si así fuera, a anulabilidad “solo pudiese ser hecha valer a través de la impugnación dentro de un plazo breve por la persona o personas inmediatamente afectadas por el mismo, (quedando) al arbitrio de éstas todo el sistema de

validez y eficacia de los actos administrativos dictados a su amparo<sup>1225</sup>. Como se ha tratado de aclarar en el Capítulo I, uno de los mitos que ha acompañado siempre a la teoría de la invalidez de los actos administrativos es la confrontación entre la eficacia “*ex tunc*” de la nulidad de pleno derecho y la eficacia “*ex nunc*” de la anulabilidad. No podemos compartir esta conclusión puesto que, partiendo del carácter originario de la invalidez, si se trata de reponer la legalidad vulnerada, en todo caso la eficacia tendrá que ser retroactiva al momento de nacimiento del reglamento inválido. Ahora bien, la eficacia retroactiva o prospectiva del reglamento inválido no dependerá del tipo de vicio que la provoque –nulidad o anulabilidad– sino de la ponderación, según las

---

producción normativa y se habría introducido una nueva causa de derogación de las leyes formales, la derogación producida por un simple reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formular ésta”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 252. En el mismo sentido, cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho...* op. cit. p. 691.

Sin embargo, otro sector doctrinal, entendiendo que el reglamento es una modalidad de acto administrativo aunque con importantes diferencias en la naturaleza jurídica dado su carácter normativo, ha optado por defender la tesis gradual de los vicios de los reglamentos. Es decir, que los vicios que afecten al contenido del reglamento conllevarán la nulidad de pleno derecho pero que cuando los vicios reglamentarios tengan carácter formal –procedimiento– o subjetivo –competencia– la sanción de la nulidad de pleno derecho puede resultar desproporcionada y cabría calificar el reglamento como meramente anulable. Esta idea se viene defendiendo, desde hace años, entre otros, por BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., “Grados de ilegalidad...” op. cit. pp. 1036 y 1037 o, más recientemente, cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de...* op. cit. pp. 211 y ss., GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., (2014), “La invalidez jurídica en derecho administrativo” en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014* (coord. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 23, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., (2016), “X. La elaboración de los reglamentos” en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* (dir. LÓPEZ MENUJO, F.), Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 340 y 341 o LÓPEZ RAMÓN, F., “La calificación de los vicios de los reglamentos” en *RAP*, nº 205, 2018, *in totum* o, este mismo autor ratificándose en la misma idea recientemente en LÓPEZ RAMÓN, F., “La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma” en *RAP*, nº 214, 2021, p.60.

Por último, merece la pena destacar algún pronunciamiento jurisprudencial, especialmente en el ámbito de la anulación de planes urbanísticos de naturaleza reglamentaria, donde parece que la Sala 3<sup>a</sup> comienza a invertir la tendencia que venía manteniendo en los últimos decenios –aún hoy mayoritaria– según la cual el grado único posible para calificar la invalidez del reglamento era la nulidad de pleno derecho (vid., entre otras, STS de 17 de diciembre de 1999, FD 3, (rec. 3678/1994) o STS de 23 de septiembre de 2003, FD 9, (rec. 380/1999) y admite la posibilidad de declarar la invalidez de un reglamento por la vía de la anulabilidad cuando estemos ante defectos principalmente procedimentales. STS de 23 de mayo de 2017, FD 5, (rec. 853/2016) o STS de 27 de mayo de 2020, FFDD 4 y 5, (rec. 6731/2018). Sobre esta problemática, vid. GONZÁLEZ SANFIEL, M. A., “Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 5, 2018, *in totum*.

<sup>1225</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* op. cit. pp. 321 y 322.

circunstancias del caso concreto, del principio de legalidad estricta con otros principios generales del derecho como, principalmente, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

#### **a) La declaración de invalidez de los reglamentos y su eficacia temporal**

Aclarada la cuestión anterior hemos de decir, a modo introductorio que, en principio y por coherencia sistemática, no existiría motivo para tratar de diferente modo la problemática de la eficacia temporal de las sentencias que declaren la invalidez de los reglamentos de la de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley en relación a cómo se ven afectados sus actos de aplicación<sup>1226</sup>.

Parece que el legislador también se mueve en esta línea pues el régimen de la eficacia temporal de las sentencias de inconstitucionalidad recogido en el artículo 40.1 LOTC no dista mucho del recogido en el artículo 73 LJCA que regula la eficacia de las sentencias que declaran la nulidad de un reglamento del siguiente modo:

*“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”.*

Ahora bien, la nulidad de los reglamentos, además de poder declararse por sentencia judicial firme –ya sea mediante el recurso directo o mediante el recurso indirecto en impugnación de sus actos de aplicación- podrá también ser

---

<sup>1226</sup> Cfr. SESMA SÁNCHEZ, B., (2017), *La nulidad de... op. cit.* p. 252.

declarada a través del procedimiento de la revisión de oficio a instancia exclusivamente de la propia Administración y previo dictamen favorable del Consejo de Estado<sup>1227</sup>. El legislador también prevé para estos supuestos, en el artículo 106.4 LPACAP que “*tratándose de [la declaración de nulidad de] una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*”<sup>1228</sup>. No obstante, la resolución de un procedimiento de revisión de oficio dejará en todo caso abierta la vía contencioso-administrativa.

En cualquier caso, sea cual fuere el tipo de pronunciamiento que declare la invalidez de la disposición general, administrativo o judicial, éste tendrá efectos retroactivos al momento de entrada en vigor del reglamento. Y ello por, al menos, dos razones.

En primer lugar, y como anticipamos más arriba, por el carácter originario de la invalidez<sup>1229</sup>. Si el reglamento es contrario a Derecho, lo será desde el momento en que entró en vigor y, en consecuencia, la situación deseable será la de eliminar todos los efectos que éste haya podido producir<sup>1230</sup>.

---

<sup>1227</sup> El artículo 106.2 LPACAP determina que “Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2”.

<sup>1228</sup> Actualmente no caben recursos administrativos contra disposiciones generales. Esta opción desapareció con la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Sin embargo, su predecesora, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 sí permitía esta posibilidad y, en relación con el tema que ahora analizamos de los actos administrativos dictados al amparo de un reglamento anulado, su artículo 120.1, de forma paralela a como se regula en la actualidad, determinaba que “la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

<sup>1229</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia” en *REDA*, nº 14, 1977, p. 398. “La nulidad del reglamento ilegal se produce desde el momento en que se dicta, por lo que la declaración de nulidad sólo viene a constatar una realidad ya existente desde tal fecha y, en consecuencia, ha de tener efecto retroactivo”.

<sup>1230</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 323. Para DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de... op. cit.* p. 335, “el carácter “ex tunc” o “ex nunc” de la invalidez de una norma reglamentaria está en función de que un principio jurídico, fundamentalmente el de seguridad jurídica, exija con la suficiente intensidad la conservación y validez de ciertos efectos jurídicos que ha querido establecer dicha norma”. No podemos compartir esta interpretación que, basada en la seguridad jurídica implica precisamente una mayor inseguridad jurídica, pues hace depender la invalidez retroactiva o no de un reglamento de, entre otros factores, los efectos que haya producido, la apariencia de validez de la norma, la apariencia de validez de sus actos de

Y, en segundo lugar, a la misma conclusión nos conduce la interpretación del artículo 73 LJCA y, sobre todo, del artículo 106.4 LPACAP antes citados, pues ambos fijan un límite a la eficacia retroactiva que presumen que tiene la sentencia o resolución administrativa que declara la invalidez de un reglamento, que es la subsistencia de los actos firmes dictados a su amparo. *A sensu contrario*, la declaración de nulidad de la disposición general afectará a todos los actos administrativos dictados en aplicación de la norma –expresamente se citan los actos sancionadores no ejecutados completamente si viera reducida o eliminada la sanción que contienen por la anulación del reglamento- salvo los que hayan adquirido firmeza. Por consiguiente, todos los actos no firmes se verán afectados por la declaración de invalidez<sup>1231</sup>.

Ahora bien, los reglamentos anulados, debido a su apariencia de validez<sup>1232</sup>, produjeron efectos<sup>1233</sup>. Por ello, cuestión diferente a la del carácter retroactivo de la declaración de invalidez de una norma es la de la protección de los efectos

---

aplicación o el tiempo transcurrido. Entendemos que existe una confusión entre validez y eficacia. La invalidez de la norma, siendo originaria implica su carácter retroactivo, lo cual no significa que el ordenamiento jurídico no pueda proteger efectos jurídicos producidos al amparo de una norma inválida. En otras palabras, la protección o conservación de la eficacia del acto inválido no convierte al acto en válido.

Defender la eficacia “*ex nunc*” de la declaración de invalidez de un reglamento equivaldría a equiparar categorías jurídicas tan diferentes como la anulación y la derogación. En efecto, la derogación de una norma impide su producción de efectos sólo para lo sucesivo, subsistiendo su eficacia para supuestos de hecho producidos antes a su derogación. Por el contrario, la anulación se traduce en la eliminación de la norma con efectos *ab initio* por estar viciada de invalidez desde su nacimiento. Sobre la diferencia entre anulación y derogación ha insistido la jurisprudencia, por ejemplo, en STS de 3 de julio de 2018, FD 3, (rec. 1863/2017). También la doctrina, cfr. CALONGE VELÁZQUEZ, A. & GARCÍA DE COCA, J. A., “Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la LPA del Tribunal Supremo” en REDA, nº 73, 1992, p. 93.

<sup>1231</sup> Especialmente gráfica es la expresión “sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma” del artículo 106.4 LPACAP que invita a considerar que la regla general será la de la eficacia retroactiva de la sentencia o resolución administrativa que anule un reglamento. En este sentido, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 325.

<sup>1232</sup> En relación con la eficacia de los reglamentos aparentemente válidos, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 382 o DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de... op. cit.* pp. 231 a 233.

<sup>1233</sup> Cfr. AGOUÉS MENDIZABAL, C., (2017), “La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, p. 402.

jurídicos o situaciones creadas a su amparo en virtud de la confianza legítima que inspira la norma –inválida- en sus destinatarios que actúan como si fuera válida.

Como hemos aclarado más arriba, el artículo 73 LJCA permite blindar la eficacia de los actos administrativos firmes frente a la declaración de invalidez del reglamento salvo los de carácter sancionador si pudiera verse la sanción rebajada o eliminada. Sin embargo, nada obliga a que la modulación de los efectos de la declaración de invalidez de una disposición general tenga que detenerse en el límite de los actos firmes. De hecho, el artículo 66 LOTC, al regular los conflictos de competencias, establece que “*la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma*”. La expresión “*lo que fuera procedente*” parece otorgar plena libertad al Tribunal Constitucional para que, en función de las circunstancias del caso concreto, determine el momento a partir del cual las situaciones jurídicas creadas al amparo del reglamento nulo puedan ser jurídicamente cuestionadas.

No se nos ocurre ningún motivo que impida extrapolar esta posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional cuando declara la anulación de un reglamento a los Tribunales Contencioso-administrativos. Éstos, valorando en cada caso los posibles efectos nefastos que podría conllevar la retroactividad absoluta de la declaración de invalidez, modularán su eficacia temporal determinando a partir de qué momento el ordenamiento jurídico deja de proteger los actos dictados al amparo del reglamento anulado<sup>1234</sup>.

---

<sup>1234</sup> Cfr. AGOUÉS MENDIZABAL, C., (2017), “La modulación de...” *op. cit.* p. 407, considera que el juez deberá evaluar “las consecuencias de la retroactividad sobre el interés público” así como “las situaciones jurídicas de los particulares afectados que han obrado al amparo de una norma aparentemente válida”. Considera la autora que es un ejercicio de proporcionalidad en la que

Hasta tal punto se trata de una valoración de las circunstancias del caso concreto por el Tribunal competente que, en ocasiones, la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha permitido, incluso, de forma excepcional, mantener temporalmente la eficacia del reglamento anulado con posterioridad a su anulación<sup>1235</sup>.

En definitiva, y al igual que ocurría con las sentencias de inconstitucionalidad, el principio de legalidad estricta puede ceder, atendiendo a la valoración de las circunstancias del caso concreto, ante otros principios del ordenamiento jurídico como la seguridad jurídica, la confianza legítima, el principio de conservación o el principio de proporcionalidad.

#### **b) La influencia de la anulación de un reglamento sobre la validez de sus actos de aplicación**

Se trata de determinar, en primer lugar, si se produce la comunicación automática de la nulidad de la norma a sus actos de aplicación. Consideramos que sería demasiado arriesgado defender esta afirmación tanto desde el punto de vista dogmático –posible autonomía jurídica de los actos administrativos respecto de los reglamentos que les sirven de base<sup>1236</sup>- como desde el punto

---

deberán valorarse las circunstancias concretas a la luz de principios como el de seguridad jurídica, o conservación de los actos.

<sup>1235</sup> Por ejemplo, la STS de 22 de abril de 2014, FD 7, (rec. 73/2013) consideró oportuno -en un asunto relativo a servidumbres impuestas y mecanismos de control sobre el tráfico aéreo- que “si hemos hecho estas consideraciones sobre los aspectos sustantivos del Decreto 584/1972 y, derivadamente, del Real Decreto 1422/2012 en la parte que, como afirmaba la Corporación demandante, resulta ser “mera reproducción” de aquél, es porque la declaración de nulidad de este último Real Decreto, debida al motivo formal ya expuesto, ha de ir acompañada de una limitación temporal -y excepcional- de la eficacia de nuestra sentencia, limitación que imponen razones imperiosas ligadas precisamente a la seguridad de la navegación aérea.”. En el mismo sentido, STS de 11 de julio de 2019, FD 10, (rec. 7441/2018).

<sup>1236</sup> En esta línea, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos...” *op. cit.* p. 398, considera que “el acto administrativo es una categoría distinta de la norma” que “no se dicta en aplicación exclusiva de la norma anulada, sino del bloque de legalidad”. En el mismo sentido, BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* p. 332.

Además, del propio legislador se deduce la autonomía del acto en relación con la norma, pues en el procedimiento especial de la cuestión de legalidad de reglamentos, el artículo 126.5 LJCA

práctico, pues la comunicación automática de la nulidad de la norma a sus actos supondría unos efectos devastadores para la seguridad jurídica, haciendo posible revisar todos y cada uno de los actos dictados al amparo del reglamento nulo<sup>1237</sup>.

Precisamente por la autonomía que puede adquirir el acto administrativo en relación con el reglamento que le sirve de base, puede ocurrir que, al enjuiciar la validez del acto tomando como referencia el bloque normativo completo, encuentre cobertura en otra norma válida del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, estamos ante un acto plenamente válido<sup>1238</sup>.

Además, podría existir otra situación en la práctica en la cual el acto dictado al amparo de un reglamento inválido pueda ser plenamente legal. En efecto, si el reglamento ha sido anulado por concurrir en él un vicio de tipo procedimental, el acto dictado en su aplicación podría ser válido si, de no haber concurrido el vicio formal o procedimental en el reglamento que le da cobertura, se hubiera dictado exactamente con el mismo contenido<sup>1239</sup>. Desde luego, declarar la invalidez de un acto para volver a dictarlo con el mismo contenido no solo sería contrario a principio de conservación, sino que sería absurdo desde todos los puntos de vista.

---

determina que “la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella”.

<sup>1237</sup> En contra, considerando que sí se produce la comunicación automática de la invalidez de la norma a sus actos de aplicación, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I...* *op. cit.* p. 252, quienes consideran que el reglamento sólo puede ser nulo de pleno derecho y, en consecuencia, sus actos de aplicación tendrán también la misma calificación jurídica. Por su parte, BOQUERA OLIVER, J. M<sup>a</sup>., “Grados de ilegalidad...” *op. cit.* pp. 1036 y 1037, considera, defendiendo la posibilidad de que los reglamentos puedan ser nulos o anulables, que si éstos son nulos de pleno derecho los actos de aplicación también lo serán y serán eliminados del ordenamiento jurídico en todo caso, y si el reglamento es anulable también lo serán sus actos de aplicación, que en este caso sólo podrán ser impugnados si no son firmes.

<sup>1238</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia...* *op. cit.* p. 334.

<sup>1239</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos...” *op. cit.* p. 395. Buena muestra de esta idea da AGOUÉS MENDIZABAL, C., (2017), “La modulación de...” *op. cit.* p. 406, quien trae a colación la doctrina “des moyens inopérants” del Consejo de Estado francés que evita declarar la invalidez de los actos de contenido reglado o cuyo contenido hubiera sido idéntico en caso de no haber concurrido el vicio de nulidad en el reglamento que les da cobertura.

En definitiva, las dos situaciones que acabamos de exponer demuestran que no puede afirmarse sin más la comunicación de la nulidad de los reglamentos a sus actos de aplicación<sup>1240</sup>. A mayor abundamiento, y tal y como razonamos al analizar los actos dictados al amparo de una ley inconstitucional, sólo podrá calificarse un acto como nulo de pleno derecho si concurre en él un vicio de los recogidos en el artículo 47.1 LPACAP, interpretándose siempre con carácter restrictivo. Entre las causas tasadas de nulidad que recoge el citado artículo no figura la de los actos dictados en aplicación de un reglamento nulo<sup>1241</sup>.

Trataremos, a continuación, de determinar el grado de invalidez que concurrirá en los actos administrativos dictados al amparo de una disposición general anulada<sup>1242</sup> siempre que no se trate de actos válidos por las circunstancias más arriba descritas:

- Primeramente, procede analizar la calificación de los actos dictados al amparo de un reglamento nulo dictados con posterioridad a la sentencia que declara la nulidad de la norma o a la fecha que ésta prevé para el comienzo de su eficacia. En aplicación del artículo 47.1.a) LPACAP – concretado especialmente en el artículo 103.4 LJCA para los actos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento del fallo de una

---

<sup>1240</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., (2014), “La invalidez jurídica...” *op. cit.* pp. 19 y 20, DE ASÍS ROIG, A. E., “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula” en *REDA*, nº 59, 1988, p. 460.

<sup>1241</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de...* *op. cit.* p. 197 o GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos...” *op.cit.* p. 395.

<sup>1242</sup> Para realizar esta valoración, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos...” *op.cit.* p. 398, propone que la valoración de la validez de los actos dictados en ejecución de un reglamento nulo se haga “como si tal reglamento no hubiera existido”. En efecto, la autonomía del acto permite que ante la nulidad de la norma y su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, el acto administrativo busque cobertura en otra norma jurídica válida, pues de lo contrario será inválido. Por su parte, DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 335, considera que “sí existe una influencia recíproca entre la validez de un reglamento y la de los actos y situaciones jurídicas surgidos de su aplicación”. Ahora bien, consideramos que esta idea es cierta desde el punto de vista de la eficacia de los actos pero no de su validez. Por ello, la seguridad jurídica obligará, en muchos casos –normalmente en los actos firmes por declararlo así el artículo 73 LJCA- a mantener los efectos producidos por el acto administrativo aduciendo como causa la apariencia de validez del reglamento que ha generado una confianza legítima en sus destinatarios. Se asume la invalidez de los actos si no encuentran cobertura en otra norma; sin embargo se protegen sus efectos por principios distintos del de legalidad estricta.

sentencia- serán nulos de pleno derecho, pues son actos contrarios al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que incluye la ejecución de lo juzgado, sin perjuicio de que pudiesen existir otros motivos de nulidad.

- En segundo lugar, en relación con los actos que no han alcanzado firmeza –ya sea por estar siendo objeto de recurso o por estar en plazo para serlo- la solución pasa por acudir a la teoría general de la invalidez de los actos administrativos. Es decir, suponiendo que no encuentren cobertura en otra norma válida serán, por regla general, actos anulables encuadrables en el artículo 48.1 LPACAP pues incurren en una infracción del ordenamiento jurídico. Excepcionalmente, podrán ser nulos de pleno derecho si esa infracción del ordenamiento jurídico se encuentra entre las previstas en el artículo 47.1 LPACAP<sup>1243</sup>. En consecuencia, mediante la interposición de los recursos ordinarios oportunos podrá lograrse la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico así como impedir su producción de efectos.

Traemos a colación un extracto de una vieja Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987 que resume esta circunstancia:

---

<sup>1243</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos...” *op.cit.* p. 396.

Parcialmente en contra, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 330, quien reconoce la posibilidad de validez de los actos si encuentran cobertura en otra norma, pero, si no lo hacen serán, en todo caso, nulos de pleno derecho por ser actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente –artículo 47.1.b)-. Los mismos argumentos con los que criticamos esta misma conclusión para los actos dictados al amparo de una ley inconstitucional los traemos ahora a colación. Es decir, la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho impide afirmar que todo acto dictado en aplicación de una norma nula es un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente. Ninguna norma habilita al órgano competente para aplicarla a su incumplimiento y, sin embargo, cuando se dictan actos contrarios a una norma no se habla con carácter general de acto dictado con incompetencia manifiesta. De ser así, la anulabilidad pasaría a ser la excepción y no la regla general. Por su parte, LAVILLA ALSINA, L., “La revisión de oficio de los actos administrativos” en *RAP*, nº 34, 1961, p. 77, considera que todos los actos dictados en ejecución de un reglamento nulo son anulables. Tampoco podemos compartir esta opinión pues, aunque la anulabilidad sea la regla general, no es la regla absoluta, y es posible que algún acto –anulable por haber sido dictado al amparo de un reglamento nulo- encaje en algún supuesto tasado de nulidad de pleno derecho. No hay motivos, sin más, para excluir esta posibilidad.

*“Los actos dictados en aplicación del Reglamento nulo durante el lapso de tiempo en que ofreció una apariencia de vigor se quedan sin la cobertura jurídica que les proporcionaba aquél. Tales actos, ya sin el amparo del Reglamento, quedan solos ante el resto del ordenamiento jurídico, habrá pues que enjuiciarlos como si el Reglamento no hubiera existido y así a la luz del ordenamiento jurídico resultante dichos actos podrán ser nulos de pleno derecho, anulables o incluso válidos”<sup>1244</sup>.*

- Un tercer grupo de actos dictados al amparo de una disposición inválida lo compone el de los actos firmes. En este caso la solución en cuanto a la validez o invalidez de los actos es la misma que en el supuesto de actos no firmes. Es decir, podrían ser nulos o anulables si no encuentran cobertura en otra norma, dado el carácter originario de la invalidez, o válidos si encuentran amparo en otra norma.

Ahora bien, cuestión distinta a la de la validez de los actos es la de su eficacia<sup>1245</sup>. Y, en este caso el legislador –artículo 73 LJCA- sí regula este particular considerando que la sentencia firme que declare la nulidad de la norma no afectará, por sí misma, a los actos firmes de aplicación salvo que supusiera la exclusión o reducción de sanciones aún no ejecutadas completamente.

Dos consecuencias lógicas se derivan de la interpretación a *contrario sensu* del citado artículo 73 LJCA; en primer lugar, que los actos administrativos que contengan sanciones que estén completamente ejecutadas no verán afectada su eficacia. Y, en segundo lugar, que el resto de actos administrativos no sancionadores que hayan adquirido firmeza pero no hayan sido ejecutados deberán ejecutarse.

---

<sup>1244</sup> Vid. STS de 15 de junio de 1987, FD 2, (rec. 375/1986). El asunto trataba sobre la validez de una licencia, aún no firme, en relación con la declaración de nulidad de un Plan urbanístico.

<sup>1245</sup> En este sentido, cfr. REBOLLO PUIG, M., “Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 100, 2018, p. 506, considera que los actos firmes no sancionadores “perviven incólumes no porque sean actos sin vicios. Son sencillamente actos que, aunque con vicios (y, por tanto, ilegales), serán mantenidos como si fuesen válidos<sup>79</sup>. Por eso lo que se preserva, como dice acertadamente el art. 73 LJCA, es su “eficacia” (no afectará “a la eficacia”, dice)”.

Nos estamos refiriendo, en efecto, a la firmeza alcanzada mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada pues, si los actos son firmes –ejecutados o no- en vía administrativa cabrá la posibilidad de iniciar un procedimiento de revisión de oficio si estamos ante un acto nulo de pleno derecho o de declaración de lesividad para el supuesto de actos anulables favorables en el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto.

El fundamento de la protección de la eficacia del acto inválido firme se encuentra en principios generales del ordenamiento jurídico que, en cada supuesto concreto, cobran más importancia que el principio estricto de legalidad. Generalmente, es el principio de seguridad jurídica el más aludido por la jurisprudencia<sup>1246</sup> y la doctrina<sup>1247</sup> para salvaguardar los efectos del acto inválido por ampararse en un reglamento nulo.

Por último, debemos matizar el alcance del artículo 73 LJCA, pues si lo entendemos como una imposición, en todo caso, del mantenimiento de los efectos de los actos –inválidos- firmes, poco sentido tendría haber defendido el carácter “*ex tunc*” de la declaración de nulidad de las disposiciones generales. Por ello, consideramos que este precepto debe interpretarse como una posibilidad –en función de la valoración del principio de seguridad jurídica y de legalidad en el caso concreto- y no como una imposición de conservación de los efectos de los actos firmes<sup>1248</sup>. Esta posibilidad de no afectación de las sentencias declarativas de nulidad de los reglamentos a la eficacia de los actos

---

<sup>1246</sup> Vid. STS de 1 de abril de 2019, FD 2, (rec. 1187/2017): “La nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general tiene eficacia *ex tunc*, lo cual no conlleva la pérdida de efectos de los actos firmes dictados en su aplicación. Principio de seguridad jurídica, por lo que la declaración de nulidad radical de una disposición de carácter general no conlleva automáticamente la nulidad o inexistencia de los actos dictados a su amparo”. En el mismo sentido, STS de 6 de abril de 2017, FD 6, (rec. 1497/2016). En ambas sentencias podemos observar la separación a la que venimos aludiendo entre validez y eficacia.

<sup>1247</sup> Entre otros, cfr. DE ASÍS ROIG, A. E., “La conservación de...” *op. cit.* p. 468 o, en el ámbito de los actos inválidos dictados al amparo de un plan urbanístico nulo, GONZÁLEZ SANFIEL, M. A., “Nulidad del planeamiento...” *op. cit.* p. 54. Además de la seguridad jurídica, pero en íntima relación con ella, AGOÚES MENDIZABAL, C., (2017), “La modulación de...” *op. cit.* p. 407 alude al principio de proporcionalidad y al de conservación de los actos, y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 353, alude, además, al principio de confianza legítima.

<sup>1248</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 351.

firμες de aplicación se deriva de la expresión del legislador “*no afectarán por sí mismas*”, dando a entender que puede haber otros cauces procesales mediante los que se podría afectar a la eficacia de los actos inválidos firmes, aún sin declarar formalmente su invalidez<sup>1249</sup>.

En conclusión, la validez de los actos dictados al amparo de un reglamento inválido deberá enjuiciarse en relación con el bloque normativo completo. Si encuentran otra norma válida de cobertura, serán válidos. Si, por el contrario, no existe otra norma de cobertura serán, como regla general, anulables y, excepcionalmente, nulos de pleno derecho si encuentran acomodo en los motivos de nulidad del art. 47.1 LPACAP<sup>1250</sup>. Cuestión distinta a la de la validez de los actos es la de su eficacia, revisable siempre que los actos no sean firmes o sean firmes en vía administrativa. Por el contrario, si estamos ante actos firmes en vía judicial, el legislador permite –valorando en cada caso concreto el principio de seguridad jurídica y el de legalidad estricta- mantener los efectos jurídicos producidos por un acto inválido.

### **3) Actos administrativos vinculados a un acto previo declarado nulo**

Puede ocurrir, sobre todo en el seno de un procedimiento administrativo, que se declare la invalidez de un acto de trámite en un momento posterior a la finalización del procedimiento. En estos casos, nos preguntamos qué ocurre con los actos posteriores que traen causa en el acto invalidado.

---

<sup>1249</sup> Así lo considera REBOLLO PUIG, M., “Comentario a los artículos 72 y 73 de la LJCA” en *REDA*, nº 100, 1998, pp. 533 y 534, quien defiende que el acto firme no es absolutamente inatacable y puede verse afectada su eficacia sin necesidad de declararse formalmente su nulidad. Por ejemplo, en supuestos de acciones de responsabilidad por los daños derivados del acto, de devolución de ingresos indebidos realizados en virtud de un reglamento anulado o el ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto contra la Administración.

<sup>1250</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “Efectos de las...” *op. cit.* p. 495.

Para comenzar este análisis, acudimos a la LPACAP, donde encontramos dos manifestaciones expresas del principio de conservación de los actos administrativos aplicables en estas situaciones.

Por un lado, el artículo 49.1 declara que “*la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero*”.

Por otro lado, el artículo 51 dispone que “*el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción*”.

Se trata, en este momento, de determinar el alcance de estos dos preceptos que hacen bueno el brocardo latino *utile per inutile non vitiatur* y que, a priori, tienen la finalidad de reducir la trascendencia de los vicios invalidantes de los actos<sup>1251</sup>, principalmente de la nulidad de pleno derecho<sup>1252</sup> que merece una aplicación especialmente restrictiva<sup>1253</sup>.

Aunque parece evidente, no está de más advertir que constituye un presupuesto ineludible en la invocación del principio de conservación de los actos posteriores a un acto nulo, el hecho de que éstos puedan cumplir su finalidad sin infringir el ordenamiento jurídico<sup>1254</sup>. Aunque esta afirmación es predicable de los actos de trámite, cobra especial importancia en relación con los efectos jurídico-materiales conectados causalmente con el acto previamente

---

<sup>1251</sup> Cfr. Díez SÁNCHEZ, J. J., (2010), “El principio de conservación de actos” en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (dir. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.), La Ley, Madrid, p. 1009.

<sup>1252</sup> Es doctrina consolidada que el principio de conservación opera en relación con actos anulables como nulos de pleno derecho. Vid., entre otras, STS de 15 de abril de 2013, FD 6, (rec. 6449/2011) o STS de 15 de junio de 2015, FD 7, (rec. 3318/2014).

<sup>1253</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la... op. cit.* p. 1226.

<sup>1254</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia... op. cit.* p. 47.

anulado. El principio de conservación no puede servir para mantener situaciones jurídicas contrarias a Derecho<sup>1255</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta sobre el funcionamiento del principio de conservación, que se deduce directamente del tenor literal de los artículos arriba citados, es la necesaria independencia del acto posterior frente al acto anulado. *A contrario sensu*, si existe una relación de causalidad entre el acto anulado y el posterior, la invalidez del primero se transmitirá al segundo salvo que este último pueda ampararse en otro acto administrativo válido –siguiendo el mismo razonamiento del acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento nulo que pueda encontrar fundamento en otra norma válida-. En efecto, esta relación de autonomía requerida entre el acto nulo y los siguientes quedará fuera de duda toda vez que pueda demostrarse que el acto posterior tendría idéntico contenido<sup>1256</sup> al que tiene si no se hubiera dictado el acto nulo<sup>1257</sup>.

Por último, hemos de destacar que la operatividad del principio de conservación de los actos –tanto en su manifestación en el artículo 49.1 como en la del artículo 51 LPACAP- no es una mera facultad del órgano administrativo,

---

<sup>1255</sup> Por ejemplo, la STS de 10 de mayo de 2004, FD 4, (rec. 44/1999), considera que no cabe aplicar el principio de conservación de los actos en un procedimiento de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público cuando la inobservancia de las normas del procedimiento se ha traducido en una adjudicación que no debería haberse producido nunca de haberse cumplido la normativa. Igualmente, la STS de 30 de marzo de 2007, FD 3, (rec. 1934/2002), en un asunto en que se anula un trámite previo a una expropiación que resulta inválida, considera que el principio de conservación “no cabe invocarlo para mantener actos que resulten contrarios a la legalidad y afectados por la nulidad apreciada, (...) no es posible invocar el art. 66 –hoy 51-, para mantener, no los actos de trámite, sino los efectos jurídico-materiales del acto anulado, y (...) no puede invocarse para mantener una situación contraria a Derecho”.

<sup>1256</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la... op. cit.* p. 1227.

<sup>1257</sup> La STS de 8 de marzo de 2010, FD 3, (rec. 2135/2006) aplica el principio de conservación en un proceso selectivo en el cual los demandantes solicitan la nulidad de todo el procedimiento por una irregularidad que tuvo lugar en el segundo ejercicio –de un total de tres-. Considera el Tribunal Supremo que “*aunque se estimara que realmente se cometieran, ello no habría ocasionado daño alguno a los intereses legítimos de los actores, pues consta en las actuaciones, que todos ellos habían sido suspendidos en el primero o en el tercero de los ejercicios de la oposición, ambos de carácter eliminatorio*”. También el Dictamen del Consejo de Estado 1115/1995, de 29 de junio, aplica el principio de conservación en otro proceso selectivo donde pretende anularse parcialmente un acto de trámite –publicación de lista de aspirantes que habían superado el proceso selectivo- argumentando que “en trance de anular el resultado de un procedimiento selectivo, deberá mantenerse la situación jurídica adquirida por aquellos aspirantes que hubieran superado dichas pruebas sin haberse beneficiado de la irregularidad que justifica la utilización misma de la revisión de oficio”.

sino que se configura legalmente como un deber de la Administración. Así, el propio artículo 51 establece que el órgano administrativo “*dispondrá siempre*” la conservación de actos y trámites, mientras que el artículo 49 utiliza la forma verbal imperativa “no implicará” para referirse a la obligación de conservación de actos sucesivos independientes del primero nulo o anulable<sup>1258</sup>.

Por todo lo dicho hasta ahora, y así parece deducirse tanto de la doctrina más autorizada como de la jurisprudencia, existen pocas dudas sobre la aplicación del principio de conservación en el seno de un único procedimiento administrativo. Ahora bien, a continuación vamos a analizar si el principio de conservación de los actos habilita la incorporación a un procedimiento posterior de actos y documentos obtenidos en un procedimiento anterior anulado, ya sea por la vía de la anulabilidad o por la vía de la nulidad de pleno derecho.

El legislador reconoce expresamente la posibilidad de conservación de actos para un procedimiento posterior y distinto en los supuestos de caducidad. En efecto, el artículo 95.3 LPACAP establece que “*en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad*”<sup>1259</sup>.

Ya sea por razones de caducidad<sup>1260</sup> o por razones de invalidez, la doctrina de la conservación de los actos administrativos constituye un límite a las

---

<sup>1258</sup> Vid. STS de 12 de noviembre de 2010, FD 4, (rec. 6045/2009): “el citado artículo 66 –hoy 51 LPACAP- impone al “órgano”, administrativo se entiende, que haya declarado la nulidad o anulación de actuaciones que “dispondrá siempre” de la conservación de determinados actos. Impone, no faculta, una consecuencia obligada al órgano administrativo”. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la... op. cit.* pp. 1226 y 1227.

<sup>1259</sup> La STS de 25 de noviembre de 2019, FD 1, (rec. 6270/2017), reconoce indubitadamente que el artículo 95.3 LPACAP –artículo 104.5 de la anterior ley de procedimiento- “contiene una previsión, inspirada en el principio de conservación de los actos, para que en el nuevo procedimiento puedan incorporarse por segunda vez las pruebas y actuaciones del primero”.

<sup>1260</sup> En ocasiones, la caducidad de un procedimiento pueden conllevar la invalidez de su resolución. Tal y como se analizó en el Capítulo III la resolución dictada en un procedimiento iniciado de oficio o restrictivo de derechos en un momento posterior a la caducidad equivale a un acto dictado sin procedimiento y, en consecuencia, nulo de pleno derecho.

repercusiones de la invalidez. Por ello, no se encuentra un motivo sólido que no permita conservar actos y trámites obtenidos en un procedimiento anulado para su incorporación a otro posterior<sup>1261</sup>.

Precisamente el fundamento del propio principio de conservación avala la conclusión anterior. Partiendo de la base de que los actos y trámites a conservar son actos conformes a Derecho, sería radicalmente contrario al principio de economía procesal, celeridad y eficacia volver a repetir las actuaciones, pues provocaría dilaciones innecesarias en la tramitación para llegar a idénticos resultados<sup>1262</sup>.

En conclusión, el llamado “efecto cascada” de la nulidad en el ámbito de los actos administrados vinculados a actos anteriores declarados nulos sólo operará cuando exista una vinculación real entre ambos actos. Es decir, cuando el contenido del acto posterior esté directamente influido por el acto declarado nulo. Por el contrario, cuando el acto posterior no tenga ninguna relación causal con el anterior nulo y, de no haber existido éste, hubiera sido dictado con idéntico

---

<sup>1261</sup> Tiene especial trascendencia práctica esta posibilidad en el ámbito tributario; concretamente se planteó la posibilidad de incorporar a un procedimiento de comprobación limitada los datos y pruebas obtenidos en un procedimiento de verificación de datos declarado nulo. El Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC) en un recurso extraordinario de alzada para la unificación del criterio de 5 de julio de 2016 concluyó que “es contrario al principio de conservación de actos y trámites del artículo 66 de la LRJPAC –hoy 51 LPACAP- y a la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no permitir la incorporación de los datos y documentos obtenidos en el procedimiento de verificación de datos al procedimiento posterior de comprobación limitada o de inspección por el hecho de que aquél hubiera sido declarado radicalmente nulo”. Justifica este argumento considerando que “la doctrina de la conservación de los actos administrativos constituye pues un límite a las repercusiones de la invalidez de los actos y trámites. Y también el principio de economía procesal, pues carecería de sentido dilatar innecesariamente el procedimiento, con merma igualmente de los principios de celeridad y eficacia que rigen el actuar administrativo, para llegar a idénticos resultados”.

<sup>1262</sup> Sobre el fundamento del principio de conservación, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en el mismo sentido. Vid., por ejemplo, STS de 22 de julio de 1998, FD 4, (rec. 11217/1991): “en aplicación del principio de economía procesal que impone su conservación, evitando dilaciones en la tramitación para llegar a idénticos resultados en aplicación de los principios de celeridad y eficacia que para la actuación administrativa”. También la STS de 15 de marzo de 2012, FD 5, (rec. 6335/2008) se refiere al principio de conservación fundamentándolo en que es contrario a la economía procesal la repetición de actos no afectados por el vicio que determinó la invalidez.

contenido, aquél podrá conservarse y surtir efectos en el mismo procedimiento e incluso en otro diferente siempre que sea conforme a Derecho.

#### **4) La nulidad de los contratos públicos y sus efectos sobre los actos administrativos posteriores**

Para completar el análisis del efecto cascada de la invalidez en el derecho administrativo consideramos oportuno centrarnos, en último lugar, en el ámbito de los contratos públicos. Trataremos de estudiar las consecuencias que puede acarrear la declaración de nulidad de un contrato sobre los actos administrativos posteriores dictados para su ejecución.

Al contrario que la LPACAP, la LCSP sí contiene una regulación expresa de los efectos de la invalidez de los contratos públicos. Concretamente, su artículo 42 titulado “*Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad*” establece:

*“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 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 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 aquel y bajo sus mismas*

*cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.*

*4. Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”<sup>1263</sup>.*

De una primera lectura de este artículo podemos extraer, al menos, cuatro consecuencias:

En primer lugar, tal y como quedó reflejado en el Capítulo I, este artículo deja constancia de que los efectos de la declaración de nulidad o de anulabilidad son idénticos<sup>1264</sup>. Es decir, desmiente directamente el mito de la eficacia “*ex tunc*” de la nulidad y “*ex nunc*” de la anulabilidad asimilando las consecuencias jurídicas para ambos grados de invalidez<sup>1265</sup>.

---

<sup>1263</sup> El apartado 4 de este artículo constituye una gran novedad en relación con el derogado TRLCSP que no hacía alusión alguna a su contenido en el artículo 35, que regulaba precisamente “los efectos de la declaración de nulidad”. Su redacción final trae causa en la aceptación por parte del legislador de la sugerencia que le hizo el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de la vigente LCSP. Dos son las principales consecuencias producidas por esta novedad: en primer lugar, atribuye al poder judicial la facultad de adoptar las medidas previstas en el artículo 42 LCSP, concretando así en materia contractual sus facultades genéricas de ejecución previstas en el artículo 71 LJCA (anulación, reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada o determinación de la indemnización de daños y perjuicios, entre otras). Y, en segundo lugar, la adición del apartado 4 supone la consagración de que los efectos de la invalidez de los contratos pueden ser impuestos en vía judicial no solo para los vicios de nulidad de los contratos, sino también para los vicios de anulabilidad. Cfr. OREIRO ROMAR, J., (2018), “Comentario al Artículo...” *op. cit.* p. 364 y AGUADO I CUDOLÀ, V., (2017), “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, p. 250.

<sup>1264</sup> Cfr. DIEZ SASTRE, S., “Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 5, 2018, p. 72 y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 359.

<sup>1265</sup> Es interesante la reflexión de FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M<sup>a</sup>., (2018), *El nuevo régimen...* *op. cit.* p. 1005, quien considera que no era necesaria la referencia en el título del artículo a la nulidad y a la anulabilidad para asimilar su régimen de ineficacia puesto que el artículo 38 ya lo hacía implícitamente al disponer que los contratos serán inválidos cuando “lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las

En segundo lugar, este precepto también viene a confirmarnos uno de los pilares del presente trabajo al que hemos aludido continuamente y que no es otro que el de la separación entre la invalidez y la eficacia<sup>1266</sup>. El propio apartado 3 del artículo 42 prevé la posibilidad de extender en el futuro la eficacia del contrato inválido por razones de interés público y, como veremos a continuación, no es nada infrecuente la consolidación de la eficacia del contrato nulo por razones, no de pura legalidad, sino de protección del interés general o la confianza legítima<sup>1267</sup>.

En tercer lugar, nos encontramos en el apartado segundo de este artículo con una concreción del principio de conservación de los actos<sup>1268</sup> cuando se hace referencia a que la nulidad de los actos que no sean preparatorios no afectará a la validez del contrato sino exclusivamente a aquéllos y a sus consecuencias<sup>1269</sup>. Parece que el legislador se está refiriendo con la expresión “*actos que no sean preparatorios*” a los actos posteriores a la adjudicación del contrato, es decir, actos tendentes a su ejecución o a la resolución unilateral de alguna incidencia que haya podido surgir en la fase de ejecución<sup>1270</sup>.

El legislador, por tanto, regula las consecuencias de la invalidez del contrato cuando ésta deriva de la invalidez de sus actos preparatorios o de adjudicación y también regula los efectos de la invalidez de los actos no preparatorios – aquellos que surgen en la fase de ejecución o resolución-. Sin embargo, parece que ha olvidado hacer alusión a los efectos de la invalidez del contrato cuando

---

causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes” entre los que están las causas de nulidad y las de anulabilidad.

<sup>1266</sup> En el ámbito de la invalidez de los contratos públicos, cfr. Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 73.

<sup>1267</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 366.

<sup>1268</sup> Cfr. OREIRO ROMAR, J., (2018), “Comentario al Artículo...” *op. cit.* p. 363.

<sup>1269</sup> Muestra su discordancia con el legislador en este punto Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 73, pues considera que en la actualidad pueden existir actos posteriores a la adjudicación del contrato cuya invalidez podría afectar a la propia adjudicación del mismo. 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”.

<sup>1270</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 394.

ésta deriva de la ilegalidad de su clausulado<sup>1271</sup>, puesto que en el artículo 38 LCSP sí reconoce como causa de invalidez del contrato la derivada de “*la ilegalidad de su clausulado*”. Consideramos que, si los actos no preparatorios se refieren a los dictados en fase de ejecución o resolución del contrato, el clausulado del contrato es equiparable a un acto preparatorio puesto que determina el contenido del mismo con anterioridad a su adjudicación y, en consecuencia, se le aplicará el régimen de invalidez del apartado primero del artículo 42<sup>1272</sup>.

Por último, de la literalidad del citado artículo se desprende que el momento a partir del cual se despliegan los efectos de la invalidez del contrato es el de la firmeza<sup>1273</sup> de la declaración de nulidad o anulabilidad del acto preparatorio o de adjudicación. Firmeza que se producirá cuando termine el plazo para recurrir el acto declarativo de la invalidez sin haberlo hecho o cuando contra la resolución que declare la invalidez no quepa recurso ulterior.

Ahora bien, la regulación contenida en el citado artículo 42 LCSP, aunque resuelve ciertas dudas a la hora de establecer los efectos de la invalidez de los contratos –restitución de las cosas o su valor, indemnización de daños y perjuicios por la parte culpable o continuación de los efectos en caso de grave trastorno al servicio público-, sigue planteando muchas incertidumbres<sup>1274</sup> a la

---

<sup>1271</sup> *Íbidem*, p. 393, quien critica, por un lado, la indeterminación de la expresión “actos no preparatorios” y, por otro lado, la no alusión expresa a la ilegalidad del clausulado del contrato y sus efectos.

<sup>1272</sup> En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M<sup>a</sup>., (2018), *El nuevo régimen... op. cit.* p. 1005.

<sup>1273</sup> Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2017), “Efectos de la invalidez...” *op. cit.* p. 250, Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 74, o SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de...” *op. cit.* pp. 394 y 395.

<sup>1274</sup> Crítica la técnica legislativa sobre la regulación de los efectos de la invalidez de los contratos CANO CAMPOS, T., (2018), “La invalidez de los contratos públicos y su control” en *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas. I Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo* (coord. HUERGO LORA, A.), Iustel, Madrid, p. 112, quien califica el régimen de las consecuencias de la invalidez de los contratos recogido en la LCSP como “incompleto” y “disperso”. Continúa, además, considerando que “la razón de que el artículo 42 sólo prevea las consecuencias referidas se debe seguramente a que, al tratarse de la declaración de nulidad de los actos ya firmes, lo normal es que el contrato esté ya perfeccionado y produciendo efectos, pero no debería haber descuidado el legislador los efectos que tiene la declaración de invalidez más allá de la relación contractual y que afectan o se proyectan sobre otros candidatos o licitadores”.

hora de su aplicación práctica<sup>1275</sup>. A continuación, trataremos de exponer las distintas situaciones que pueden concurrir en la praxis y de resolverlas interpretando este artículo 42 en relación con la teoría general de la invalidez que venimos desarrollando en este trabajo.

Tomaremos como punto de partida, en coherencia con nuestra exposición, la eficacia “*ex tunc*” de la declaración de invalidez. Sin volver a insistir nuevamente, recordamos que el carácter originario de la invalidez impone la retroactividad de la declaración de invalidez pues un acto nulo no puede dar cobertura jurídica válida a los efectos por éste producidos y éstos deberían ser destruidos. Ahora bien, por razones de protección de la confianza legítima o de seguridad jurídica, puede ocurrir, y ocurre, que los efectos producidos por el acto inválido puedan conservarse<sup>1276</sup>. Además, hemos de destacar el carácter “*erga omnes*” de la declaración de invalidez, es decir, un acto de preparación o de adjudicación de un contrato no puede ser válido para unos e inválido para otros. Esto tiene especial trascendencia en el ámbito de la contratación pública pues la declaración de invalidez de un contrato no afectará sólo a la Administración y al adjudicatario, sino que afectará, por supuesto, al recurrente y a todos los licitadores que participaron en el procedimiento contractual<sup>1277</sup>.

La primera situación que puede producirse y que, a priori, es la que menos problemas puede plantear en la práctica surge cuando la invalidez del contrato se declara antes de que comience su ejecución. En estos casos se optará, por regla general, por retrotraer el procedimiento contractual al momento previo a la

---

<sup>1275</sup> En este sentido, la profesora Díez Sastre, S., “Los efectos de...” *op. cit.* pp. 75 y ss., alude a que el artículo 42 “no establece un cuadro ordenado de los efectos de la invalidez” y para racionalizar estos efectos restableciendo la legalidad y ponderando los intereses en juego propone “tres fundamentos complementarios de los efectos de la invalidez en el ámbito contractual”: la discrecionalidad administrativa, 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.

<sup>1276</sup> En relación con la eficacia “*ex tunc*” de la declaración de invalidez de los contratos públicos, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 347.

<sup>1277</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* pp. 354 y 355.

comisión de la ilegalidad para continuarlo conforme a derecho<sup>1278</sup>. Ahora bien, pueden darse supuestos en la práctica en los cuales la decisión de la Administración sea reglada, por ejemplo, cuando sólo concurren dos licitadores y uno de ellos no cumple los requisitos exigidos por los pliegos. En estos casos, demostrada la invalidez de la otra candidatura, sería absurdo retrotraer las actuaciones y repetir el procedimiento contractual y se optará por adjudicar el contrato al único licitador posible<sup>1279</sup>.

Nos encontramos, pues, ante la aplicación concreta de los efectos de los vicios procedimentales que desarrollamos en el Capítulo III, cuya trascendencia dependerá, en buena medida, de cómo afecte el vicio invalidante al resultado final del procedimiento, en este caso, a la adjudicación del contrato público.

También puede ocurrir que la ilegalidad en la fase de preparación del contrato sea de tal trascendencia y afecte al contenido esencial del contrato, de forma que no tenga sentido retrotraer las actuaciones al momento de comisión de la ilegalidad y se opte por volver a realizar la licitación<sup>1280</sup>. Por ejemplo, cuando en los propios pliegos del contrato se contempla un criterio de adjudicación contrario a Derecho<sup>1281</sup>.

---

<sup>1278</sup> Así lo considera también la jurisprudencia, entendiendo sobre los efectos de la invalidez de los contratos que la “genérica previsión –del artículo 42 LCSP- debe ser completada en el caso de la causa de nulidad que nos ocupa, en atención a la finalidad a que sirve la misma”. En el supuesto de vicios invalidantes que concurren durante el procedimiento de preparación y hasta la adjudicación del contrato se opta por retrotraer las actuaciones al momento previo de la comisión de la ilegalidad, garantizando así la libre concurrencia e igualdad de todos los licitadores. Vid. Resolución 537/2013 TACRC, de 22 de noviembre o, más recientemente, y en el caso de una valoración errónea de la candidatura de un licitador, vid. Resolución 1006/2020 TACRC, de 18 de septiembre.

<sup>1279</sup> Cfr. Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 76.

<sup>1280</sup> *Íbidem*, p. 81, considera que procede la cancelación de la licitación cuando la ilegalidad “afectó a un elemento esencial en la configuración de 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”.

<sup>1281</sup> Así lo razonan, entre otras, la Resolución 425/2016 TACRC, de 3 de junio, y la Resolución 260/2017 TACRC, de 10 de marzo, considerando que si se ve comprometida la confidencialidad y el secreto de las proposiciones de los licitadores, contraviniendo los principios de igualdad y libre concurrencia por “no haber respetado la mesa de contratación una regla esencial del procedimiento, la relativa a la valoración de los criterios subjetivos con anterioridad a los sometidos a fórmula matemática, y resultando imposible la retroacción de las actuaciones, al verse ya comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, procede

La segunda situación que nos ofrece la práctica, y que genera más problemas, surge en los casos en que el contrato haya sido total o parcialmente ejecutado. Como sabemos, el legislador generalmente no diferencia los efectos del contrato inválido aplicables a cada situación –por ejemplo, si el contrato ha sido parcial o totalmente ejecutado o si el contrato ha sido anulado por iniciativa de las partes o de un tercero-; por ello, los tribunales tratarán de resolver estas situaciones de la forma más justa posible en cada caso concreto. Para ello se plantean tres posibilidades.

En primer lugar, y siguiendo la tradición del derecho privado manifestada en el brocardo latino “*quod nullum est nullum effectum producere debet*” procederá la liquidación del contrato, es decir, la restitución recíproca de las prestaciones<sup>1282</sup> y la cesación *pro futuro* de su eficacia. Resulta difícil en la práctica llevar a cabo la devolución de las prestaciones, siendo lo más común, tal y como prevé el artículo 42.1 LCSP, devolver su valor<sup>1283</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia, para tratar de conservar la prestación realizada por el contratista y, sobre todo, en los casos en los que es la propia Administración la que impugna la invalidez del contrato para, una vez satisfecha la prestación contractual a cargo del adjudicatario, negarse a cumplir su obligación de pago, ha optado por recurrir a la institución del enriquecimiento sin causa<sup>1284</sup>. Es indudable que atendiendo a razones de justicia material la teoría del enriquecimiento sin causa cumple el objetivo de satisfacer al contratista el precio de lo ejecutado por él; sin embargo la intención del legislador es la de la

---

decretar la nulidad del procedimiento, sin perjuicio que por el órgano de contratación se proceda a la convocatoria de nueva licitación”.

<sup>1282</sup> El artículo 1303 del Código Civil, en el ámbito de la rescisión de los contratos, establece que “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato”.

<sup>1283</sup> Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2017), “Efectos de la invalidez...” *op. cit.* p. 251.

<sup>1284</sup> Se puede contemplar un análisis exhaustivo de esta circunstancia en REBOLLO PUIG, M., (1995), *El enriquecimiento injusto... op. cit.* pp. 339 y ss.

liquidación del contrato, cuya naturaleza jurídica difiere notablemente de la del enriquecimiento sin causa<sup>1285</sup>.

En segundo lugar, no es infrecuente, como ocurría con los reglamentos nulos o las leyes inconstitucionales, que se produzca una consolidación de los efectos producidos por el contrato nulo. En estos casos los principios de confianza legítima o buena fe de terceros que creyeron en la legalidad aparente del contrato justifican que, aunque el contrato no produzca más efectos en el futuro, los efectos producidos hasta el momento de su anulación se mantengan<sup>1286</sup>. No está reñida esta realidad con la retroactividad de la declaración de invalidez, puesto que los efectos producidos por el contrato no se amparan en la validez del mismo –que no es tal- sino en principios como la confianza legítima o la buena fe de terceros.

Por último, el legislador contempla en el artículo 42.3 LCSP la posibilidad de la continuación de los efectos del contrato declarado inválido si con su cese se produjera un grave trastorno al servicio público hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio<sup>1287</sup>. Conviene precisar que no nos encontramos ante un supuesto de convalidación<sup>1288</sup> del contrato, sino que, una

---

<sup>1285</sup> Se plantea el debate entre la liquidación de las prestaciones y el enriquecimiento sin causa, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 359 a 365. Admitiendo que el legislador no contempla la opción del enriquecimiento sin causa como posibilidad o como alternativa a la liquidación del contrato declarado inválido, considera el autor –acertadamente a nuestro juicio- que acudir al enriquecimiento sin causa no constituye “un grave atentado contra el contenido mismo de la anulación del contrato”. En definitiva, y así lo constata la innegable realidad de que la jurisprudencia acude continuamente a esta institución, la teoría del enriquecimiento injusto permite satisfacer la justicia material sin constituir un grave atentado contra el ordenamiento jurídico. Cfr. REBOLLO PUIG, M., (1996), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 30.

<sup>1286</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 366 y Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 82, lo justifica también en el interés general que, en ciertos casos, prevalece sobre el restablecimiento de la legalidad.

<sup>1287</sup> Sobre el fundamento de esta posibilidad, tradicional ya en la normativa relativa a la contratación pública, vid. STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06), nº 55: “resulta que la finalidad de la disposición controvertida no consiste en obstaculizar la ejecución de la declaración de nulidad de un contrato determinado, sino en evitar, cuando esté en juego el interés general, las consecuencias excesivas y eventualmente perjudiciales de una ejecución inmediata de dicha declaración, en espera de la adopción de medidas urgentes destinadas a garantizar la continuidad del servicio público”.

<sup>1288</sup> En contra, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 383, quien interpreta que las causas de nulidad previstas en la LCSP son, en realidad, causas de anulabilidad pues “este precepto viene a habilitar una suerte de convalidación administrativa del

vez más, realizada una ponderación entre el principio de legalidad y otros principios del ordenamiento jurídico-administrativo –en este caso, la continuidad de los servicios públicos- se considera que de forma excepcional y provisional el contrato anulado siga produciendo efectos.

El artículo 42.3 LCSP presenta problemas de seguridad jurídica dada la indeterminación de su redacción, pues utiliza expresiones como “grave trastorno”, “servicio público”<sup>1289</sup> “urgentes” y “perjuicio” que, tendrán que ser valoradas de modo discrecional en cada caso concreto, lo cual no ayuda a generar seguridad jurídica<sup>1290</sup>. En este sentido, cobra especial importancia la motivación de la resolución administrativa por la que se acuerde la continuación de la eficacia del contrato inválido<sup>1291</sup>. Ahora bien, se echa en falta un límite temporal cierto para que la Administración inicie un nuevo procedimiento contractual pues, de lo contrario, puede suponer un peligro la utilización abusiva de esta cláusula y la generalización de que la Administración pueda recurrir continuamente a esta vía para contratar sin cumplir la legalidad de los procedimientos contractuales<sup>1292</sup>.

Aún en estos supuestos seguimos manteniendo la retroactividad de la declaración de invalidez pues la cobertura jurídica de la eficacia del contrato inválido no se encuentra en el propio contrato, sino en un acto administrativo

---

contrato irregular”, y la convalidación solo puede predicarse de la categoría de la anulabilidad y no de la nulidad de pleno derecho.

<sup>1289</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 368, quien considera que esta posibilidad de ampliación de los efectos del contrato anulado pro futuro es aplicable a todos los contratos públicos y no solo a los de gestión de servicios públicos pues debe entenderse la expresión servicio público en “sentido lato”, equivalente al interés público que está presente en todo contrato público.

<sup>1290</sup> Cfr. OREIRO ROMAR, J., (2018), “Comentario al Artículo...” *op. cit.* p. 364, quien critica el exceso de conceptos jurídicos indeterminados en la literalidad del artículo 42.3 LCSP.

<sup>1291</sup> Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, V., (2017), “Efectos de la invalidez...” *op. cit.* p. 254.

<sup>1292</sup> Es interesante la aportación en este punto de BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 369, quien propone “que la continuación de los efectos del contrato sería una medida precautelar, que obligaría a la Administración a abrir un nuevo expediente de contratación en el plazo de quince días”.

posterior, dictado para la protección del interés general previa valoración de las circunstancias del caso concreto<sup>1293</sup>.

Para concluir el análisis de los posibles efectos de la declaración de invalidez de los contratos públicos debemos aludir al derecho a la indemnización de daños y perjuicios que puede concurrir con cualquiera de las tres situaciones analizadas. En efecto, el artículo 42.1 LCSP determina que “*la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*”. Un derecho a ser indemnizado que, siempre que se pruebe tanto la culpabilidad como la causalidad, puede surgir tanto en favor del contratista<sup>1294</sup> como en favor de cualquier licitador que, debiendo haber sido adjudicatario, no lo ha sido por la concurrencia de una ilegalidad en el procedimiento<sup>1295</sup>.

Tiene especial importancia en el ámbito de la contratación la indemnización de daños y perjuicios pues, no es extraño en la práctica, que cuando se declare la nulidad de la adjudicación de un contrato, éste ya haya sido ejecutado y no pueda, en consecuencia, ejecutarse la declaración de invalidez<sup>1296</sup>. En estas situaciones se opta por mantener los efectos del contrato e indemnizar al licitador perjudicado<sup>1297</sup>.

---

<sup>1293</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 367.

<sup>1294</sup> Vid. STS de 11 de enero de 2013, FD 2, (rec. 5082/2010), donde se pone de manifiesto, en relación con la indemnización al contratista que ésta no trae causa en haberse ejecutado un contrato inexistente –por nulo- sino que “surge esa obligación reparadora cuando la causa eficiente de la lesión tiene su origen en una actuación que el órgano administrativo tuvo que haber evitado, al estar dentro de un margen de apreciación razonable y haberle producido a la empresa licitadora y, finalmente, contratada una lesión antijurídica que no venía obligada a soportar, puesto que no se le podía exigir que conociera los irregulares antecedentes del procedimiento de contratación”.

<sup>1295</sup> Sobre el resarcimiento de daños y perjuicios, tanto en favor del contratista como de un licitador perjudicado, cfr. Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* pp. 85 a 87, y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 370 y ss.

<sup>1296</sup> Sobre los problemas prácticos de la imposibilidad de ejecutar las resoluciones que declaran la invalidez del contrato, cfr. Díez SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* pp. 85 a 87, y BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 87.

<sup>1297</sup> Sirva como ejemplo la STS de 2 de octubre de 2007, FD 3, (rec. 11509/2004), donde se reconoce imposible el cumplimiento de una sentencia que declara la nulidad de un contrato de gestión de servicios públicos por plazo de cuatro años, una vez que éste ya ha sido ejecutado. En estos casos procederá la indemnización al licitador recurrente que debiera haber sido el adjudicatario tanto en el daño emergente como en el lucro cesante que acredite. En este caso

En definitiva, y para concluir el análisis de los efectos de la invalidez de los contratos públicos, hemos de señalar que, la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato determinará la liquidación del mismo y, en su caso, las indemnizaciones en favor del perjudicado. Por su parte, la nulidad de los actos que no sean preparatorios no afectará a la validez del contrato sino exclusivamente a aquéllos y a sus consecuencias. Para determinar la influencia de la declaración de invalidez en la eficacia de los contratos, una vez más, se produce una tensión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica que habrá de resolverse de la mejor manera en atención al caso concreto. En el campo de la contratación pública cobra especial importancia en este sentido el factor tiempo. Por ello, tanto el restablecimiento de la legalidad como las indemnizaciones procedentes se acercarán más a la solución más justa cuanto más rápida sea la respuesta de la Administración o los tribunales a la invalidez contractual<sup>1298</sup>.

## **VI.- OTROS MOTIVOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO RESEÑABLES**

### **1) Las causas de nulidad de los contratos públicos recogidas en el artículo 39 LCSP**

Si bien la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no presenta novedades importantes en relación con los efectos de la declaración de nulidad del contrato público, no ocurre lo mismo con las causas

---

concreto, no se acreditaron daños y se moduló la indemnización consistente en el 6% del importe del contrato en concepto de beneficio industrial del mismo.

<sup>1298</sup> Los breves plazos para la resolución de los recursos en materia contractual o las medidas provisionales –especialmente la suspensión-, son mecanismos que van esta línea, pues “los efectos deseables vinculados al verdadero restablecimiento de la legalidad solo se producen cuando se reacciona con rapidez frente a la misma”. Vid. DÍEZ SASTRE, S., “Los efectos de...” *op. cit.* p. 90.

de nulidad de los contratos que se ven aumentadas, nada menos que en seis, provocando, cuando menos, sorpresa en quiénes venimos abogando por el carácter restrictivo y tasado de la nulidad de pleno derecho. Al análisis de este nuevo elenco de causas –así como de las “tradicionales”- dedicaremos las próximas líneas.

Antes de pasar al estudio de estas causas de nulidad de los contratos públicos hemos de justificar –aunque sea mínimamente- su análisis dentro de las causas de nulidad de los actos administrativos. Entendemos que los contratos públicos son actos unilaterales en su emisión, necesitados de previa aceptación, y por ello se explican sus semejanzas con el régimen jurídico de los actos administrativos, especialmente con el de su invalidez<sup>1299</sup>. En definitiva, reconocer la invalidez del contrato público no es otra cosa que reconocer la invalidez de un acto administrativo –normalmente el de adjudicación- por el que nace precisamente la relación contractual<sup>1300</sup>.

Sin entrar en las causas de invalidez de derecho privado a las que se refiere la LCSP en la letra a) del artículo 38 (“*Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil*”)<sup>1301</sup>, nos centraremos en este momento en el análisis de las causas de nulidad de derecho

---

<sup>1299</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 140.

<sup>1300</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., (1998), “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias” en *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff* (coord. CASSAGNE, J. C.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 962.

<sup>1301</sup> Sobre las causas de derecho privado de invalidez de los contratos, cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 244 y REBOLLO PUIG, M., (1996), “La invalidez de los contratos administrativos” en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas* (coord. CASTILLO BLANCO, F. A.), CEMCI, Granada, p. 403. Ambos llegan a la conclusión de que los únicos vicios de derecho privado que pueden resultar aptos para invalidar los contratos públicos son los relativos a la formación de la voluntad del contratista pues el resto de vicios relativos a formación de voluntad de la Administración, a la causa o al contenido del contrato serán siempre vicios de derecho administrativo y encajarán en las causas de derecho administrativo previstas en la LCSP. Aun así, será difícil en la práctica, si se cumple el procedimiento legalmente previsto para la selección del contratista que pueda admitirse un vicio de consentimiento de éste que conlleve la invalidez del contrato.

administrativo que recoge el artículo 39 LCSP y que iremos desgranando a continuación.

El apartado primero del citado artículo reconoce como causas de nulidad de pleno derecho de los contratos públicos las mismas que reconoce el artículo 47 LPACAP para los actos administrativos<sup>1302</sup>. No merece la pena detenerse en este momento en estas causas pues ya han sido analizadas a lo largo de este trabajo de forma pormenorizada.

Más interés presenta, en este momento, el apartado segundo del artículo 39 LCSP que recoge los motivos de nulidad específicos que deben concurrir en los actos administrativos surgidos en la fase *in fieri* del contrato<sup>1303</sup> -actos preparatorios o de adjudicación del contrato- para determinar su nulidad y cuya ampliación por influencia directa del derecho comunitario es digna de análisis<sup>1304</sup>.

---

<sup>1302</sup> Entendemos que el legislador se está refiriendo al apartado primero del artículo 47 LPACAP, aunque no lo especifique, pues sólo éste se refiere a la nulidad de los actos administrativos, siendo el apartado segundo aplicable exclusivamente a los reglamentos o disposiciones generales. En este sentido, cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>. (2018), “Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo” en *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (dir. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 333.

<sup>1303</sup> Denominamos fase “*in fieri*” a las fases de preparación y adjudicación del mismo, es decir, a las fases del procedimiento contractual en que la Administración actúa unilateralmente en ejercicio de una potestad administrativa. Precisamente esta fase “*in fieri*” unilateral del contrato da lugar, una vez adjudicado el contrato, a la fase “*in facto esse*”, es decir, a la relación propiamente contractual que surge entre Administración y contratista durante la ejecución del contrato público. Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 116.

<sup>1304</sup> Sobre la ampliación de las causas de nulidad de los contratos públicos y la influencia del derecho comunitario vid. GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (2017), “El heterogéneo origen y la difícil sistematización de las nulidades contractuales en Derecho administrativo” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 346 y ss.

**a) La falta de capacidad de obrar, solvencia, habilitación o clasificación profesional o estar incurso en alguna prohibición para contratar**

Se trata de una causa de nulidad que ya recogía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en su redacción actual del artículo 39.2.a) LCSP establece:

*“La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71”.*

Lo que trata de asegurar el legislador con esta causa de nulidad es la idoneidad técnica, económica y legal de la persona física o jurídica seleccionada<sup>1305</sup> por la Administración para llevar a cabo la ejecución de un contrato que, por el hecho de ser público, se le presume una afección cualificada al interés general.

Por un lado, llama la atención la inclusión de la ausencia de capacidad de obrar entre las causas de nulidad de derecho administrativo por un doble motivo: en primer lugar, se trata de un concepto jurídico propio del derecho privado y, por otro lado, en el derecho privado este mismo vicio conlleva la anulabilidad del contrato y no la nulidad de pleno derecho<sup>1306</sup>.

---

<sup>1305</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de los contratos públicos” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), Ed. 2ª, Aranzadi, Madrid, p. 381.

<sup>1306</sup> Considera que esta causa de invalidez de los contratos debería integrarse en las causas de invalidez de derecho civil y no de derecho administrativo pues, de esta manera, estamos ante un “atípico apoderamiento a la Administración y a la jurisdicción contenciosa para dictar

Parece evidente que el concepto “capacidad de obrar” es eminentemente privatista pero, sin embargo, el fundamento de la diferente consecuencia jurídica de su ausencia radica en que en derecho privado la capacidad de obrar se exige como medio de protección al incapaz mientras que en derecho administrativo lo que se trata de garantizar es el cumplimiento del interés público en la adjudicación y posterior ejecución del contrato<sup>1307</sup>. Por ello, en derecho civil la ausencia de capacidad de obrar se sanciona con la anulabilidad permitiendo su subsanación, mientras que en derecho administrativo se opta por la nulidad de pleno derecho.

Una capacidad que deberá completarse, como veremos a continuación, acreditando los requisitos de solvencia o clasificación o habilitación profesional y la no incursión en alguna de las prohibiciones de contratación que recoge el artículo 71 LCSP<sup>1308</sup>. En relación con la solvencia -económica, financiera, técnica o profesional- consideramos interesante resaltar tres ideas:

En primer lugar, el legislador ha considerado oportuno sustituir la acreditación de la solvencia por la habilitación empresarial o profesional o por la clasificación “*en los casos en que así lo exija esta Ley*”<sup>1309</sup>. Por lo tanto, la ausencia de

---

resoluciones vinculantes sobre cuestiones de derecho privado”. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 382.

<sup>1307</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., (1996), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 407.

<sup>1308</sup> En lo que respecta a su acreditación, las personas físicas cumplirían este requisito mediante la aportación de su documento nacional de identidad, mientras que en las personas jurídicas, en principio, probando su capacidad jurídica –inscripción en el registro oficial correspondiente– acreditarían también su capacidad de obrar, pues generalmente coinciden.

En ocasiones, se ha planteado, con el objetivo de concretar el requisito de la capacidad de obrar del contratista, una exigencia de vinculación entre el objeto del contrato y el objeto social que figure en los estatutos de la persona jurídica. Ahora bien, parece que no puede exigirse con carácter general pues, por un lado, la ley no lo establece expresamente y, por otro lado, las exigencias de solvencia o habilitación profesional condicionarán la aptitud del contratista en ese sentido. De hecho, el artículo 65.2 LCSP establece que “los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”. Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 190.

<sup>1309</sup> El artículo 65 LCSP, titulado “condiciones de aptitud” para contratar con el Sector Público determina que “solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”. Por lo

habilitación o clasificación en los supuestos legalmente exigibles determinará la nulidad del contrato pues, en estos casos, la clasificación o habilitación reemplaza al requisito de acreditación de solvencia<sup>1310</sup>.

En segundo lugar, el artículo 39.2.a) consagra como causa de nulidad la falta de la solvencia –o, en su caso, la clasificación o habilitación profesional-debidamente acreditada. De la lectura del artículo, cuya redacción es manifiestamente mejorable, nos asalta la duda de si la causa de nulidad es la carencia de solvencia o, por el contrario, su falta de acreditación. Parece claro que en la búsqueda del contratista idóneo por la Administración para la ejecución de un contrato debe prevalecer el hecho de tener solvencia sobre el hecho de acreditarla. La falta de acreditación, fácilmente subsanable por otra parte, no deja de ser una cuestión formal al servicio de lo realmente importante que es gozar de ella<sup>1311</sup>. En conclusión, consideramos que la causa de nulidad se corresponde con la falta de solvencia y no con la ausencia de su acreditación<sup>1312</sup>.

Y, en tercer lugar, el artículo 39.2.a) prohíbe al contratista estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar del artículo 71 LCSP<sup>1313</sup>. Pocas dudas

---

tanto, las expresiones “cuando proceda” –respecto de la clasificación- o “cuando sea exigible” –respecto de la habilitación profesional- del artículo 39 LCSP, interpretadas a la luz del artículo 65 equivalen a cuando lo determine la Ley.

<sup>1310</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 382.

<sup>1311</sup> En este mismo sentido se pronunció, aunque con poco éxito, el Dictamen del Consejo de Estado 1270/1993, de 2 de diciembre, al Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considerando que debía modificarse la redacción de la norma pues “la verdadera causa de nulidad no es la falta de acreditación de la capacidad de obrar sino el no disfrutar de esa capacidad; incluso la solvencia no es necesario acreditarla siempre directamente”

<sup>1312</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de...* *op. cit.* p. 192.

<sup>1313</sup> Para no alargar innecesariamente la cita literal de la norma en el texto, las prohibiciones a las que se refiere el artículo 71 LCSP las resumimos del siguiente modo: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de

---

falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental (...), o en materia laboral o social, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto. c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso. d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1. f) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. h) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. 2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes: a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia. b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el artículo 153 por causa imputable al adjudicatario. c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios. d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley.

interpretativas presenta este largo listado de prohibiciones. Baste decir que, puesto que estamos ante un motivo de nulidad de pleno derecho, su interpretación ha de ser restrictiva<sup>1314</sup>.

En conclusión, y partiendo del concepto jurídico “capacidad de obrar” propio del derecho privado, no se puede negar que la capacidad exigida por la LCSP para quien aspire a celebrar un contrato con la Administración Pública es una capacidad *sui generis*<sup>1315</sup> compuesta, además de por la capacidad de obrar, por dos requisitos ulteriores que refuerzan esa capacidad como son, por un lado, el de la solvencia y, por otro, el de no estar incurso en las prohibiciones para contratar que enumera la norma.

Como colofón al estudio de esta hipótesis de nulidad de los contratos públicos debemos hacer referencia al momento en el cual debe concurrir esta capacidad cualificada en el contratista. En principio, la capacidad es exigible a todo licitador que presente su oferta en un procedimiento contractual desde el momento en que la presente –o, en todo caso, desde el momento en que finaliza el plazo de presentación de ofertas de licitación- y debe concurrir necesariamente también en el momento de la adjudicación del contrato. De hecho, el artículo 38.b) LCSP se refiere a la invalidez de los contratos por causas de nulidad de derecho administrativo “*cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación*”. Por ello, parece razonable exigir la concurrencia

---

<sup>1314</sup> Es interesante la reflexión de BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 193 y 194, acerca de la naturaleza jurídica de estas prohibiciones para contratar. La polémica gira en torno a si tienen carácter sancionador o si son exclusivamente limitaciones de derechos. Para este autor, la mayor parte de prohibiciones constituyen meras limitaciones de la capacidad de obrar, concretamente del derecho a participar en procesos de selección de contratistas. Ahora bien, no puede negarse que alguna de las prohibiciones constituyen verdaderas sanciones por disponer así las leyes especiales que las contienen, por ejemplo, la ley general de subvenciones.

<sup>1315</sup> Lo que BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* p. 181, denomina una “capacidad especial”. En definitiva, la Ley exige una capacidad reforzada precisamente para garantizar el cumplimiento del interés público que representa un contrato público.

de la capacidad de forma continuada hasta el momento de la adjudicación del contrato<sup>1316</sup>.

Una vez analizada la capacidad *sui generis* -cuya no concurrencia en el contratista produce la nulidad de pleno derecho del contrato- exigida al contratista por la LCSP, debemos tratar de relacionarla con las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Tal y como aludimos en el Capítulo II, de la comparación entre una y otras, parece que nos encontramos ante una concreción –quizás justificada por la importancia y especialidad del ámbito de los contratos públicos- del apartado f) del artículo 47.1 LPACAP que considera nulos de pleno derecho los actos “*contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. En efecto, la aptitud exigida por la ley para contratar con la Administración constituye un presupuesto esencial sin el cual no se podrá adquirir la condición de contratista<sup>1317</sup>.

## **b) La falta de consignación presupuestaria**

El artículo 39.2.b) LCSP determina también la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por poderes adjudicadores cuando se celebren con

---

<sup>1316</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 185 y 186, quien concluye que si faltase la capacidad en el momento de la fase preparatoria del contrato, éste sería inválido al serlo uno de sus actos preparatorios y si faltara en la adjudicación, lo sería directamente el acto de adjudicación por el que nace el contrato.

En contra, cfr. MORELL OCAÑA, L., (2004) “Requisitos de los Contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir. SOSA WAGNER, F.), 2ª Ed., Aranzadi, Madrid, p. 162, quien considera que la nulidad procede tanto si no concurre la capacidad en el momento de la adjudicación como si esta capacidad desaparece de forma sobrevenida durante la ejecución del contrato. No podemos compartir, en coherencia con nuestra exposición, la posibilidad de que la nulidad pueda ser sobrevenida, dado el carácter originario y estático de la misma. En efecto, la desaparición sobrevenida de la capacidad del contratista podrá producir la extinción del contrato o, dicho de otro modo, el cese de su eficacia, pero en ningún caso la nulidad del mismo.

<sup>1317</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 156 o CONTRERAS ORTIZ, M. Mª., (2018), “Artículo 39...” *op cit.* p. 342.

“carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”<sup>1318</sup>.

Se trata de una concreción para el ámbito contractual del artículo 46 de la LGP. No nos detendremos en este momento en el análisis de esta causa de nulidad remitiéndonos a lo ya expuesto al comienzo de este Capítulo. Sin embargo, no queremos dejar por alto la importancia que en la actualidad ha adquirido el último inciso de este supuesto de nulidad –“salvo los supuestos de emergencia”- con la crisis sanitaria del COVID-19. En efecto, estos casos suponen una excepción a necesidad de una previa consignación presupuestaria que se justifica por la necesidad de una respuesta rápida y eficaz por parte de la Administración “a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro –como es el COVID 19- o de necesidades que afecten a la defensa nacional”, tal y como reza el artículo 120 LCSP que regula la tramitación de emergencia de los contratos públicos<sup>1319</sup>.

---

<sup>1318</sup> El segundo párrafo del artículo 116.3 LCSP considera que deberá aportarse al contenido del expediente de contratación “el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”.

<sup>1319</sup> En relación con la contratación de emergencia y la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, cfr. GIMENO FELIÚ, J. M<sup>a</sup>., (2020) “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas” en *Observatorio de Contratos Públicos 2019* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M<sup>a</sup>.), Thomson Reuters, Cizur Menor, MORENO MOLINA, J. A., “Impacto Covid-19 sobre la contratación pública” en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 167, 2020, o SANZ RUBIALES, I., “Contratos públicos de emergencia y crisis del COVID-19: Inmediatez contra seguridad jurídica” en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, nº 6, 2020.

### c) La falta de publicación del anuncio de licitación

La primera novedad de la LCSP en relación con los motivos de nulidad de los contratos se consagra en el artículo 39.2.c) que considera que *“la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”* provoca la nulidad del contrato<sup>1320</sup>.

Esta misma causa de nulidad se preveía en el artículo 37.1.a) TRLCSP<sup>1321</sup> como un “supuesto especial de nulidad” invocable a través de la “cuestión de nulidad” para los contratos armonizados y los contratos de servicios cuyo valor estimado fuese igual o superior a 193.000 euros. Con la nueva LCSP desaparece la “cuestión de nulidad”<sup>1322</sup> y los llamados “supuestos especiales de nulidad”

---

<sup>1320</sup> La redacción original de este motivo de nulidad era “la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, en el 'Diario Oficial de la Unión Europea' o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”. La redacción actual por la que se añade la necesidad de publicación en el perfil del contratante, en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los boletines oficiales preceptivos se debe a la Enmienda nº 45 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

<sup>1321</sup> El artículo 37.1.a) establecía que “los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros serán nulos en los siguientes casos: cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”. El TRLCSP establecía una excepción a este motivo nulidad cuando concudiesen conjuntamente estos tres requisitos: a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley. b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos: Identificación del órgano de contratación, Descripción de la finalidad del contrato, Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 142, Identificación del adjudicatario del contrato, Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante, y, c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio. En la vigente LCSP desaparece, sin motivo aparente, esta excepción a la nulidad del contrato por falta de publicación del anuncio de licitación.

<sup>1322</sup> El propio Preámbulo de la LCSP establece que “se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se

pasan a engrosar<sup>1323</sup> la lista de las causas de nulidad comunes de los contratos públicos.

De esta forma, se exige para los contratos públicos la publicación del anuncio de licitación, no solo en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), sino en el perfil del contratante y en el medio de publicidad que sea preceptivo según la normativa. Solamente estarán exentos de este requisito, según la remisión que el artículo 39.2.c) hace al artículo 135 LCSP, los contratos que puedan someterse al procedimiento negociado sin publicidad.

El fundamento de la inclusión de esta causa de nulidad, extrapolable a todas las causas de nulidad que constituyen una novedad respecto a las previstas en el ya derogado TRLCSP, es el fortalecimiento del principio de transparencia en la contratación pública<sup>1324</sup>. Ahora bien, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en relación con las causas “nuevas” de nulidad, *“en la teoría de los vicios invalidantes, la nulidad de pleno derecho ocupa el escalón más alto y por eso la interpretación de sus causas y la apreciación de su concurrencia a través de la revisión de oficio debe ser restrictiva”*<sup>1325</sup>.

---

mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación”.

<sup>1323</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>. (2018), “Artículo 39...” *op. cit.* p. 344 y DíEZ SASTRE, S., (2018), “La invalidez de los contratos públicos” en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M<sup>a</sup>.), Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 577.

<sup>1324</sup> Es meridianamente claro el legislador, fuertemente influenciado por el legislador comunitario, cuando reconoce en el Preámbulo de la LCSP que el principal objetivo de esta norma es lograr una mayor transparencia (“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”). Concretamente, en opinión de la profesora GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011), “Contratos públicos y régimen “cualificado” de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad” en *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 279, este motivo de nulidad concreto obedece al “deseo del legislador de la Unión Europea de introducir un mecanismo de control eficaz de las adjudicaciones directas ilegales”.

<sup>1325</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

En consecuencia, interpretando restrictivamente este motivo de nulidad llegamos a dos conclusiones:

La primera de ellas tiene que ver con el objeto de la publicación y, tal y como determina la literalidad del artículo, habrá de publicarse el “*anuncio de licitación*” con el objetivo de garantizar los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad que deben regir el procedimiento de contratación. Por tanto, la causa de nulidad sólo entrará en juego cuando la falta de publicación impida totalmente conocer la existencia de un procedimiento contractual a cualquier interesado<sup>1326</sup>.

En segundo lugar, de la lectura del motivo de nulidad que ahora analizamos parece inferirse que en varios supuestos puede concurrir una obligación de publicidad múltiple, es decir, que el anuncio de licitación debe producirse en varios diarios oficiales, además de en el perfil del contratante. Se plantea inmediatamente la duda, al hilo del razonamiento expuesto anteriormente, de si la omisión de la publicidad en uno sólo de los diarios oficiales conllevaría la nulidad del contrato aun cuando la posibilidad de conocer y participar en el expediente contractual a los interesados se ve garantizada con creces con la publicación en el resto de medios obligatorios.

Conforme a la excepcionalidad que debe presidir la interpretación de la nulidad de pleno derecho, en principio, la ausencia de publicación en el DOUE, cuando ésta sea obligatoria, sí conllevaría la nulidad del contrato pues se trata del medio de publicidad que garantiza el conocimiento a la totalidad de los potenciales licitadores. Ahora bien, parece que un anuncio de licitación publicado en el DOUE y en el perfil del contratante, pero no en el BOE o en el Boletín de la

---

<sup>1326</sup> En esta línea también se mueve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en cuya Resolución 951/2019 de 14 de agosto, considera que no acarrea la nulidad del contrato la ausencia de publicación de la memoria justificativa del contrato, del informe de insuficiencia de medios y del documento de aprobación del expediente en el perfil del contratante pues el objetivo de dar a conocer el procedimiento contractual se cumple con la mera publicación del anuncio de licitación. Insiste, además, el TACRC en que ni tan siquiera estamos ante una causa de anulabilidad del artículo 48 LPACAP pues ésta solo se produce si la actuación administrativa carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión y, en este caso, pese a la ausencia de publicación de los citados documentos, los potenciales licitadores han tenido acceso al expediente contractual en todo momento.

Comunidad Autónoma correspondiente debería constituir, a lo sumo, un motivo de anulabilidad. En estos supuestos es evidente que, aunque existe un defecto formal, el objetivo de garantizar la igualdad y la libre concurrencia estaría cubierto pues el anuncio de licitación está publicado en un instrumento de libre acceso para todos los interesados<sup>1327</sup>.

Por último, comparando esta causa de nulidad con las genéricas recogidas por el artículo 47.1 LPACAP, consideramos que podríamos estar ante una concreción, o bien del supuesto de nulidad de actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional –en este caso el derecho de igualdad del artículo 14 CE que se podría entender vulnerado si no se posibilita un conocimiento y una participación a todos los interesados sin excepción<sup>1328</sup>- o bien, del supuesto de actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido<sup>1329</sup>. En este último supuesto, tal y como analizamos en el Capítulo III y defiende unánimemente la jurisprudencia<sup>1330</sup>, se equipara la ausencia total y absoluta de procedimiento con la omisión de un trámite esencial del mismo. En efecto, en el supuesto que ahora analizamos, la publicidad del anuncio de licitación es un trámite absolutamente

---

<sup>1327</sup> En contra, aludiendo al tenor literal de la norma, cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M<sup>a</sup>., (2018), *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Wolkers Kluwer, Madrid, p. 999. En esta línea, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal (en adelante, JCCAE) 4/2017, de 6 de noviembre, considera, durante la vigencia del TRLCSP, que la publicación en el DOUE cuando sea preceptiva no exime de la publicación en el BOE cuando también ésta sea preceptiva. Sin embargo, manifestando la vulneración –discutible- de los principios de libre concurrencia y publicidad considera que ante la ausencia de publicación en el BOE se deben “adoptar las medidas necesarias para corregir esta situación”, expresión que invita, indudablemente, a pensar en un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho.

<sup>1328</sup> Vid. STJUE de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/99), nº 91 y 92: “En efecto, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto. Esta obligación de transparencia que incumbe a la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, un nivel adecuado de publicidad que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

<sup>1329</sup> Cfr. GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011), “Contratos públicos y...” *op. cit.* p. 272.

<sup>1330</sup> Vid., entre otras, STS de 20 de julio de 2005, FD 4, (rec. 8504/1999) o STS de 29 de julio de 2014, FD 6, (rec. 512/2013).

esencial pues su omisión impide la libre concurrencia de los potenciales adjudicatarios del contrato<sup>1331</sup>.

**d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato**

Según el artículo 39.2.d) LCSP, serán nulos los contratos públicos celebrados por poderes adjudicadores cuando se produzca *“la inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos: 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y, 2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta”*.

Igual que el supuesto de nulidad anterior, este motivo de nulidad constituía en el derogado TRLCSP un supuesto especial de nulidad impugnabile a través de la cuestión de nulidad y aplicable sólo a determinados contratos públicos.

---

<sup>1331</sup> Cfr. Resolución 58/2017 TACRC, de 20 de enero: “la ausencia de esta publicidad constituye un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo al vigente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477) , de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pues a la omisión total y absoluta del procedimiento se le equipara igualmente el supuesto de falta de un trámite esencial” o, en el mismo sentido, la Resolución 1137/2015 TACRC, de 11 de diciembre, que considera que “Constituye, por tanto, la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su preterición, en consecuencia, representa la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento. En tales términos, debe considerarse que la licitación se encuentra incurso en el supuesto de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –hoy art. 47.1.e) LPACAP-, de aplicación al caso por remisión del artículo 32 a) del TRLCSP. Tal supuesto contempla la nulidad de pleno derecho de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, dentro del cual reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que deben incluirse los casos de omisión de trámites esenciales del procedimiento”.

Actualmente, con la nueva LCSP, que supuso la desaparición de la cuestión de nulidad, esta causa de nulidad es aplicable ya a todos los contratos públicos.

El plazo al que se refiere el artículo 39.2.d) LCSP para la formalización del contrato se regula en el artículo 153.3 LCSP según el cual, si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, el contrato no podrá formalizarse antes de que transcurran quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación a los licitadores, plazo ampliable a un máximo de un mes por las Comunidades Autónomas. Por su parte, si el contrato no es susceptible de recurso especial, deberá formalizarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación.

Ahora bien, según el artículo 48.3 LPACAP –aplicable a los contratos públicos vía artículo 40 LCSP<sup>1332</sup>- *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*. Es decir, que el incumplimiento del plazo legalmente previsto conllevará, a lo sumo, la anulabilidad del contrato. Por ello, el legislador exige la concurrencia cumulativa<sup>1333</sup> de dos requisitos –además de la inobservancia del plazo- para que pueda entrar en juego este motivo de nulidad:

- En primer lugar, que por el incumplimiento del plazo el licitador se haya visto privado de la posibilidad de interponer un recurso contra algún acto del procedimiento de adjudicación. El legislador está pensando, sin duda, en la necesaria indefensión que debe concurrir en quien queriendo interponer un recurso en el seno del procedimiento contractual no haya podido. Aun así, tampoco este requisito justifica la nulidad de pleno

---

<sup>1332</sup> “Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

<sup>1333</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M<sup>a</sup>., (2018), *El nuevo régimen... op. cit.* p. 1000, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2015), *Los recursos especiales en materia de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 216.

derecho pues la indefensión es causa de anulabilidad tal y como se desprende el artículo 48.2 LPACAP.

- Por último, y cumulativamente a la inobservancia del plazo y a la imposibilidad de recurrir, se requiere que concurra alguna infracción del procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta. El legislador en este requisito conecta el defecto procedimental con el contenido del acto de adjudicación del contrato, pues no solo se requiere la infracción procedimental, sino que ésta esté conectada causalmente con la imposibilidad de que algún licitador obtenga la adjudicación del contrato.

En conclusión, nos encontramos ante un motivo de nulidad eminentemente formal compuesto por la inobservancia del plazo suspensivo<sup>1334</sup> legalmente exigido que provoque la indefensión del licitador pues le debe imposibilitar la interposición de un recurso. Ahora bien, la causa de nulidad trasciende a la mera infracción procedimental pues ésta debe verse reflejada en el contenido del acto de adjudicación. En efecto, es muy claro el legislador al señalar que el defecto formal debe impedir a un licitador obtener la adjudicación del contrato. Y es precisamente esta conexión con el contenido del acto, en este caso, la incorrecta elección del contratista, la que puede justificar que estemos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho. Puede entenderse que nos encontramos ante una vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación que se erige como un “*verdadero objetivo*” de la LCSP según nos indica su propio preámbulo y que, parece, podría integrarse en el contenido del más amplio derecho fundamental a la igualdad<sup>1335</sup>.

---

<sup>1334</sup> Cfr. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del derecho europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado” en *REDA*, nº 172, 2015, pp. 195 y ss.

<sup>1335</sup> Aunque no alude a la causa legal concreta por la que se declara la nulidad del contrato, es muy gráfico el razonamiento de la Resolución 1006/2020 TACRC, de 18 de septiembre, pues es una muestra de que la nulidad sólo procederá cuando el defecto procedimental se traduzca en una incorrecta adjudicación del contrato, en este caso provocando una vulneración del derecho de igualdad al excluir del procedimiento de licitación a un candidato sin motivación alguna: “procede declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación por haber sido excluido indebidamente del procedimiento de licitación a la recurrente, con evidente perjuicio para la misma, siendo en

### **e) Formalización del contrato sin respetar su suspensión**

La letra e) del artículo 39.2 LCSP reconoce como causa de nulidad de los contratos públicos “*haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto*”.

Este motivo de nulidad, al igual que los dos anteriores, constituía una causa de nulidad invocable mediante la ya derogada cuestión de nulidad. Con la entrada en vigor de la actual LCSP se configura como una causa de nulidad aplicable a cualquier contrato público.

Nos encontramos ante otra causa de nulidad formal que se resume en la formalización del contrato sin respetar la suspensión del procedimiento de contratación que puede obtenerse de dos formas: una, mediante la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato que tiene como efecto inmediato la suspensión del procedimiento o, en segundo lugar, mediante la interposición de un recurso contra cualquier otro acto del procedimiento contractual solicitando por el recurrente la suspensión del procedimiento como medida cautelar siempre que el tribunal tenga a bien adoptarla<sup>1336</sup>.

---

consecuencia nulo el acuerdo de adjudicación que ha sido adoptado sin haber seguido correctamente el procedimiento de adjudicación previsto en los Pliegos, que pasa por la valoración de las ofertas de todos los licitadores que hayan sido presentadas conforme a lo exigido”.

<sup>1336</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M<sup>a</sup>., (2018), *El nuevo régimen... op. cit.* p. 1001.

Tal y como está redactada, esta causa de nulidad operará de forma automática<sup>1337</sup> en cuanto se produzca la formalización del contrato mientras el procedimiento deba estar suspendido, sin estar supeditada al cumplimiento de otra condición ulterior ni conectada causalmente con una infracción del contenido del acto de adjudicación<sup>1338</sup>, como ocurría en la hipótesis de nulidad anterior.

Resulta ciertamente complicado entender que este supuesto puramente formal pueda encajar entre las causas de nulidad de pleno derecho tal y como está diseñada la teoría de la invalidez de los actos administrativos por el legislador español. Desde luego, no respetar la suspensión del procedimiento no constituye la omisión total y absoluta del procedimiento, ni tan siquiera la omisión de un trámite esencial, más aún cuando la propia LCSP no exige que se traduzca en una adjudicación incorrecta del contrato. A lo sumo, podríamos estar ante un supuesto de mera anulabilidad.

Todo apunta a una incorrecta o, al menos, imprudente, trasposición de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. La intención del legislador comunitario es la de proteger y fortalecer la utilidad del recurso especial en materia de contratación. Precisamente para cumplir este objetivo considera necesario aplicar “*sanciones efectivas*” al incumplimiento de la suspensión automática del procedimiento contractual y alude especialmente a la ineficacia de los contratos formalizados durante el periodo de suspensión siempre que esa formalización haya podido afectar a la posibilidad de todo

---

<sup>1337</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. Ma., (2018), “Artículo 39...” *op. cit.* p. 345.

<sup>1338</sup> Buen ejemplo la aplicación automática de esta causa de nulidad nos da la Resolución 537/2013 TACRC, de 22 de noviembre que razona del siguiente modo: “no habiendo respetado el efecto suspensivo que comportaba dicho recurso, formalizando el contrato, debe declararse la nulidad de éste con amparo en la causa prevista en el art. 37.1.c) del TRLCSP –actual artículo 39.2.e)-“. En sentido contrario, SAN de 7 de octubre de 2015, FD 6, (rec. 57/2014), considera que la pretensión de nulidad del contrato por formalizarse mientras el procedimiento contractual estaba suspendido “no puede prosperar, pues el alzamiento de la suspensión y la confirmación del acto de adjudicación hacen que la cuestión de nulidad carezca de objeto. No hay que olvidar que la causa prevista en el artículo 37.1 c) determina la nulidad del contrato celebrado contraviniendo la suspensión acordada por el Tribunal, pero no el acto de adjudicación suspendido. Por tanto, habiéndose confirmado éste y alzado la suspensión ya ningún obstáculo hay para la celebración del contrato”.

licitador de impugnar, y suspender, la tramitación antes del comienzo de su ejecución<sup>1339</sup>.

Hubiera podido justificarse, como en el supuesto anteriormente analizado, la nulidad si la adjudicación del contrato durante el periodo de suspensión se hubiera traducido, no solo en la vulneración de normas procedimentales, sino también de normas sustantivas<sup>1340</sup>, provocando una adjudicación a un licitador con peor derecho que el resto y, vulnerándose, en consecuencia, el derecho de igualdad.

Hasta tal punto es difícilmente conciliable este supuesto de nulidad con nuestro sistema interno de invalidez general de los actos en derecho administrativo que el propio TACRC, admitiendo la indudable claridad del tenor literal del artículo 39.2.e) LCSP –antes artículo 37.1.c) TRLCSP integrado en los supuestos especiales de nulidad contractual- considera que *“para garantizar el efecto útil del recurso especial y evitar actuaciones en fraude a su operatividad, la declaración de nulidad del contrato indebidamente formalizado deviene ineludible; aunque el TRLCSP prevé que tal nulidad puede conllevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado”*<sup>1341</sup>.

Se trata, en definitiva, de evitar la aplicación pura y dura de la literalidad de una norma que rompe con el esquema interno de la invalidez de los actos y contratos públicos. Literalidad que, por otra parte, se debe a una incorrecta

---

<sup>1339</sup> El considerando 18 de la Directiva 2007/66/CE considera que “a fin de impedir infracciones graves de la obligación del período suspensivo y de la suspensión automática, que constituyen requisitos previos para un recurso eficaz, deben aplicarse sanciones efectivas. Los contratos que se celebren en infracción del período suspensivo o de la suspensión automática deben por lo tanto considerarse ineficaces en principio si se combinan con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE, en la medida en que esas infracciones hayan afectado a las oportunidades del licitador que interpone recurso de obtener el contrato”.

<sup>1340</sup> Cfr. GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011), “Contratos públicos y...” *op. cit.* p. 289.

<sup>1341</sup> Resolución 777/2016 TACRC, de 30 de septiembre y Resolución 1158/2018 TACRC, de 17 de diciembre.

trasposición de la normativa comunitaria que no exigía en ningún caso la nulidad en estos supuestos, sino la ineficacia, dejando a cada legislador nacional utilizar sus propias categorías jurídicas<sup>1342</sup>. Todo parece indicar que la anulabilidad hubiera sido una sanción suficiente para estos supuestos e igualmente útil para conseguir la ineficacia del contrato.

**f) El incumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición en el que estuvieran admitidos varios empresarios**

Otro motivo de nulidad, ahora general, antes aplicable exclusivamente mediante la cuestión de nulidad y en relación con determinados contratos sujetos a regulación armonizada es el recogido por el artículo 39.2.f) que sanciona con la nulidad *“el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador”*.

El ámbito de aplicación de este supuesto se limita a los contratos celebrados con base en un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición, ambos sistemas restringidos pues suponen una limitación del número de empresarios que pueden optar a su adjudicación<sup>1343</sup>. El legislador ha pretendido con este

---

<sup>1342</sup> Así lo puso de manifiesto –sin ningún éxito desgraciadamente– el ya citado Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 advirtiendo sobre la problemática que acarrearía la inclusión de nuevas causas de nulidad considerando que se trata de una categoría que, por atentar contra la seguridad jurídica, debe tener siempre una aplicación e interpretación restrictiva: “de ahí que deba ponderarse por el anteproyecto la oportunidad de incorporar en la legislación sobre contratos públicos estos cuatro supuestos que son sancionados con la consecuencia jurídica máxima de la nulidad de pleno derecho”.

<sup>1343</sup> La RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: “procedimiento administrativo de contratación del sector público mediante acuerdos marco” define este procedimiento como un procedimiento especial de contratación pública para concertar con uno o varios empresarios un instrumento

supuesto fortalecer la transparencia en la adjudicación de este tipo de contratos donde la libre concurrencia ya está, por definición, limitada con respecto al procedimiento abierto.

Una vez más, la técnica legislativa de trasposición de la Directiva 2007/66/CE que contemplaba esta causa de nulidad y, sobre todo, la nueva redacción que se le da en la actual LCSP no parecen guardar demasiada coherencia con el sistema ideado por el legislador comunitario por dos motivos fundamentales:

- En el ya derogado TRLCSP, al regularse este motivo dentro de las causas especiales de nulidad de los contratos, se incluía una excepción a su aplicación con origen directo en el artículo 2.*quinquies*, apartado 5 de la Directiva 2007/66/CE. Así, el artículo 37.3 TRLCSP disponía que no procedería la nulidad por esta causa cuando “*el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente*” y, cumulativamente “*que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados*”<sup>1344</sup>. Esta excepción, sin explicación alguna por parte del legislador, no figura en la

---

denominado acuerdo marco, en el que, sin limitar la libre competencia, se fijan las condiciones en que habrán de adjudicarse los contratos durante un plazo máximo de cuatro años con el fin de agilizar las adjudicaciones que se ajusten a las condiciones establecidas en dicho acuerdo. También La RAE, *Diccionario del Español Jurídico*, Voz: “procedimiento administrativo de contratación del sector público mediante sistemas dinámicos de contratación”, lo define como un procedimiento electrónico habilitado para la contratación abierta, con una duración limitada y determinada en los pliegos, de obras, servicios y suministros de uso corriente y características predeterminadas, en el que puedan presentar ofertas las empresas que cumplan los criterios de selección prefijados.

<sup>1344</sup> Al margen de que la trasposición de estas excepciones era mejorable, vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011), “Contratos públicos y...” *op. cit.* p. 294, se critica la no concurrencia de las excepciones en la actualidad pues la Directiva 2007/66/CE “no parece dejar margen a los Estados Miembros para decidir aplicarlas o no” estableciendo que “dispondrán” que esta causa de nulidad no se aplique cuando concurra la excepción. Cfr. DíEZ SASTRE, S., (2018), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 578.

redacción actual de esta causa de nulidad, ampliando notablemente la potencial aplicación de este supuesto.

- Sin embargo, si por un lado se omiten las excepciones a este motivo de nulidad, la vigente LCSP añade un requisito ulterior para su operatividad que no es otro que la necesidad de que el incumplimiento de las normas procedimentales “*hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador*”<sup>1345</sup>. De no añadirse este requisito que conecta el vicio formal con el contenido material de la adjudicación, el mantenimiento de esta causa de nulidad sería inapropiado pues supondría realmente una infracción formal determinante, en su caso, de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho<sup>1346</sup>.

En definitiva, y al margen de que una vez más la trasposición del derecho comunitario a nuestra LCSP es mejorable, nos encontramos ante un motivo de nulidad que sólo se justifica por su inciso final según el cual la adjudicación del contrato debe producirse en favor de un licitador que no la merecía –al igual que la inobservancia del plazo de formalización previsto en el artículo 39.2.d)-. De lo contrario, como ocurría en la hipótesis de nulidad anterior, estaríamos ante una infracción formal del procedimiento contractual que podría constituir un supuesto de anulabilidad o, incluso, una irregularidad no invalidante si el contrato termina adjudicándose al licitador idóneo sin provocar indefensión en ningún otro candidato.

---

<sup>1345</sup> Esta alusión a que el contrato “hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador” no aparecía en el texto inicial de la LCSP, sino que se propone en la Enmienda nº 991 del Grupo Parlamentario Popular justificándose en que “se cualifica el incumplimiento que puede dar lugar a la nulidad de un contrato ya que a veces se registran incumplimientos de plazo o formales de los que en ningún caso resulta un perjuicio para los licitadores y que no determinan el resultado del procedimiento por lo que procede aplicar el principio de economía”.

<sup>1346</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. Ma., (2018), “Artículo 39...” *op. cit.* p. 346.

### **g) El incumplimiento grave de las normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública**

El siguiente motivo de nulidad que merece nuestro análisis es el contenido en el artículo 39.2.g) LCSP que presenta la particularidad de ser introducido *ex novo*<sup>1347</sup> por la vigente LCSP sin que anteriormente constituyese causa de nulidad general ni tampoco causa especial de nulidad. Se producirá la nulidad de un contrato público por “*el 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*”.

Tres son los condicionantes para que entre en juego esta hipótesis de nulidad: en primer lugar, que se produzca un incumplimiento grave del derecho comunitario; en segundo lugar, que ese incumplimiento sea declarado por el TJUE en un procedimiento del artículo 260 TFUE<sup>1348</sup>, es decir, un procedimiento judicial comunitario iniciado por la Comisión Europea contra un Estado Miembro cuando éste haya transgredido el ordenamiento jurídico comunitario<sup>1349</sup> –en este caso en materia de contratación pública- y; en tercer lugar, que el incumplimiento del derecho comunitario se traduzca en una adjudicación del contrato a un contratista que no debiera haber resultado adjudicatario de no haberse incumplido la normativa comunitaria.

El origen inmediato de esta causa de nulidad se encuentra en la trasposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, cuyo artículo 73.c) da la posibilidad a los

---

<sup>1347</sup> Cfr. Díez SASTRE, S., (2018), “La invalidez de...” *op. cit.* p. 576.

<sup>1348</sup> El artículo 260.1 TFUE establece que “si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal”.

<sup>1349</sup> Cfr. CONTRERAS ORTIZ, M. Ma., (2018), “Artículo 39...” *op. cit.* p. 346.

poderes adjudicadores de rescindir el contrato, con arreglo a las condiciones determinadas por el derecho nacional, cuando éste “*no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE*”<sup>1350</sup>.

Resulta palmario que tienen poco que ver la redacción y el sentido de la Directiva con el actual artículo 39.2.g) LCSP. Por un lado, la Directiva habla de la posibilidad de los Estados Miembros, es decir, en ningún caso nuestro legislador estaba obligado a incluir este motivo de nulidad. Pero además, y lo que es más importante, en la Directiva se habla de la rescisión del contrato y nunca de invalidez o nulidad. El legislador comunitario está pensando, en efecto, en la ejecución de la decisión del TJUE que podrá afectar a la eficacia del contrato, pero no a su validez. En definitiva, este supuesto encajaría mucho mejor en la razón de ser de las causas de resolución de los contratos que en las causas de nulidad<sup>1351</sup>.

A mayor abundamiento, el motivo de nulidad, tal y como está redactado, es contrario a la taxatividad y concreción que exige la categoría de la nulidad en el

---

<sup>1350</sup> En parecidos términos, el artículo 44.c) de la Directiva 2014/23/UE, prevé la posibilidad de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia con arreglo a las condiciones de cada derecho nacional cuando que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva”.

<sup>1351</sup> Así se manifestó, con ningún éxito desgraciadamente, el Consejo de Estado, en el ya comentado Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, al Anteproyecto LCSP: Además, como ya se ha dicho, el anteproyecto configura esta situación como una causa de nulidad de pleno derecho, en tanto que la norma europea prevé la posibilidad de rescindir el contrato (lo que asemejaría más a esta figura con una de las causas de resolución por incumplimiento del artículo 209 del anteproyecto). (...) n[o] parece procedente, por tanto, el establecimiento de una nueva causa de nulidad de derecho administrativo con carácter general; sino que más bien se trata de ejecutar lo decidido por el TJUE respecto a la invalidez de un determinado contrato y parecería más propio, por ello y para no desnaturalizar la teoría de las nulidades, establecer una nueva causa de resolución en el artículo 209.1 de la ley en proyecto –hoy 211 LCSP- que podrá ser acordada “de oficio o a instancia del contratista, en su caso” (artículo 210.1 del anteproyecto”).

derecho español pues se exige el “*incumplimiento grave de las normas de derecho comunitario en materia de contratación pública*”. Al margen del calificativo “grave”, que ya supone un concepto jurídico indeterminado, parece que nos encontramos ante una causa de anulabilidad al aludir al incumplimiento genérico de las normas de contratación comunitarias declarado por el TJUE. Por tanto, presenta gran inseguridad jurídica la amplitud del ámbito de aplicación de esta causa de nulidad.

En definitiva, no parecía necesario para cumplir la obligación de transposición incluir una nueva causa de nulidad de pleno derecho que, ciertamente, pone en jaque la teoría de las nulidades por su excesiva generalidad y abstracción. Hubiera sido suficiente, como propuso el Consejo de Estado, incluir este supuesto como motivo de resolución de los contratos públicos.

#### **h) La omisión en los pliegos de las obligaciones del futuro contratista en materia de protección de datos**

El último motivo de nulidad de los contratos se encuentra recogido en la letra h) del artículo 39.2 LCSP -añadido en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones- que considera nulo el contrato cuando no se mencione en sus pliegos de cláusulas administrativas “*lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122*”.

A su vez, el citado Real Decreto-Ley también modifica el artículo 122.2 LCSP resultando, en consecuencia, nulos los contratos que omitan los siguientes datos en sus pliegos:

*“Los pliegos deberán mencionar expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos.*”

*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, adicionalmente en el pliego se hará constar:*

*a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos.*

*b) La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202.*

*c) La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.*

*d) La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a que se refiere la letra c) anterior.*

*e) La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.*

*En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones recogidas en las letras a) a e) anteriores en todo caso deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211”.*

En definitiva, el objetivo de esta reforma legislativa fue adaptar la LCSP a la normativa comunitaria vigente en materia de protección de datos<sup>1352</sup>, incluyendo así el deber de mencionar expresamente en los pliegos contractuales las obligaciones del futuro contratista. En concreto, la falta de mención de las obligaciones arriba citadas acarreará la nulidad de pleno derecho del contrato.

La justificación de este motivo de nulidad, tal y como expresa el Preámbulo del Real Decreto-Ley 14/2019, se encuentra en la *“importancia que en determinados casos puede presentar para los intereses de la seguridad nacional conocer la ubicación de los servidores en los que se alojarán los datos que ceda la Administración con motivo de la ejecución de un contrato público”*, así como en asegurar el cumplimiento de la normativa nacional y comunitaria en materia de protección de datos en la fase de ejecución del contrato<sup>1353</sup>.

Partiendo de la base de que la infracción del ordenamiento jurídico –nacional o comunitario- es, por regla general, constitutivo de mera anulabilidad, nos queda analizar si la referencia a la seguridad nacional constituye razón suficiente que justifique la nueva causa de nulidad. Nos parece, en principio, excesivo acudir a la categoría de la nulidad de pleno derecho para sancionar este tipo de conductas, toda vez que éstas no sean vulneradoras del derecho fundamental a la intimidad, para cuyo caso no hubiera hecho falta ampliar el catálogo de causas

---

<sup>1352</sup> Concretamente el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), tal y como cita el propio legislador español en el artículo 122 LCSP.

<sup>1353</sup> Concretamente, el párrafo completo del Preámbulo dedicado a la justificación de la inclusión de esta nueva causa de nulidad establece lo siguiente: “La aplicación en este caso de la consecuencia jurídica máxima que contempla nuestro ordenamiento jurídico, esto es, de la nulidad de pleno Derecho, se ha considerado adecuada una vez ponderada la oportunidad de su incorporación en la legislación de contratos del sector público (siguiéndose el dictamen n. 1116/2015, del Consejo de Estado), dada la importancia que en determinados casos puede presentar para los intereses de la seguridad nacional conocer la ubicación de los servidores en los que se alojarán los datos que ceda la Administración con motivo de la ejecución de un contrato público, desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos y asegurar el sometimiento de la ejecución de ese contrato a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos”.

de nulidad pues ya está prevista en el artículo 47.1.a) LPACAP aplicable también al ámbito de los contratos públicos.

Por otro lado, y puesto que el fundamento de la inclusión de esta causa de nulidad es la adaptación del derecho interno al derecho comunitario, de la interpretación del Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos no se deduce en ningún momento que el incumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos deba provocar la nulidad de pleno derecho del contrato público<sup>1354</sup>. Parece que las sanciones en las que piensa el legislador comunitario se mueven en otro plano distinto a la nulidad de pleno derecho del contrato – multas o apercibimiento entre otras<sup>1355</sup>-, y siempre con el objetivo de la protección de los datos personales y su posible difusión o circulación, no conectándolo en ningún momento con la invalidez de un contrato público.

En definitiva, parece difícilmente justificable que la falta de mención –ni siquiera el incumplimiento- de las obligaciones del contratista en materia de protección de datos en los pliegos del contrato pueda conectarse con la invalidez del mismo, y menos en su grado máximo de nulidad de pleno derecho. En concreto, la omisión de “*la obligación de someterse*” a la normativa vigente en materia de protección de datos –o a cualquier otra- incluida a modo de recordatorio en la LCSP no puede constituir en ningún caso un motivo de nulidad

---

<sup>1354</sup> La única referencia en todo el Reglamento a los contratos públicos se realiza en el considerando 78 que determina que “Los principios de la protección de datos desde el diseño y por defecto también deben tenerse en cuenta en el contexto de los contratos públicos”.

<sup>1355</sup> El Considerando 148 del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, determina que “a fin de reforzar la aplicación de las normas del presente Reglamento, cualquier infracción de este debe ser castigada con sanciones, incluidas multas administrativas, con carácter adicional a medidas adecuadas impuestas por la autoridad de control en virtud del presente Reglamento, o en sustitución de estas. En caso de infracción leve, o si la multa que probablemente se impusiera constituyese una carga desproporcionada para una persona física, en lugar de sanción mediante multa puede imponerse un apercibimiento. Debe no obstante prestarse especial atención a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, a su carácter intencional, a las medidas tomadas para paliar los daños y perjuicios sufridos, al grado de responsabilidad o a cualquier infracción anterior pertinente, a la forma en que la autoridad de control haya tenido conocimiento de la infracción, al cumplimiento de medidas ordenadas contra el responsable o encargado, a la adhesión a códigos de conducta y a cualquier otra circunstancia agravante o atenuante”.

pues, en caso contrario, se estaría presumiendo el desconocimiento de la normativa.

## **2) La nulidad de los actos administrativos que infrinjan la prohibición de enajenación del dominio público**

El artículo 9 de la Ley 22/1988, de Costas, de 28 de julio, sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos administrativos contrarios a la exclusividad de la titularidad estatal sobre el dominio público marítimo-terrestre<sup>1356</sup>.

Que el legislador haya considerado utilizar la categoría de la nulidad para calificar estas infracciones parece, en principio, una decisión cargada de lógica para otorgar la máxima protección jurídica a las zonas de dominio público<sup>1357</sup> marítimo-terrestre. El propio reconocimiento constitucional<sup>1358</sup> de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público, reconociendo entre ellos la zona marítimo-terrestre, es la mejor muestra

---

<sup>1356</sup> Concretamente, el citado artículo 9 dispone: “1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49. 2. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior. Los actos particulares en fraude del mencionado precepto no impedirán la debida aplicación del mismo”.

<sup>1357</sup> Así lo reconoce también el Dictamen del Consejo de Estado 5034/1998, de 3 de junio de 1999 cuando considera, en un asunto en que se produjo una disposición de bienes de dominio público, que “con independencia y más allá de los procedimientos de recuperación posesoria y deslinde ya iniciados, la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos de enajenación constituye una mejor protección de los intereses públicos y privados en presencia”.

<sup>1358</sup> El artículo 132 de la Constitución Española establece: “1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

de la gravedad de la conducta y un argumento a favor de sancionar con la nulidad los actos que lo contradigan<sup>1359</sup>.

En efecto, la utilización de la nulidad como técnica para proteger el dominio público es acorde con la imprescriptibilidad y posibilita la revisión de oficio de todo acto contrario a la inalienabilidad de éste. La inseguridad jurídica inherente a la nulidad que permite la revisión de los actos sin límite temporal en este caso está justificada, pues cede en favor de la protección del orden público concretado en la imposibilidad de disponer de bienes de dominio público en favor de terceros<sup>1360</sup>.

Como se adelantó en el Capítulo II, la doctrina, valorando positivamente la inclusión del artículo 9 de la Ley de Costas entre los supuestos de nulidad por la gravedad que implica, ha hecho múltiples esfuerzos por incluir este motivo de nulidad en alguno de los previstos en el artículo 47.1 LPACAP:

- En primer lugar, se ha considerado que este supuesto –y, en general, todos los que impliquen la disposición de bienes de dominio público- bien podría formar parte del conjunto de “*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*” del artículo 47.1.f) LPACAP<sup>1361</sup>. Ciertamente es que la disposición de un bien de dominio público supone la adquisición de un derecho a su receptor faltando un requisito esencial –a mayor abundamiento, de rango constitucional- como es la disponibilidad del bien<sup>1362</sup>.

---

<sup>1359</sup> Sobre el fundamento de otorgar la máxima protección a los actos contrarios a la indisponibilidad de los bienes de dominio público, cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., (2003), *Comentarios a la Ley de Costas. Doctrina y jurisprudencia (Con las modificaciones introducidas por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre)*, Dijusa, Madrid, p. 53, quien considera que “la Administración del Estado estará obligada a ejercer las acciones necesarias para la integridad y protección del dominio público marítimo-terrestre”. Sin duda, calificar de nulos los actos contrarios a la inalienabilidad del dominio público es una de ellas.

<sup>1360</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad...” *op. cit.* pp. 147 y 148.

<sup>1361</sup> *Íbidem*, p. 149.

<sup>1362</sup> Así lo entiende también el Dictamen del Consejo de Estado 798/2012, de 19 de julio, al declarar nula una licencia que infringía la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes,

Sin embargo, no consideramos que encaje perfectamente la inalienabilidad del dominio público en la causa del artículo 47.1.f), toda vez que es *conditio sine qua non* para su operatividad que estemos ante ausencia de requisitos de carácter subjetivo. En el caso que analizamos parece que el requisito ausente no es de carácter subjetivo, sino objetivo; es la propia inalienabilidad e imprescriptibilidad del bien garantizada constitucionalmente la que impide su transmisión.

- En segundo lugar, se ha tratado de demostrar que la inalienabilidad del dominio público constituye una concreción del motivo de nulidad contemplado en la letra c) del artículo 47.1 LPACAP que califica como nulos los actos de contenido imposible<sup>1363</sup>.

Remitiéndonos a lo dicho en el estudio de esta hipótesis de nulidad en el Capítulo II, no podemos compartir este razonamiento pues la imposibilidad no se entiende si no es desde un punto de vista exclusivamente material. En estos supuestos no estaríamos ante supuestos de imposibilidad material, sino de imposibilidad jurídica (expresión que, como ya hemos razonado, dista mucho de ser, valga la redundancia, jurídicamente acertada).

- Tampoco podemos incluir los supuestos de alineabilidad de dominio público entre los actos viciados de incompetencia manifiesta. No estamos ante actos jurídicos viciados de incompetencia, sino ante actos que

---

espacios libres o dotaciones públicas previstas en la legislación autonómica cántabra: “Se imputa, por tanto, un reproche al acto administrativo que se trata de revisar, subsumible en los supuestos f) y g) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el mencionado artículo 212 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, es decir, el interesado ha adquirido mediante un acto expreso facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición y la licencia obtenida resulta ser nula, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento sectorial. Procede, por lo expuesto, declarar su nulidad”.

<sup>1363</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1203, quienes consideran que el acto por el que se autoriza una edificación en la vía pública constituiría un supuesto de imposibilidad jurídica o, en el mismo sentido, BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de... op. cit.* pp. 153 y 154.

carecen de objeto jurídicamente posible, pues la naturaleza de los bienes de dominio público así lo impone<sup>1364</sup>. El vicio en este tipo de actos no concurre en el elemento subjetivo del acto, sino en el objetivo. Admitir que estamos ante supuestos de incompetencia manifiesta equivaldría a realizar una interpretación extensiva del artículo 47.1.b) LPACAP que, como ya advertimos en el Capítulo II, es especialmente peligroso pues, en sentido amplio, todo acto administrativo que contravenga el ordenamiento jurídico podría estar viciado de incompetencia ya que éste nunca habilitará a la Administración para vulnerarlo.

No es, sin embargo, el artículo 9 de la Ley de Costas la única referencia a la nulidad de actos administrativos que afecten a la inalienabilidad del dominio público, ya que el artículo 55 TRLS, considera “*nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística*”.

Con esta regulación se pretende, como reza el citado artículo a continuación de la tipificación de los actos nulos, por un lado, otorgar la posibilidad de suspender la eficacia del acto nulo y adoptar las medidas que procedan para restablecer la legalidad urbanística; y, por otro lado, permitir la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio previsto en los artículos 106 y siguientes LPCAP si la obra estuviere ya ejecutada o concluida<sup>1365</sup>.

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas (“*son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio*”).

---

<sup>1364</sup> Cfr. SAINZ MORENO, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública” en *RAP*, nº 150, 1999, p. 506.

<sup>1365</sup> Cfr. PAREJO ALONSO, L. & ROGER FERNÁNDEZ, G., (2014), *Comentarios a la Ley de Suelo (Texto conforme a la Ley 8/2013 y la STC 141/2014)*, Ed. 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 234 o GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2015), *Comentarios a la Ley del Suelo: texto refundido aprobado por decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio*, 3ª Ed., Civitas, Cizur Menor, pp. 316 y 317.

*público (...)*) podemos afirmar que las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística son dominio público. En consecuencia, estamos ante otra causa de nulidad que trata de preservar la indisponibilidad del dominio público de actuaciones tanto privadas como de la propia Administración.

Si, al igual que ocurría con el artículo 9 de la Ley de Costas, no compartimos que este supuesto de nulidad tenga un perfecto encaje ni en la letra f) ni en la letra c) del artículo 47.1 LPACAP, nos vemos obligados a fundamentar estos motivos de nulidad –todos ellos agrupables en la inalienabilidad del dominio público- en la facultad que el legislador básico ha dado al legislador sectorial mediante la letra g) del citado artículo para reconocer causas de nulidad en una norma con rango de ley<sup>1366</sup>.

En efecto, y huyendo de interpretaciones forzadas que no terminan de encajar correctamente este supuesto en los generales del artículo 47.1, consideramos que estamos ante una causa de nulidad *sui generis* cuya razón próxima es la protección de la imprescriptibilidad del dominio público frente a la actividad o pasividad pública. Es decir, si la propia Constitución proclama la inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público, el legislador se ve, de algún modo, obligado a declarar la nulidad de los actos que contravengan el especial status jurídico de estos bienes<sup>1367</sup>. Sólo mediante la nulidad de pleno derecho se asegura la revisión de los actos sin límite temporal y, en

---

<sup>1366</sup> Así lo entiende también el Dictamen del Consejo de Estado 798/2012, de 19 de julio, al declarar nula una licencia que infringía la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, espacios libres o dotaciones públicas previstas en la legislación autonómica cántabra: “Se imputa, por tanto, un reproche al acto administrativo que se trata de revisar, subsumible en los supuestos f) y g) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el mencionado artículo 212 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, es decir, el interesado ha adquirido mediante un acto expreso facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición y la licencia obtenida resulta ser nula, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento sectorial. Procede, por lo expuesto, declarar su nulidad”.

<sup>1367</sup> Cfr. SAINZ MORENO, F., “El dominio público...” *op. cit.* p. 507: “la inalienabilidad afecta al objeto mismo, que queda fuera del comercio de los hombres. No se trata, pues, de una prohibición administrativa sancionada con una medida de esa naturaleza, sino un elemento del status de la cosa”.

consecuencia, sólo la categoría de la nulidad es compatible con el “modo de ser” imprescriptible de los bienes de dominio público.

A parte de la citada Ley de Costas y del TRLS, el legislador establece otras causas de nulidad de pleno derecho inspiradas precisamente en la inalienabilidad del dominio público:

- La Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, en su artículo 28.5 determina que “*serán nulas de pleno derecho las autorizaciones administrativas y licencias que hayan sido otorgadas contraviniendo los preceptos de la presente ley*”. Sin ánimo de entrar exhaustivamente en los preceptos de la citada ley, conviene resaltar que se trata de establecer un régimen jurídico de máxima protección para el dominio público viario<sup>1368</sup>.
- La última manifestación del legislador en esta línea se ha producido en el artículo 20.4 de la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética que sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan los plazos máximos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre previstos en la Ley de Costas y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>1369</sup>.

---

<sup>1368</sup> Según el artículo 29.1 de la Ley de carreteras “[C]onstituyen la zona de dominio público los terrenos ocupados por las propias carreteras del Estado, sus elementos funcionales y una franja de terreno a cada lado de la vía de 8 metros de anchura en autopistas y autovías y de 3 metros en carreteras convencionales, carreteras multicarril y vías de servicio, medidos horizontalmente desde la arista exterior de la explanación y perpendicularmente a dicha arista”.

<sup>1369</sup> El citado artículo 20.4 de la ley de cambio climático y transición energética determina expresamente que “[L]os plazos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se computarán desde su otorgamiento e incluirán todas sus prórrogas, de ser estas posibles, sin superar los plazos máximos establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se dicten tras la entrada en vigor de esta ley en incumplimiento de lo previsto en este artículo”.

### 3) La nulidad de los actos administrativos dictados por órganos de los Colegios profesionales

El artículo 8.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero sobre Colegios profesionales establece que *“son nulos de pleno derecho los actos de los órganos colegiales en que se den algunos de los siguientes supuestos: Los manifiestamente contrarios a la Ley; los adoptados con notoria incompetencia; aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

Pese a que la mayor parte del contenido de las causas de nulidad no son sino una transcripción, casi literal, del entonces vigente artículo 47 LPA de 1958, llama poderosamente la atención la primera causa de nulidad referida a los actos *“manifiestamente contrarios a la ley”*<sup>1370</sup>.

Con todo lo dicho hasta ahora, es evidente que el legislador en este caso se extralimita puesto que la regla general que debe constituir la anulabilidad se convierte en excepción al considerar nulos los actos *“manifiestamente”* contrarios a la ley.

En primer lugar, el adverbio *“manifiestamente”* siembra más dudas que certezas y está sometido a la interpretación subjetiva del operador jurídico en

---

<sup>1370</sup> En cuanto al fundamento de esta excesiva tipificación de la nulidad para los actos de los Colegios Profesionales, cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales”, en *RAP*, nº 74, 1974, p. 86, lo considera una “manipulación de hacer jugar contra los Colegios, que ven siempre en peligro de suspensión sus propios actos, la fórmula que en el derecho de la Administración jugaba a favor de ésta”. En parecidos términos, CALVO SÁNCHEZ, L., (1998), *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid, p. 829, considera que el legislador al establecer este régimen de nulidad de los actos de los Colegios Profesionales “pretendía configurar un régimen especial y agravado de las causas de nulidad de pleno derecho, respecto del común previsto en la LPA de 1958, para potenciar el mecanismo de suspensión –administrativa- de los actos colegiales nulos de pleno derecho, un instrumento al servicio del control político de los acuerdos de los Colegios Profesionales”.

cada caso, cuestión que choca frontalmente con la idea de aplicación restrictiva y tasada de los supuestos de nulidad. En segundo lugar, cabe plantearse si la especialidad de los colegios profesionales justifica que el legislador sectorial se acoja a la letra g) del artículo 47.1 LPACAP para incluir una nueva causa de nulidad. A nuestro juicio, y sin entrar a fondo en las especialidades que pueden presentar los colegios profesionales, pues no son objeto de este trabajo, no parece correcta esta técnica legislativa, ya que interpretando el artículo 8.3 en su conjunto nos damos cuenta de que es una mera reproducción de las causas de nulidad vigentes a la entrada en vigor de la Ley de Colegios Profesionales. Por ello, o sobran el resto de causas de nulidad –que se verían incluidas en “*los actos manifiestamente contrarios a la ley*”, o sobra esta controvertida cláusula. En conclusión, parece que no podemos encontrar un argumento válido para mantener como motivo de nulidad lo que a todas luces en el régimen general constituye una causa de anulabilidad<sup>1371</sup>.

Por último, también en el ámbito de los Colegios Profesionales, llama poderosamente la atención el régimen jurídico de los actos de los órganos del Colegio Oficial Nacional de Prácticos de Puerto y del Colegio Oficial de Pilotos de la Aviación Comercial, regulados en el artículo 59.1 del Real Decreto 797/2005, de 1 de julio y en el artículo 36.1 Real Decreto 1378/2002, de 20 de diciembre por los que se aprueban, respectivamente, sus correspondientes Estatutos Generales. Ambos artículos, después de transcribir como supuestos de nulidad los recogidos en el artículo 47.1 LPACAP establecen en su letra g) la nulidad de “*los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estén prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia –hoy Ley 15/2007-, y no estén amparados por la debida exención legal*”<sup>1372</sup>. No tiene, en principio, sentido esta causa de nulidad

---

<sup>1371</sup> Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Una primera aproximación...” *op. cit.* p. 85.

<sup>1372</sup> El artículo 1 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia declara la nulidad de todo acuerdo, decisión o recomendación que verse sobre “a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores

pues es un intento de publicar supuestos de nulidad propios del derecho privado como son los contemplados en la Ley de Defensa de la Competencia. Desde la óptica del derecho público es difícilmente justificable la inclusión de esta causa de nulidad entre las causas de nulidad de los actos administrativos puesto que no encaja en la gravedad ni, sobre todo, en el concepto de orden público que trata de proteger la categoría de la nulidad radical en el derecho administrativo.

## **VII.- UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN ACERCA DEL USO INCORRECTO DE LA CATEGORÍA DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR EL LEGISLADOR**

Una vez realizado el estudio sobre las principales causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el ordenamiento jurídico-administrativo y, a modo de recapitulación, consideramos que estamos en condiciones de afirmar que, en ocasiones, el legislador administrativo acude en exceso y sin el rigor necesario a la categoría de la nulidad de pleno derecho. Parece que, cuando el legislador quiere expresar un rechazo total o dar una respuesta drástica a determinadas situaciones acude a la categoría de la nulidad sin pararse a pensar si realmente es la solución jurídica más adecuada pero estando seguro de que es la reacción más enérgica que puede tener el ordenamiento jurídico ante una conducta “intolerable”.

Consideramos que el motivo de este uso abusivo de la categoría de la nulidad trae causa en la confusión que, todavía hoy, existe entre invalidez e ineficacia. El legislador parece que acude a la nulidad para que el acto nulo no produzca ningún efecto o éstos se destruyan *ex tunc*; sin embargo, ya hemos analizado sobradamente que en la práctica esto no siempre es posible por muy diversos

---

en situación desventajosa frente a otros, e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

motivos y que el régimen de la eficacia suele coincidir en buena medida en los actos nulos y en los anulables.

Tal vez este panorama podría aclararse regulando, al igual que ocurre en la LCSP, el régimen de eficacia de la declaración de invalidez de los actos administrativos–nulos y/o anulables<sup>1373</sup>-, ocasión perdida por el legislador en la última gran reforma que dio lugar a las leyes 39/2015 y 40/2015.

Por último, y como se viene proponiendo desde hace tiempo<sup>1374</sup>, sería conveniente replantearse la nulidad de pleno derecho por motivos formales. Más allá de los actos administrativos dictados de plano, cuestión nada frecuente en la práctica y que merece, y conlleva, la sanción de la nulidad por la indefensión palmaria que genera, no es fácil defender –como hemos visto a lo largo del análisis de las causas de nulidad nuevas contenidas en la LCSP- la nulidad de un acto por defectos formales en su elaboración si el contenido final del acto hubiera permanecido igual.

Sin entrar a determinar qué debe ser nulo y qué anulable, cuestión que corresponde al legislador, sí consideramos oportuno advertir que la categoría de la nulidad debe conectarse mucho más con las infracciones de fondo que con las formales<sup>1375</sup>. Como hemos analizado en el Capítulo III, una de las principales funciones de la forma en el derecho administrativo, es garantizar la corrección o el acierto del contenido del acto resultante.

Conviene recordar que la nulidad es el grado de invalidez reservado a las vulneraciones más graves al ordenamiento jurídico, una gravedad que debe

---

<sup>1373</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 134.

<sup>1374</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de...* *op. cit.* p. 283: “La anulación de un acto administrativo por vicio de forma exclusivamente sólo es correcta cuando no sea posible valorar la corrección de la decisión de fondo a consecuencia, precisamente, de aquel vicio formal”.

<sup>1375</sup> Sobre la “devaluación de los vicios de fondo”, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la...” *op. cit.* p. 138, quien considera que, para aclarar la situación de la tipificación de los motivos de nulidad “no sería impertinente (...) que la legislación tipificase con suficiente detalle un cierto número de causas específicas de anulabilidad de particular relieve o frecuencia”.

traducirse en la afección al orden público entendido como los grandes principios ordenadores del derecho administrativo. Precisamente por la trascendencia de la infracción, el principio de legalidad prevalece sobre el resto de principios generales –seguridad jurídica principalmente- quedando indefinidamente abierta la puerta a la revisión de los actos en los que concurre una causa de nulidad.

En definitiva, el abuso por parte del legislador de la categoría de la nulidad de pleno derecho se traduce en un aumento de la inseguridad jurídica que puede traer consecuencias más nocivas que el acto nulo propiamente dicho.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Las categorías jurídicas propias de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos –invalidez, ineficacia, anulación...- son comunes a la ciencia del Derecho. Prescindimos de la categoría de la inexistencia por su carácter plenamente extrajurídico. Las diferencias que pueden surgir en su operatividad se fundamentan en la diversa naturaleza jurídica de los actos a los que se aplican. Descartamos que la presunción de validez de los actos administrativos sea distinta a la de los actos jurídico-privados pues ambos se presumirán válidos mientras una autoridad competente no declare lo contrario. Son los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva predicables de la Administración Pública el motivo por el cual el funcionamiento de los conceptos propios de la teoría de la invalidez merece ser matizado en relación con los actos administrativos.

**SEGUNDA.-** La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad no son, en puridad, expresiones de la invalidez de los actos administrativos, sino técnicas procedimentales al servicio de quien esté legitimado para solicitar la declaración de invalidez de un acto. Se optará por una y otra técnica en función del vicio que concurra en el acto según el esquema que el legislador diseñe en cada momento. La técnica de la nulidad presenta un régimen procedimental más privilegiado para lograr la expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico, caracterizado principalmente por su amplia legitimación –puede plantearse de oficio o a instancia de parte-, por el procedimiento de revisión de oficio que no se prevé para vicios de anulabilidad y por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

**TERCERA.-** La técnica procedimental de la nulidad implica una prevalencia del principio de legalidad estricta sobre el principio de seguridad jurídica (lo que conlleva necesariamente una interpretación restrictiva de las causas de nulidad).

Ello se justifica en que el denominador común de los vicios de nulidad es su especial gravedad y su afcción al orden público. Los intereses en juego en los vicios de nulidad exceden de la disponibilidad jurídica del individuo y atentan por ello contra el interés general. Además, su gravedad no se debilita con el paso del tiempo lo que posibilita su revisión en cualquier momento.

**CUARTA.-** La invalidez y la eficacia como categorías jurídicas operan en planos diferentes –teórico y empírico respectivamente- y, en consecuencia, un acto inválido puede producir efectos mientras no sea declarada su invalidez mediante la anulación formal por la autoridad competente. Los efectos de la declaración de invalidez de un acto administrativo no dependerán de si en el acto concurren vicios de nulidad o de anulabilidad. En principio, el carácter originario de la invalidez implica que su declaración tenga eficacia retroactiva. Sin embargo, el análisis de las circunstancias del caso concreto a la luz de principios generales como la seguridad jurídica o la confianza legítima pueden modular la eficacia temporal de la declaración de invalidez.

**QUINTA.-** En la evolución legislativa –desde la Ley de procedimiento de 1958 hasta la vigente LPACAP- y jurisprudencial del reconocimiento y aplicación de las causas de nulidad de pleno derecho se observa una tendencia cada vez más pronunciada a conectar la nulidad con vicios que afecten al contenido de los actos administrativos. Por ello, la apreciación de vicios históricos de nulidad como la incompetencia manifiesta y la omisión del procedimiento, salvo en las hipótesis más flagrantes, requiere su conexión causal con ilegalidades que concurren en el contenido de los actos.

**SEXTA.-** Los derechos fundamentales gozan del máximo nivel de protección jurídica pues constituyen uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y, en consecuencia, están íntimamente conectados con el concepto de orden público. En derecho administrativo, una de las manifestaciones del máximo nivel de protección es la causa de nulidad referida a los actos que lesionen los derechos

y libertades susceptibles de amparo constitucional. Ahora bien, la valoración de esa lesión -real y efectiva- requiere de un análisis particular del caso concreto que debe hacerse siempre a la luz del principio de proporcionalidad.

**SÉPTIMA.**- El motivo de nulidad referido a los actos de contenido imposible entrará en juego solamente cuando un acto administrativo se refiera originariamente a lo que material, física o fácticamente no puede ser o suceder. A esta inadecuación entre el contenido del acto y la realidad sobre la que recae se equipara la contradicción interna y la indeterminación o ambigüedad insalvable del contenido del acto. En ningún caso se reconoce la imposibilidad jurídica, pues es una ilegalidad y, por regla general, será constitutiva de anulabilidad; ni tampoco la imposibilidad material sobrevenida que conllevará la ineficacia del acto, pero no su invalidez.

**OCTAVA.**- La nulidad de los actos constitutivos de delito podrá ser declarada – además de por la Administración o por el juez contencioso-administrativo- por el propio juez penal que haya conocido de la causa pues la correspondencia entre el acto administrativo constitutivo de delito y la causa de nulidad es automática. Por regla general, será condición necesaria una declaración de infracción penal por sentencia penal firme pero, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito cuando concurra una causa de extinción de la responsabilidad penal y así lo declare el juez penal en una resolución firme, generalmente con forma de auto. En estos casos sólo la Administración o el juez de lo contencioso podrán declarar la nulidad del acto administrativo.

**NOVENA.**- La causa de nulidad de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal sólo podrá ser declarada por la Administración o el juez contencioso-administrativo previa sentencia penal firme, toda vez que requiere de una valoración doble: por un lado, que el acto administrativo esté decisivamente influenciado por el delito y, por otro lado, que el acto cuya nulidad se pretende no sea conforme a Derecho.

**DÉCIMA.**- Los vicios de obrepción o subrepción, cuando se traduzcan en un acto administrativo, pueden encajar en el supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos siempre que la ocultación o falseamiento de los datos recaiga sobre los requisitos subjetivos esenciales legalmente exigidos para su adquisición.

**UNDÉCIMA.**- La incompetencia manifiesta constituye uno de los motivos de nulidad más indeterminados. Por un lado, la ambigüedad del adverbio “manifiestamente” –en el sentido de vicio ostensible y notorio- debe complementarse con una gravedad inherente a la categoría de la nulidad. Por otro lado, el legislador limita la nulidad a la incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio, excluyendo injustificadamente la incompetencia jerárquica que, en principio, puede ser igual de manifiesta y de grave que la material o territorial. Por último, el legislador restringe los supuestos encuadrables en esta causa de nulidad a los de incompetencia orgánica, olvidándose de los supuestos más manifiestos y graves de incompetencia subjetiva como son las invasiones competenciales entre poderes del Estado que necesariamente deben constituir hipótesis de nulidad por este mismo motivo.

**DUODÉCIMA.**- Es difícil imaginar un acto administrativo dictado “de plano”; sin embargo, los actos administrativos resultantes de una vía de hecho se equiparan en todo caso a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y merecen, por ello, la calificación de nulos de pleno derecho. Idéntica calificación, y por el mismo motivo, merecen las resoluciones de procedimientos sancionadores o capaces de producir efectos desfavorables dictadas una vez transcurrido el plazo de caducidad.

**DECIMOTERCERA.**- También son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados mediante un procedimiento distinto al legalmente

establecido, siempre y cuando el legislador haya previsto un procedimiento formalizado y se haya utilizado otro diferente y menos garantista para el administrado.

**DECIMOCUARTA.-** Tendrán la consideración de trámite esencial en el procedimiento administrativo la audiencia al interesado, la información pública y la emisión de informes preceptivos siempre que sean expresamente exigidos por la ley. En todo caso procederá la nulidad por omisión de alguno de ellos cuando estemos ante un procedimiento sancionador. Excepcionalmente, podría proceder la nulidad en los procedimientos capaces de producir efectos desfavorables para el interesado si su omisión le produce una indefensión real y efectiva y esta circunstancia hubiera podido influir en una resolución menos gravosa para el administrado. En lo que respecta a la omisión total de informes preceptivos, sólo procederá la nulidad cuando estemos ante informes vinculantes o semivinculantes que puedan predeterminar el contenido de la resolución o cuando sean informes con una funcionalidad técnica de tal importancia que el órgano administrativo encargado de resolver no podría hacerlo sin ellos (los denominados “informes determinantes” en la legislación anterior).

**DECIMOQUINTA.-** En los supuestos de externalización de funciones públicas en personas privadas no entran en juego los motivos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos pues un acto administrativo, por definición, debe provenir de un sujeto de la Administración Pública en ejercicio de potestades públicas. Ahora bien, si se externaliza alguna fase del procedimiento administrativo en sujetos privados pero la resolución es dictada por un órgano administrativo procederá la nulidad por seguir un procedimiento distinto del legamente establecido, en todo caso, en los procedimientos sancionadores. En el resto de procedimientos capaces de producir efectos desfavorables, podría proceder la nulidad por la misma causa si ha habido una disminución real y efectiva de garantías de los administrados.

**DECIMOSEXTA.**- En la valoración de la nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo absolutamente de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados cumple un papel esencial el principio de resistencia. Es decir, en cada supuesto concreto se deberá analizar la influencia del vicio formal en la voluntad del órgano manifestada a través del acuerdo adoptado. Es interesante en la aplicación de este motivo de nulidad la diferenciación entre órganos de composición homogénea y heterogénea. En los segundos, será más fácil encontrar supuestos de nulidad puesto que cada miembro puede ocupar un lugar insustituible en el órgano colegiado por la especialidad de su capacitación técnica. Por ello, la vulneración de una regla esencial en cada uno de ellos puede influir decisivamente en el contenido del acuerdo.

**DECIMOSÉPTIMA.**- La declaración de nulidad de una norma o de un reglamento se proyecta sobre todos sus actos de aplicación que serán igualmente inválidos salvo que encuentren cobertura en otra norma jurídica válida. Ahora bien, solo serán nulos de pleno derecho si encajan en algún supuesto de nulidad previsto expresamente en la ley. Sin embargo, la eficacia de dichos actos se protegerá atendiendo a razones de seguridad jurídica cuando éstos sean firmes o, sin serlo, la anulación de la norma suponga una exclusión o reducción de la sanción impuesta y no ejecutada completamente.

**DECIMOCTAVA.**- El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo -y también, aunque en menor medida, de los dictámenes del Consejo de Estado- pone de manifiesto una gran cantidad de imprecisiones, no solo en la identificación de los supuestos de nulidad, sino también en la terminología empleada, utilizando, en ocasiones, el concepto “anular” sin hacer referencia a si se produce vía anulabilidad o vía nulidad de pleno derecho. Esta imprecisión es especialmente grave cuando se hayan agotado los plazos ordinarios para la

impugnación pues, necesariamente, estaremos ante supuestos de nulidad de pleno derecho cuyo criterio interpretativo será siempre restrictivo.

**DECIMONOVENA.**- Se advierte un uso incorrecto de la nulidad de pleno derecho por parte del legislador que acude a ella en exceso y sin el rigor que merece un grado de invalidez que permite impugnar un acto administrativo, en principio, sin límite temporal, con el riesgo que ello implica para la seguridad jurídica. Buena muestra de ello dan las causas de nulidad de los contratos públicos añadidos en la vigente LCSP, la contemplada en el injustificable artículo 37.2 LPACAP, las contempladas en la regulación de los actos dictados por los colegios profesionales o, incluso, la nulidad de los actos administrativos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento que, más que un motivo de nulidad, configura un nuevo régimen impugnatorio de ese tipo de actos. La nulidad como técnica invalidante debe quedar reducida a los ataques más graves relacionados con el orden público, y ello, por regla general, afectará más al contenido de los actos que a su forma.

**VIGÉSIMA.**- Como propuesta *lege ferenda*, consideramos necesaria una regulación expresa en la ley de procedimiento del régimen de eficacia de la declaración de invalidez de los actos administrativos. De este modo los conceptos de invalidez e ineficacia quedarían más claramente delimitados y sería menos frecuente acudir, por parte del legislador o de la jurisprudencia, a la categoría de la nulidad radical cuando lo que realmente se desea es la ineficacia del acto. Una ineficacia que puede lograrse igualmente tanto por la vía de la anulabilidad como por la vía de la nulidad de pleno derecho.



## CONCLUSIONI

**PRIMA.**- Le categorie giuridiche proprie della teoria dell'invalidità degli atti giuridici - invalidità, inefficacia, annullamento... - sono comuni alla scienza del Diritto. Rinunciamo alla categoria della inesistenza a causa del suo carattere completamente extra-giuridico. Le differenze che possono sorgere nel loro funzionamento si basano sulla diversa natura giuridica degli atti a cui si applicano. Escludiamo che la presunzione di validità degli atti amministrativi sia diversa da quella degli atti di diritto privato, in quanto entrambi si presumono validi finché un'autorità competente non dichiara il contrario. Sono le prerogative dell'autotutela dichiarativa ed esecutiva della Pubblica Amministrazione il motivo per cui l'operatività dei concetti della teoria dell'invalidità meriti di essere sfumata in relazione agli atti amministrativi.

**SECONDA.**- La nullità assoluta e l'annullabilità non sono, in senso stretto, espressioni di invalidità degli atti amministrativi, ma tecniche processuali al servizio di chi ha diritto a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto. L'una o l'altra tecnica sarà scelta a seconda del difetto dell'atto in base allo schema disegnato dal legislatore in ogni momento. La tecnica della nullità presenta un regime procedurale più privilegiato per ottenere l'espulsione dell'atto amministrativo dall'ordinamento giuridico, caratterizzato principalmente dalla sua ampia legittimazione giuridica - può essere sollevata d'ufficio o su istanza di parte -, dal procedimento di revisione d'ufficio che non è previsto per i vizi di annullabilità e dalla imprescrittibilità dell'azione di nullità.

**TERZA.**- La tecnica processuale della nullità assoluta implica una prevalenza del principio di stretta legalità sul principio di certezza del diritto (che comporta necessariamente un'interpretazione restrittiva dei motivi di nullità). Ciò è giustificato dal fatto che il denominatore comune dei motivi di invalidità è la loro particolare gravità e il loro effetto sull'ordine pubblico. Gli interessi coinvolti nei vizi di invalidità vanno oltre la disponibilità giuridica dell'individuo e sono quindi

contrari all'interesse pubblico. Inoltre, la loro gravità non si indebolisce con il passare del tempo, il che rende possibile rivederli in qualsiasi momento.

**QUARTA.**- L'invalidità e l'efficacia come categorie giuridiche operano su livelli diversi -rispettivamente teorico ed empirico- e, di conseguenza, un atto invalido può produrre effetti finché la sua invalidità non è stata dichiarata attraverso un annullamento formale da parte dell'autorità competente. Gli effetti della dichiarazione di invalidità di un atto amministrativo non dipendono dal fatto che l'atto sia viziato da difetti di nullità o annullabilità. In linea di principio, il carattere originario dell'invalidità implica che la sua dichiarazione abbia effetto retroattivo. Comunque, l'analisi delle circostanze del caso specifico alla luce di principi generali come la certezza del diritto o il legittimo affidamento può modulare l'efficacia temporale della dichiarazione di invalidità.

**QUINTA.**- Nell'evoluzione legislativa -dalla legge di procedimento del 1958 all'attuale LPACAP- e giurisprudenziale del riconoscimento e dell'applicazione delle cause di nullità assoluta, c'è una tendenza sempre più marcata a collegare la nullità con i vizi del contenuto degli atti amministrativi. Per questo, l'apprezzamento dei vizi storici di nullità come l'incompetenza manifesta e l'omissione del procedimento, tranne nelle ipotesi più flagranti, richiede il loro nesso causale con le illegalità che concorrono nel contenuto degli atti.

**SESTA.**- I diritti fondamentali godono del più alto livello di protezione giuridica in quanto costituiscono uno dei pilastri fondamentali dello Stato di diritto e, quindi, sono intimamente connessi al concetto di ordine pubblico. Nel diritto amministrativo, una delle manifestazioni del più alto livello di protezione è la causa di nullità che si riferisce agli atti che violano i diritti e le libertà suscettibili di protezione costituzionale. Allora, la valutazione di questa lesione - reale ed effettiva - richiede un'analisi particolare del caso specifico, che deve sempre essere fatta alla luce del principio di proporzionalità.

**SETTIMA.**- La causa di nullità riguardante gli atti di contenuto impossibile entrerà in gioco soltanto quando un atto amministrativo si riferisce originariamente a ciò che materialmente, fisicamente o fattualmente non può essere o accadere. Questa inadeguatezza tra il contenuto dell'atto e la realtà su cui si basa è equiparata alla contraddizione interna e all'indeterminatezza o ambiguità insormontabile del contenuto dell'atto. In nessun caso si riconosce l'impossibilità giuridica, poiché è un'illegalità e, come regola generale, costituirà una fattispecie di annullabilità. E neanche l'impossibilità materiale sopravvenuta che renderà l'atto inefficace, ma non invalido.

**OTTAVA.**- La nullità degli atti costituenti reato può essere dichiarata -oltre che dall'Amministrazione o dal giudice amministrativo- dal giudice penale investito della causa, essendo automatica la corrispondenza tra l'atto amministrativo costituente reato e la causa di nullità. Come regola generale, la dichiarazione di un reato con una sentenza penale definitiva sarà una condizione necessaria, ma, eccezionalmente, questo requisito può essere dispensato quando esiste una causa di estinzione della responsabilità penale e questa è dichiarata in una decisione finale dal giudice penale. In questi casi, solo l'amministrazione o il giudice amministrativo possono dichiarare la nullità dell'atto amministrativo.

**NONA.**- La causa di nullità degli atti emessi in conseguenza di un reato può essere dichiarata dall'Amministrazione o dal giudice amministrativo solo dopo una sentenza penale definitiva, poiché richiede una doppia valutazione: da un lato, che l'atto amministrativo sia influenzato in modo decisivo dal reato e, dall'altro, che l'atto di cui si chiede la nullità non sia conforme alla legge.

**DECIMA.**- I vizi di obrezione o subrezione, quando si traducono in un atto amministrativo, possono rientrare nell'ipotesi di nullità assoluta degli atti contrari all'ordinamento giuridico con cui si acquisiscono poteri o diritti, a

condizione che l'occultamento o la falsificazione dei dati ricada sui requisiti soggettivi essenziali legalmente richiesti per la loro acquisizione.

**UNDICESIMA.**- L'incompetenza manifesta è uno dei motivi di nullità più indeterminati. Da un lato, l'ambiguità dell'avverbio "manifestamente" -nel senso di un difetto ostensibile e noto- deve essere completata da una gravità inerente alla categoria della nullità. D'altra parte, il legislatore limita la nullità all'incompetenza manifesta sostanziale o territoriale, escludendo ingiustificatamente l'incompetenza gerarchica che, in linea di principio, può essere altrettanto manifesta e altrettanto grave dell'incompetenza sostanziale o territoriale. Infine, il legislatore limita i casi che possono essere inclusi in questa causa di nullità a quelli di incompetenza organica, dimenticando i casi più manifesti e gravi di incompetenza soggettiva come gli sconfinamenti di competenza tra poteri dello Stato che devono necessariamente costituire ipotesi di nullità proprio per questo motivo.

**DODICESIMA.**- È difficile immaginare un atto amministrativo emesso senza procedimento, tuttavia, gli atti amministrativi risultanti da una procedura di fatto sono in ogni caso equivalenti ad atti emessi in totale e assoluto disprezzo della procedura legalmente stabilita e meritano, per questo, la qualifica di nulli. La stessa classificazione, e per la stessa ragione, si applica alle decisioni nelle procedure d'infrazioni o alle decisioni suscettibili di produrre effetti sfavorevoli emesse dopo la scadenza del termine di prescrizione.

**TREDICESIMA.**- Sono nulli anche gli atti amministrativi emessi con un procedimento diverso da quello legalmente stabilito, purché il legislatore abbia previsto un procedimento formalizzato e che sia stato utilizzato un procedimento diverso e meno garantista per il soggetto amministrato.

**QUATTORDICESIMA.**- L'audizione dell'interessato, l'informazione del pubblico e l'emissione di rapporti obbligatori sono considerati passi essenziali della procedura amministrativa quando sono espressamente richiesti dalla legge. In ogni caso, nel caso di una procedura d'infrazione, sarà applicabile la nullità per omissione di uno qualsiasi di questi. Eccezionalmente, la nullità potrebbe procedere in procedure capaci di produrre effetti sfavorevoli per l'interessato se la loro omissione produce una reale ed effettiva mancanza di difesa e questa circostanza avrebbe potuto influenzare una risoluzione meno onerosa per l'interessato. Per quanto riguarda l'omissione totale di rapporti obbligatori, la nullità sarà applicabile solo quando si tratta di rapporti vincolanti o semi-vincolanti che possono predeterminare il contenuto della decisione o quando sono rapporti con una funzionalità tecnica di tale importanza che l'organo amministrativo incaricato di risolvere non potrebbe farlo senza di essi (i cosiddetti "rapporti determinanti" nella legislazione precedente).

**QUINDICESIMA.**- Nei casi di esternalizzazione di funzioni pubbliche a privati, le cause di nullità degli atti amministrativi non entrano in gioco in quanto un atto amministrativo, per definizione, deve provenire da un soggetto della Pubblica Amministrazione nell'esercizio di pubblici poteri. Comunque, se qualche fase del procedimento amministrativo è esternalizzata a privati ma la risoluzione è emessa da un organo amministrativo, la nullità sarà applicabile per aver seguito una procedura diversa da quella legalmente stabilita, in ogni caso, nelle procedure d'infrazioni. Nel resto delle procedure suscettibili di produrre effetti sfavorevoli, la nullità potrebbe procedere per la stessa ragione se c'è stata una riduzione reale ed effettiva delle garanzie dei soggetti amministrati.

**SEDICESIMA.**- Il principio di resistenza gioca un ruolo essenziale nella valutazione della nullità degli atti dettati senza tener conto delle regole essenziali per la formazione della volontà degli organi collegiali. In altre parole, in ogni caso specifico, bisogna analizzare l'influenza del vizio di forma sulla volontà dell'ente espressa attraverso l'accordo adottato. È interessante

nell'applicazione di questo motivo di nullità distinguere tra corpi omogenei ed eterogenei. In questi ultimi, sarà più facile trovare casi di nullità poiché ogni membro può occupare un posto insostituibile nell'organo collegiale a causa della specialità della sua formazione tecnica. Pertanto, la violazione di una regola essenziale in ciascuno di essi può avere un'influenza decisiva sul contenuto dell'accordo.

**DICIASSETTESIMA.**- La dichiarazione di invalidità di una norma o di un regolamento si applica a tutti i suoi atti di esecuzione, che sono ugualmente invalidi a meno che non siano coperti da un'altra norma giuridica valida. Comunque, saranno nulli soltanto se rientrano in una causa di nullità espressamente prevista dalla legge. Tuttavia, l'efficacia di tali atti sarà protetta per ragioni di certezza del diritto quando sono definitivi o, senza essere definitivo, l'annullamento della norma comporta un'esclusione o una riduzione della sanzione imposta e non pienamente eseguita.

**DICIOTTESIMA.**- L'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema -e anche, sebbene in misura minore, dei risoluzioni del Consiglio di Stato- rivela un gran numero di imprecisioni, non solo nell'identificazione dei casi di nullità, ma anche nella terminologia utilizzata, utilizzando a volte il concetto di "annullamento" senza riferirsi se si produce per annullabilità o per nullità assoluta. Questa imprecisione è particolarmente grave quando si sono esauriti i termini ordinari per l'impugnazione, poiché si tratterà necessariamente di casi di nullità assoluta, il cui criterio interpretativo sarà sempre restrittivo.

**DICIANNOVESIMA.**- C'è un utilizzo scorretto della nullità assoluta da parte del legislatore che la usa eccessivamente e senza il rigore che merita un grado di invalidità, che permette di impugnare un atto amministrativo, in linea di principio, senza un limite di tempo, con il rischio che questo comporta per la certezza del diritto. Un buon esempio sono le cause di nullità dei contratti pubblici aggiunte nell'attuale LCSP, quella contemplata nell'ingiustificabile

articolo 37.2 LPACAP, quelle contemplate nella regolamentazione degli atti dettati dalle associazioni professionali o anche la nullità degli atti amministrativi contrari alle pronunce delle sentenze che vengono dettati con il fine di evitare il loro rispetto che, più che una causa di nullità, configura un nuovo regime di impugnazione di questo tipo di atti. La nullità come tecnica invalidante deve essere ridotta agli attacchi più gravi relativi all'ordine pubblico, e questo, come regola generale, colpirà il contenuto degli atti più che la loro forma.

**VENTESIMA.**- Come proposta di legge ferenda, consideriamo necessaria una regolamentazione espressa del regime di efficacia della dichiarazione di invalidità degli atti amministrativi. In questo modo, i concetti di invalidità e inefficacia sarebbero più chiaramente delimitati e sarebbe meno frequente per il legislatore o la giurisprudenza ricorrere alla categoria della nullità assoluta quando ciò che si vuole veramente è l'inefficacia dell'atto. Un'inefficacia che può essere raggiunta sia per mezzo dell'annullabilità che per mezzo della nullità.



## BIBLIOGRAFÍA

ABAJO QUINTANA, J. J., (1994), *La tramitación de la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Aspectos administrativos y parlamentarios*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

AGOUÉS MENDIZABAL, C., (2017), “La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 361 a 410.

AGUADO I CUDOLÀ, V., (2001), *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid.

AGUADO I CUDOLÀ, V., (2012), “El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual” en *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales* (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 275 a 380.

AGUADO I CUDOLÀ, V., (2017), “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 223 a 272.

AGUDO GONZÁLEZ, J., “Inderogabilidad singular de reglamentos, reservas de dispensación y dispensas. Un análisis basado en el artículo 37.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 328, 2019, pp. 79 a 108.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., (1999), *Las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor.

ALBALADEJO, M., (2002), *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Ed. 11ª, Bosch, Barcelona.

ALBALADEJO M., (2009), *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. 18ª, Edisofer, Madrid.

ALBI CHOLBI, F., (1960), *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Gastos públicos sin crédito presupuestario" en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 8, 1975, pp. 785 a 793.

ALCINDOR, L., (1912), *Essai d'une theorie des nullités des actes en droit administratif*, París.

ALENZA GARCÍA, J. F., (2017), *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

ALIBERT R., (1926), "*Le contrôle juridictionnel de l'administration - au moyen du recours pour excès de pouvoir*", Payot, París.

ALONSO GARCÍA, R., “El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias” en *RAP*, nº 119, 1989, pp. 255 a 268.

ALONSO IBÁÑEZ, M. R., (2017), “Régimen general de la invalidez de los actos administrativos” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 23 a 56

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M<sup>a</sup>., (1993), “De la revisión de los actos en vía administrativa (Título VII)” en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid. pp. 323 a 350.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M<sup>a</sup>., (1999), *Comentarios a la reforma de la Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra.

ANÍBARRO PÉREZ, S., “La inseguridad jurídica creada por la inactividad del legislador en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana” en *Crónica Tributaria. Nueva Época*, nº 174, 2020, pp. 11 a 34.

ARAUJO-JUÁREZ, J., (2020), *La nulidad del acto administrativo*, Ediciones Olejnik, Argentina.

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., (1997), *Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*, Ed. 18<sup>a</sup>, EDERSA, Alcobendas.

ARIÑO ORTIZ, G., (1980), *La Constitución y la Ley General Presupuestaria*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., (2019), *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid.

AUBY, J. M., (1959), "L'influence du changement de circonstances sus la validité des actes administratifs unilatéraux" en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nº 3, tomo LXXX.

AYMERICH CANO, C., (2017), "Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia", en *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Barcelona, pp. 137 a 174.

BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor.

BACA ONETO V. S., (2007), "La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano", en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (coords. DANÓS ORDOÑEZ, J., & otros), Palestra Editores, Lima, pp. 251 a 260.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales", en *RAP*, nº 74, 1974, pp. 55 a 114.

BARCELONA LLOP, J. (1995) *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, nº 135, 1994, pp. 495 a 538.

BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo: entre la validez y el delito (La anulación de actos administrativos por el juez penal)”, en *REDA*, nº 163, 2014, pp. 217 a 251, (versión electrónica).

BEATO ESPEJO, M., “Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1991, pp. 265 a 308.

BELADÍEZ ROJO, M., (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons. Madrid.

BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación” en *RAP*, nº 133, 1994, pp. 155 a 188.

BERNING PRIETO, A. D., (2019), *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor.

BETTI E., (2000), *Teoría general del negocio jurídico*, Colmares, Granada.

BLANQUER CRIADO, D., (2014), “Digresiones sobre la invalidez de los actos administrativos” en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Volumen II (dir. SORIANO GARCÍA, J. E.), Iustel, Madrid, pp. 1275 a 1326.

BOCANEGRA SIERRA, R., (1982), *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

BOCANEGRA SIERRA R. (2006), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. 3ª, Civitas, Cizur Menor.

BOCKSANG HOLA, G., (2013), *L'inexistence juridique des actes administratifs*, Mare&Martin, París.

BOQUERA OLIVER, J. Mª., "Grados de ilegalidad del acto administrativo" en *RAP*, nº 100-102, 1983, pp. 1003 a 1037.

BOQUERA OLIVER, J. Mª., (1996), *Derecho Administrativo I*, Ed. 10ª, Civitas, Madrid.

BOQUERA OLIVER, J. Mª., (1993), *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. 7ª, Civitas, Madrid.

BOQUERA OLIVER, J. Mª., "Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo" en *RAP*, nº 135, 1994, pp. 37 a 76.

BOTO ÁLVAREZ, A., "Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 96, 2013, pp. 19 a 72.

BUENO ARMILLO, A. y PIZARRO NEVADO, R., (2018), "Eficacia y ejecución de los actos administrativos" en *Derecho Administrativo, Tomo II, Régimen jurídico*

*básico y control de la Administración* (dirs. REBOLLO PUIG, M. & VERA JURADO, D. J.), Ed. 3ª, Tecnos, Madrid, pp. 123 a 156.

BUENO ARMIJO, A., (2018), “La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 20, 2018, pp. 345 a 387.

BURLADA ECHEVESTE, J. L., (2018), *La vía de hecho en el derecho administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la théorie de la voie de fait*, Bosch, Barcelona.

BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los acuerdos de los órganos administrativos colegiados”, en *REDA*, nº 200, 2019, pp. 111 a 146, (versión electrónica).

CABALLERO SÁNCHEZ, R., (1999), *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. & GARCÍA DE COCA, J. A., “Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la LPA del Tribunal Supremo” en *REDA*, nº 73, 1992, pp. 89 a 100.

CALVO SÁNCHEZ, L., (1998), *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid.

CANO CAMPOS, T., “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador” en *RAP*, nº 156, 2001, pp. 191 a 250.

CANO CAMPOS, T., (2004), *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid.

CANO CAMPOS, T., (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 *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I (coords. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & ALONSO GARCÍA, R.) , Civitas, Madrid, pp. 841 a 866.

CANO CAMPOS, T., “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del “ius puniendi” de la Administración” en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 31, 2012, pp. 1 a 30.

CANO CAMPOS, T., (2017), “¿Por qué se presume la validez de los actos administrativos?” en *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Vol. 1 (coords. MÍGUEZ MACHO, L. & ALMEIDA CERREDA, M.), Andavira Editora, Santiago de Compostela, pp. 519 a 536.

CANO CAMPOS, 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*, INAP, Madrid, pp. 57 a 116.

CANO CAMPOS, T. (2017), “Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1849 a 1927.

CANO CAMPOS, T., (2018), “La invalidez de los contratos públicos y su control” en *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas. I Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo* (coord. HUERGO LORA, A.) , Iustel, Madrid, pp. 101 a 154.

CANO CAMPOS, T., “La presunción de validez de los actos administrativos” en *REALA*, nº 14, 2020, pp. 6 a 28.

CARBONELL PORRAS, E., (1999), *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CARCIONE, M. G., (2017), “L’annullabilità del provvedimento (art. 21-octies, comma 1 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)” en *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Ed. 2ª, Giuffrè, Milán, pp. 585 a 610.

CASSAGNE, J. C., (2019), *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, Ediciones Olejnik, Argentina.

CASTÁN TOBEÑAS, J., (1983), *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo III. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Ed. 13ª, Reus, Madrid.

CASTÁN TOBEÑAS, J., (2007), *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Introducción y parte general*, Vol. 2, Ed. 17ª, Reus, Madrid.

CERULLI IRELLI, V., “Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, pp. 203 a 226.

CHAPUS, R., (1987), *Droit Administratif Général*, Ed. 3ª, Editions Montchrestien, París.

CHIEPPA, R. & GIOVAGNOLI, R., (2020), *Manuale di Diritto Amministrativo. Percorsi*, Ed. 5ª, Giuffrè Francis Lefevre, Milán.

CHINCHILLA MARÍN, C., (1989), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dirs. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. & PAREJO ALFONSO, L.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 374 a 389.

CHINCHILLA MARÍN, C., (1993), “Nulidad y anulabilidad”, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirs. LEGUINA VILLA, J. & SÁNCHEZ MORÓN, M.), Tecnos, Madrid, pp. 192 a 213.

CIERCO SEIRA, C., “El ejercicio extemporáneo de la función consultiva”, en *RAP*, nº 158, 2002, pp. 77 a 118.

CIERCO SEIRA, C., “La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso. Reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, en *RAP*, nº 160, 2006, pp. 145 a 189.

CIERCO SEIRA, C., (2017), “Los informes” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1639 a 1681.

CIVITARESE MATTEUCCI, S., “La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, pp. 227 a 267.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del derecho europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado” en *REDA*, nº 172, 2015, pp. 195 a 226.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, “El supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. Texto y contexto”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 10, 2008, pp. 167 a 172.

CONCHEIRO DEL RÍO, J., (2002), *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*, Dijusa, Madrid.

CONSEIL DE L'EUROPE, (1997), *L'administration et les personnes privées. Principes de droit administratif concernant les relations entre les autorités administratives et les personnes privées. Un manuel*, Editions du Conseil de l'Europe, Allemagne.

CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>., “Una reflexión sobre la nulidad de pleno derecho y la inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas” en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 25, 2016, pp. 15 a 35.

CONTRERAS ORTIZ, M. M<sup>a</sup>., (2018), “Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo” en *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (dir. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 331 a 346.

CORPACI, A., “Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime” en *Diritto Pubblico*, nº 2, 2015, pp. 673 a 687.

CORSO, G., (1993), “Validità” en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano.

COSCULLUELA MONTANER, L., (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. 31ª, Civitas, Cizur Menor.

CUBERO MARCOS, J. I., (2013), *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

D’ALESSIO, F., (1932), *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, Volume Primo*, Editrice Torinese, Torino.

DE ASÍS ROIG, A. E., “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula” en *REDA*, nº 59, 1988, pp. 455 a 470.

DE CASTRO, F., (1971), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

DE LA CUEVA ALEU, I., (2010), “Artículos 35 a 40” en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (dir. GONZÁLEZ RIVAS, J. J.), La Ley, Alcobendas, pp. 378 a 469.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de los actos” en *Documentación Administrativa*, nº 254-255, 1999, pp. 197 a 262.

DE LA VALLINA VELARDE, J. L., “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, en *RAP*, nº 29, 1959, pp. 103 a 160.

DE LOS MOZOS, J. L., (1987), *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*, Montecorvo, Madrid.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. & PARRA LUCÁN, M. A., (2005), *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.

DESDENTADO DAROCA, E., (2009), “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 84, 2009, pp. 85 a 134.

DI PAOLA, S., (1966), *Contributi ad una teoría della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Giuffrè, Milano.

DÍAZ DELGADO, J., (2013), “Comentario al artículo 28”, en *Comentarios a la Ley 30/92* (dirs. SÁNCHEZ MORÓN, M. & MAURANDI GUILLÉN, N.), Lex Nova, Valladolid, pp. 221 a 238.

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M., “Firmeza no significa validez, comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 17 de noviembre de 2016, Asunto C-348/15, Stadt Wiener Neustadt v. Niederösterreichische Landesregierung” en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017, pp. 163 a 176.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., (2010), “El principio de conservación de actos” en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (dir. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.), La Ley, Madrid, pp. 1001 a 1029.

DÍEZ SASTRE, S., (2008), *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid.

DÍEZ SASTRE, S., “Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 5, 2018, pp. 69 a 92.

DÍEZ SASTRE, S., (2018), “La invalidez de los contratos públicos” en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M<sup>a</sup>), Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 471 a 597.

DÍEZ-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, Ed. 6<sup>a</sup>, Civitas, Cizur Menor.

DOMÉNECH PASCUAL, G., (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DOMÉNECH PASCUAL, G., (2010), “El principio de presunción de validez” en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (dir. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.), La Ley, Madrid, pp. 1031 a 1060.

DOMINGO R., (2010), *Elementos de Derecho Romano*, Thomsons Reuters Aranzadi, Pamplona.

DOMINGO, R. & RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., (2000), *Reglas jurídicas y aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*, Aranzadi, Pamplona.

ENRÍQUEZ SANCHO, R., (1993), “De las disposiciones y actos administrativos (Título V – Capítulo IV)” en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, pp. 259 a 275.

ESCUIN PALOP, V., (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. 3ª, Thomson Civitas, Cizur Menor.

ESCUIN PALOP, V., (2018), “Presunción de validez y eficacia de los actos administrativos inválidos. Principio y técnicas de su conservación” en *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. I (dir. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 223 a 254.

ESTEVE PARDO, J., (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor.

ESTEVE PARDO, J., (2014), *Derecho del medio ambiente*, Ed. 3ª, Marcial Pons, Madrid.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. Mª., (2018), *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Wolkers Kluwer, Madrid.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., (1929), *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del derecho español)*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., (2020), *Sistema de Derecho Administrativo I*, Ed. 5ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. & PÉREZ MONGUIÓ, J. M., (2012), *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Ed 1ª, Aranzadi, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Orden Público y Nulidad de Pleno Derecho”, en *RAP*, nº 59, 1969, pp. 71 a 128.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa” en *RAP*, nº 73, 1974, pp. 151 a 178.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2019), *La nulidad de los actos administrativos*, Ed. 2ª, Ediciones Olejnik, Argentina.

FERNANDO PABLO, M. M., (1993), *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid.

FERREIRO LAPATZA, J. J., “Los efectos de la Ley de Presupuestos respecto a las obligaciones del Estado. Un análisis de los artículos 32 y 39 de la LACHP” en *Hacienda Pública Española*, nº 14, 1972, pp. 200 a 232.

FLIQUETE LLISO, E., “La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio non bis in ídem”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 23, 2015, pp. 137 a 160.

FORSTHOFF, E., (1958), *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

FOURNOUX, L., (2020), *Le principe d'impartialité de l'administration*, LGDJ, París.

FRANÇOIS, C., (2020), *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, LGDJ, París.

FUENTETAJA PASTOR, J. A., (2017), “Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 615 a 662.

FUEYO ÁLVAREZ, J. F., “La doctrina de la Administración “de facto”, en *RAP*, nº 2, 1950, pp. 35 a 56.

GALÁN VIOQUE, R., “Anulabilidad e irregularidades no invalidantes”, en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025 a 2059.

GALLARDO CASTILLO, M. J., “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial” en *RAP*, nº 171, 2006, pp. 217 a 247.

GALLARDO CASTILLO, M. J., (2010), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid.

GALLARDO CASTILLO, M. J., (2016), *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid.

GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011), “Contratos públicos y régimen “cualificado” de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad” en *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M<sup>a</sup>.), Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 259 a 320.

GÁLVEZ MONTES, F. J., (1980), “Artículo 14” en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, F.), Civitas, Madrid, pp. 179 a 186.

GAMERO CASADO, E., (1994), “Omisión del trámite de audiencia e indefensión del administrado” en *Procedimiento Administrativo. Ponencias del I Coloquio hispano-portugués* (coords. LÓPEZ RODÓ, L. & FREITAS DO AMARAL, D.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, pp. 219 a 232.

GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS S., (2020), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Ed. 17<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. & BUITRÓN RAMÍREZ, G., (2007), “Abstención y recusación” en *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 255 a 441.

GARCÍA DE COCA, J. A., “Sobre la prohibición legal de abstenerse impuesta a autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 39, 1994, pp. 279 a 290, (versión electrónica).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos” en *RAP*, nº 27, 1958, pp. 63 a 88.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” en *RAP*, nº 40, 1963, pp. 190 a 222.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes constitucionales” en *REDA*, nº 61, 1989, pp. 5 a 18.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2007), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Ed. 2ª, Thomson Civitas, Cizur Menor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (coords. ORTÍZ BLASCO, J. &

MAHILLO GARCÍA, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 241 a 268.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I*, Ed. 19ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo II*, Ed. 16ª, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid.

GARCÍA LUENGO, J., “Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la ley de procedimiento común” en *RAP*, nº 159, 2002, pp. 137 a 172.

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. 1ª, Iustel, Madrid.

GARCÍA LUENGO, J., (2021), “Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones” en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador (2021)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 203 a 226.

GARCÍA URETA, A., (2002), *Procedimiento Administrativo y Derecho Comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, Oñati.

GARCÍA VICENTE J. R., (2013), “De la nulidad de los contratos”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.), *Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9235 a 9256.

GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (2017), “El heterogéneo origen y la difícil sistematización de las nulidades contractuales en Derecho administrativo” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 331 a 360.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1957), *Principios Jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., (1986), *Los actos administrativos*, Civitas, Fuenlabrada.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., (2014), “La invalidez jurídica en derecho administrativo” en *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014* (coord. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 19 a 40.

GARGIULO, U., (1962), *I collegi amministrativi*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles.

GARRIDO FALLA, F., “El recurso subjetivo de anulación”, en *RAP*, nº 8, 1952, pp. 177 a 192.

GARRIDO FALLA F., (1956), *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Ed. 2ª, Civitas, Madrid.

GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. & LOSADA GONZÁLEZ, H., (2010), *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*, I, Ed. 15ª, Tecnos, Madrid.

GIANNINI M. S., (1959), “Atto amministrativo” en *Encyclopedia del diritto*, IV, Giuffré, Milano.

GIMENO FELIÚ, J. Mª., (2020), “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas” en *Observatorio de Contratos Públicos 2019* (dir. GIMENO FELIÚ, J. Mª.), Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 29 a 62.

GÓMEZ TOMILLO M. & SANZ RUBIALES I., (2017), *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia” en *REDA*, nº 14, 1977, pp. 387 a 400.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., (2008), *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Cizur Menor.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1994), *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Eunsa, Pamplona.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., (1997), *Derecho Administrativo Español: el acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F. & GONZÁLEZ RIVAS, J. J., (1999), *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1964), *El procedimiento administrativo*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1965), voz “Ineficacia de los actos administrativos” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII, Seix, Barcelona.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2009), *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2015), *Comentarios a la Ley del Suelo: texto refundido aprobado por decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Ed. 3ª, Civitas, Cizur Menor.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., (2016), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998, de 13 de julio)*, Ed. 8ª, Civitas, Cizur Menor.

GONZÁLEZ SANFIEL, M. A., “Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas

legislativas al respecto”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 5, 2018, pp. 46 a 68.

GONZÁLEZ-VARAS, S., (1994), *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Salamanca.

GUAITA, A., “Eficacia del acto administrativo” en *RAP*, nº 25, 1958, pp. 159 a 180.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material”, en *Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 100, 2018, pp. 191 a 248.

HAURIOU M., (1943), *Précis Elementarie Droit Administratif*, Ed. 5ª, París.

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

HUERGO LORA, A., “La permanencia de un viejo problema: la reiteración de los actos administrativos anulados como forma de incumplimiento indirecto de las sentencias, con especial referencia a los efectos de los recursos de casación en interés de Ley”, en *RAP*, nº 156, 2001, pp. 283 a 306.

HUERGO LORA, A., “Las Leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos” en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 63, 2016, pp. 4 a 13.

HUERGO LORA, A., (2021), “Eficacia de los actos” en *Comentarios al procedimiento administrativo* (dirs. BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>. & LAVILLA RUBIRA, J. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 263 a 270.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F., (2007), *Licencias urbanísticas*, Francis Lefebvre, Madrid.

IGLESIAS, J., (2008), *Derecho Romano*, Ed. 17<sup>a</sup>, Ariel, L’Hospitalet de Llobregat.

IZQUIERDO CARRASCO, M., (2017), “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2755 a 2845.

JAPIOT, R. (1909), *Des nullités e matière des actes juridiques: essai d’une théorie nouvelle*, LGDJ, París.

JELLINEK, W., (1948), *Verwaltungsrecht*, Lehrmittel-Verl., Offenburg.

JORDANO FRAGA, J., (1997), *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid.

KELSEN, H., (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. GARCÍA MÁYNEZ, E.), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.

LAFUENTE BENACHES, M., (1991), *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Tecnos, Madrid.

LAGUNA DE PAZ, J. C., (2006), *La autorización administrativa*, Civitas, Cizur Menor.

LAVILLA ALSINA, L., “La revisión de oficio de los actos administrativos” en *RAP*, nº 34, 1961, pp. 53 a 98.

LAVILLA RUBIRA, J. L., (1993), “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos (artículos 62 a 67)” en *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)* (dir. PENDÁS GARCÍA, B.), Praxis, Barcelona, pp. 485 a 526.

LLISET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. & LÓPEZ PELLICER, J. A., (2000), *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local*, 2ª Ed, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., (1988), *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla, Sevilla.

LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., “La falta de consignación presupuestaria como supuesto especial de nulidad de la actuación administrativa” en *REDA*, nº 22, 1979, pp. 365 a 398.

LÓPEZ MENUDO, F., (1988), *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid.

LÓPEZ MENUDO, F., (2018), *Obra escogida*, Tomo I, Universidad de Sevilla, Sevilla.

LÓPEZ RAMÓN, F., “La calificación de los vicios de los reglamentos” en *RAP*, nº 205, 2018, pp. 13 a 48.

LÓPEZ RAMÓN, F., “La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma” en *RAP*, nº 214, 2021, pp. 57 a 98.

LOZANO CUTANDA, B., “Ley 9/2018: Análisis de las modificaciones de la ley de evaluación ambiental”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 86, 2019, pp. 72 a 95.

LOZANO CUTANDA, B. & ALLI TURRILLAS, J., (2011), *Administración y legislación ambiental. Manual y materiales complementarios*, Ed. 6ª, Dykinson, Madrid.

LUZTESCO, G., (1978), *Teoría y práctica de las nulidades* (trad. ROMERO SÁNCHEZ M. y LÓPEZ DE LA CERDA J.), Ed. 3ª, Porrúa, México.

MARINA JALVO, B., “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in ídem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)”, en *RAP*, nº 162, 2003, pp. 175 a 188.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D., (2018), “Presunciones legales, disposiciones supletorias y verdades interinas. La presunción de validez de los actos administrativos” en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (coords. VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M. & DESCALZO GONZÁLEZ, A.), *Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1273 a 1301.

MARTÍN REBOLLO, L., (2020), *Manual de Derecho Administrativo y guía para el estudio de las leyes administrativas*, Ed. 4ª, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

MARTÍNEZ GINER, L. A., (2006), *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., (1998), “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias” en *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff* (coord. CASSAGNE, J. C.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 947 a 970.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Modificaciones del régimen jurídico del acto administrativo con la Ley 4/1999”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 279, 1999, pp. 9 a 24.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La garantía constitucional del Derecho Administrativo” en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 9, 2002, pp. 17 a 27.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “El recurso contencioso de lesividad en materia tributaria” en *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2005, pp. 9 a 46.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., (2016), “X. La elaboración de los reglamentos” en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* (dir. LÓPEZ MENUJO, F.), Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 307 a 344.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011, pp. 1 a 26.

MASCAREÑAS, C-E. y PELLISÉ PRATS, B., (1951), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Seix, Barcelona.

MAYER, O., (1949), *Tratado de Derecho Administrativo Alemán, Tomo I* (trad. HEREDIA, H. y KROTOSCHIN, E.), Depalma, Buenos Aires.

MEILÁN GIL, J. L. & GARCÍA PÉREZ, M., (2018), *Norma y Acto Administrativos*, Iustel, Madrid.

MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1929 a 1983.

MENÉNDEZ P., (2019), “La invalidez de los actos administrativos”, en *Lecciones de Derecho Administrativo* (dirs. MENÉNDEZ P. & EZQUERRA, A.), Ed. 1ª, Civitas, Cizur Menor, pp. 333 a 384.

MEURISSE, R., “Teoría de la vía de hecho administrativa”, en *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 577 a 590.

MIQUEL J., (2016), *Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid.

MONTESQUIEU, (1748), *L'esprit des lois*, París.

MONTORO PUERTO, M., (1976), *Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público*, Marfil, Alcoy.

MORBIDELLI, G., “Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi” en *Diritto Pubblico*, nº 1, 2015, pp. 659 a 672.

MORELL OCAÑA, L., “El principio de jerarquía en la Administración: del paradigma de la objetivación al de la fidelitas personal” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pp. 65 a 138.

MORELL OCAÑA, L., (2004) “Requisitos de los Contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), Ed. 2ª, Aranzadi, Madrid, pp. 123 a 171.

MORENO FUENTES, R., “La nulidad de los actos administrativos por la lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” en *REDA*, nº 105, 2000, pp. 119 a 125.

MORENO MOLINA, J. A., “Impacto Covid-19 sobre la contratación pública” en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 167, 2020, pp. 3 a 4.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “Licencia urbanística y silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Licencia Urbanística de Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 46, 2002, pp. 503 a 510.

MUÑOZ MACHADO, S., (2017), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos Administrativos y Sanciones Administrativas*, Ed. 2ª, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

NAVARRO GONZÁLEZ, R. M., (2017), *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor.

NIETO, A., “La jerarquía administrativa” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pp. 11 a 64.

NÚÑEZ BARBERO, R., (1963), *El delito imposible*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., (2001), *Las actividades comunicadas a la administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid.

OCHOA I MONZÓ, J., (2007), “Abstención y recusación” en *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 601 a 643.

OREIRO ROMAR, J., (2018), “Comentario al Artículo 42. Efectos de la nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad” en *Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público* (dir. RECUERDA GIRELA, M. A.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, pp. 361 a 364.

PALOMAR OLMEDA, A., (2011), *Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor.

PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2ª, Marcial Pons, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 1ª, Dykinson, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L., (1981), "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, nº 3, 1981, pp. 169 a 190.

PAREJO ALFONSO, L., (1995), *Eficacia y Administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

PAREJO ALONSO, L. & ROGER FERNÁNDEZ, G., (2014), *Comentarios a la Ley de Suelo (Texto conforme a la Ley 8/2013 y la STC 141/2014)*, Ed. 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREJO GÁMIR, R. Y MARTÍNEZ GEREZ, J. L., "A la búsqueda de nuevas técnicas: obrepción y subrepción", en *RAP*, nº 49, 1966, pp. 323 a 344.

PASCUAL GARCÍA, J., (2004), *Régimen jurídico de las subvenciones públicas. Ley 38/2003 General de Subvenciones*, Ed. 4ª, Boletín oficial del Estado, Madrid.

PASCUAL GARCÍA, J., (2005), *Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control*, Ed. 4ª, BOE, Madrid.

PASQUAU LIAÑO, M., (1997), *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid.

PONTE, D., (2015), *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e proceso*, Giuffrè, Milano.

PUIG BRUTAU, J., (1962), voces "Ilegalidad" e "inexistencia" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Seix, Barcelona.

QUEROL BELLIDO, V., (1986), "Artículo 60" en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras, Tomo XLI, Vol. I, Ley General Presupuestaria* (dir. AMORÓS RICA, N.), *Artículos 1 a 74*, Edersa, Madrid, pp. 526 a 549.

REBOLLO PUIG, M., (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid.

REBOLLO PUIG, M., (1996), "La invalidez de los contratos administrativos" en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas* (coord. CASTILLO BLANCO, F. A.), CEMCI, Granada, pp. 387 a 438.

REBOLLO PUIG, M., "Comentario a los artículos 72 y 73 de la LJCA" en *REDA*, nº 100, 1998, pp. 517 a 537.

REBOLLO PUIG, M., (2005), "El reintegro de subvenciones" en *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (dir. FERNÁNDEZ FARRERES, G.), Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 407 a 527.

REBOLLO PUIG, M., "La presunción de validez" en *REDA*, nº 128, 2005, pp. 587 a 638.

REBOLLO PUIG, M., “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: Revista de Derecho Administrativo*, nº 44, 2009, pp. 5 a 39.

REBOLLO PUIG, M., (2018), “La invalidez del acto administrativo” en *Derecho Administrativo. Tomo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración* (dirs. REBOLLO PUIG, M. & VERA JURADO, D. J.), Ed. 3ª, Tecnos, Madrid, pp. 101 a 121.

REBOLLO PUIG, M., “Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 100, 2018, pp. 469 a 526.

REBOLLO PUIG, M., “Nulidad de reglamentos y actos administrativos por contrariar sentencias” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 104, 2019, pp. 46 a 105.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., (2003), *Comentarios a la Ley de Costas. Doctrina y jurisprudencia (Con las modificaciones introducidas por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre)*, Dijusa, Madrid.

RODRÍGUEZ VILLAR, B., (2013), “Comentario al artículo 62. Nulidad de pleno derecho” en *Comentarios a la Ley 30/92* (dirs. SÁNCHEZ MORÓN, M. & MAURANDI GUILLÉN, N.), Lex Nova, Valladolid, pp. 426 a 435.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., (1993), *La caducidad en el derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid.

ROMANO, S., (1950), “Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi” en *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vachelli*, Milano, Giuffrè.

ROYO VILLANOVA, S., (1944), *Problemas del Régimen Jurídico Municipal*, IEAL, Madrid.

RUIZ GARCÍA, J. R., “De nuevo sobre la naturaleza de la Ley de Presupuestos. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, pp. 235 a 254.

SÁEZ HIDALGO, I. & ÁLVAREZ-QUIÑONES SANZ, A., (1999), *La reforma del procedimiento administrativo (comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*, Junta de Castilla y León, Asesoría Jurídica General, Valladolid.

SAINZ MORENO, F., “Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo” en *RAP*, nº 123, 1990, pp. 317 a 342.

SAINZ MORENO, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública” en *RAP*, nº 150, 1999, pp. 477 a 514.

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. & FERNÁNDEZ MONTALVO, R., (1999), *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa, Tomo VII, Ejecución de sentencias (Arts. 103 a 113 LJCA)*, Boch, Barcelona.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 56, 2015, pp. 18 a 27.

SÁNCHEZ MORÓN, M., (2020), *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. 16ª, Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., (1911), *Estudios de Derecho Civil, Tomo II*, Madrid.

SANDULLI, A. M., (1964), *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano.

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)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2004), “La invalidez de los contratos públicos” en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), Ed. 2ª, Aranzadi, Madrid, pp. 365 a 396.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)”, en *RAP*, nº 168, 2005, p. 44, pp. 7 a 56.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2010), *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, L. A., “Los proyectos de ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del Sector Público: una primera evaluación” en *Documentación Administrativa*, nº 2, 2015, pp. 1 a 15.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Ed. 5ª, Iustel, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (2018), *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. 5ª, Iustel, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos” en *RAP*, nº 213, 2020, pp. 111 a 140.

SANZ RUBIALES, I., “La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia” en *REDA*, nº 90, 1996, pp. 299 a 320.

SANZ RUBIALES, I., “El régimen sancionador en la enseñanza no universitaria”, en *Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 35, 1999, pp. 21 a 48.

SANZ RUBIALES, I., “Potestad sancionadora administrativa, non bis in ídem y primacía del orden penal (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)” en *Revista del Poder Judicial*, nº 59, 2000, pp. 545 a 572.

SANZ RUBIALES, I., (2004), *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

SANZ RUBIALES, I. “Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”, en *RAP*, nº 171, 2006, pp. 181 a 214.

SANZ RUBIALES, I., (2018), “Caducidad procedimental y nulidad de pleno derecho de sanciones extemporáneas”, en *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. I (dir. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 743 a 766.

SANZ RUBIALES, I., “Contratos públicos de emergencia y crisis del COVID-19: Inmediatez contra seguridad jurídica” en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, nº 6, 2020, pp. 1 a 20.

SANZ RUBIALES, I., (2021), *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SAVIGNY, M. F. C., (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo 3, Ed. 2ª, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

SESMA SÁNCHEZ, B., (1998), *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid.

SESMA SÁNCHEZ, B., “La aparente nulidad de los gastos contraídos sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa” en *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 101, 1999, pp. 35 a 70.

SESMA SÁNCHEZ, B., (2017), *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

TARDÍO PATO, J. A., (2017), “Alegaciones, audiencia y participación de los interesados” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1554 a 1638.

TARDÍO PATO, J. A., “Los efectos ex tunc de la anulabilidad”, en *REDA*, nº 184, 2017, pp. 75 a 107, (versión electrónica).

TOLIVAR ALAS, L., (2003), “Artículo 125. La vía de hecho” en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (dir. SOSA WAGNER, F.), Ed. 2ª, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

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* (coord. TORNOS MAS, J.), Bosch, Barcelona, pp. 253 a 290.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (2019), *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. 4ª, Atelier, Barcelona.

TRIMARCHI, M., (2013), *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Edizioni ETS, Pisa.

VALERO TORRIJOS, J., (2002), *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales e INAP, Madrid.

VALERO TORRIJOS, J., (2017), “Los órganos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2705 a 2753.

VEDEL, G., (1980), *Derecho Administrativo*, Ed. 6ª, Aguilar, Madrid.

VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1982), “Teoría general de los vicios del acto administrativo” en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, IEAL, Madrid, pp. 637 a 666.

VILLAR PALASÍ, J. L. & VILLAR EZCURRA, J. L., (1999), *Principios de derecho administrativo. Tomo II. Actos, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa*. Ed. 4ª, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Arganda del Rey.

VILLAR PALASÍ, J. L., “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria” en *RAP*, nº 49, 1966, pp. 9 a 38.

VV.AA., (1993), *Comentario a la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común: (exégesis y valoración de su incidencia para la Administración de la Comunidad Autónoma)*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria.

VV.AA., (2004), *Comentarios prácticos a la nueva ley general de subvenciones*, Lex Nova, Valladolid.

VV.AA., (2007), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Ed. 3ª, Aranzadi, Cizur Menor.

VV.AA., (2008), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Ed. 4ª, Aranzadi, Cizur Menor.

WALINE M., (1957), *Droit Administratif*, Ed. 7ª, Sirey. París.

WEIL, P., (1958), *Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif*.

WIENER, C., (1975), *Vers une codification de la procédure administrative*, Presses Universitaires de France, París.

ZANOBINI, G., (1947), *Corso di diritto amministrativo*, Volume Primo, Ed. 5ª, Giuffrè, Milán.

ZANOBINI, G., (1958), *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Ed. 8ª, Giuffrè, Milano.



# JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO Y TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, (rec. 90/1980)

STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 1, (rec. 101/1980)

STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3, (rec. 48/1981)

STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 1, (rec. 189/1981)

STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2, (rec. 234/1980)

STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3, (rec. 36/1982)

STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3, (rec. 368/1982)

STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5, (rec. 80/1983)

STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, (rec. 167/1984)

STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, (rec. 821/1984)

STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 5, (rec. 101/1983)

STC 94/1986, de 8 de julio, FJ 4, (rec. 845/1983)

STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2, (rec. 263/1985)

STC 174/1987, de 3 de noviembre, FJ 2 (rec. 1072/1996)

ATC 930/1988, de 20 de julio, FJ 2, (rec. 279/1988)

STC 45/1989, de 20 de febrero, AH 4 y FJ 11, (rec. 1837/1988)

STC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4, (recs. 1537/1987 y 167/1988)

STC 112/1990, de 18 de junio, FJ 3, (rec. 615/1988)

STC 146/1990, de 1 de octubre, FJ 2, (rec. 760/1988)

STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4ª, (recs. 625/1988, 765/1990 y 766/1990)

STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 4, (rec. 2414/1991)

STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4, (rec. 2416/1990)

STC 206/1993, de 22 de junio, FJ 2, (rec. 2747/1990)

STC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5, (rec. 400/1994)

STC 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3, (rec. 2528/1994)

STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3, (rec. 2698/1996)

STC 102/1996, de 11 de junio, FJ 3, (rec. 2066/1994)

STC 144/1996, de 16 de septiembre, FJ 3, (rec. 2941/1994)

STC 159/1997, de 2 de octubre, Voto Particular, (rec. 168/1994)

STS de 3 de octubre de 1997, FD 5, (rec. 5968/1990)

STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5, (rec. 950/1995)

STC 173/1998, de 23 de julio, Voto Particular, (rec. 1014/1998)

STC 195/1998, de 1 de octubre, FJ 5, (rec. 1705/1992)

STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, (rec. 486/1997)

STC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3, (rec. 115/1997)

STC 3/1999, de 26 de enero, FJ 4, (rec. 786/1995)

STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3a, (rec. 2410/1995)

STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4, (rec. 3657/1994)

STC 210/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, (rec. 3646/1995)

STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, (rec. 3061/1996)

STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4, (rec. 1259/1997)

STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7, (recs. 1740/1997, 1757/1997, 1758/1997, 662/1997)

STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 7, (rec. 838/1992)

STC 47/2001, de 15 de febrero de 2001, FJ 9, (recs. 4204/1996 y 3042/1997)

STC 152/2001, de 2 de julio, FJ 2, (rec. 3403/1997)

STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9, (rec. 3550/1998)

STC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5, (rec. 2395/1998)

STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 3, (rec. 5116/1998)

STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, (rec. 1268/2011)

STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9, (rec. 2468/2000)

STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5, (rec. 3537/1999)

ATC 48/2004, de 12 de febrero, FJ 2, (rec. 7037/2002)

STC 59/2004, de 19 de abril, FJ 3, (rec. 3749/2000)

STC 145/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, (rec. 6737/2002)

STC 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, (recs. 6/1995 y 4476/1997)

STC 10/2005, de 20 de enero, FJ 5, (rec. 660/2000)

STC 126/2005, de 23 de mayo, FJ 2, (rec. 2213/2000)

STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 3, (rec. 1687/1988)

STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4, (rec. 4696/2002)

STC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 3, (rec. 6806/2004)

STC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, (rec. 8450/2005)

STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5, (rec. 1907/2003 y 1911/2003)

STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3, (rec. 2826/2004)

STC 141/2009, de 15 de junio, FJ 5, (rec. 4404/2005)

STC 29/2012, de 1 de marzo, FJ 5, (rec. 2651/2005)

STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 9, (rec. 1601/2003)

STC 131/2013, de 13 de junio, FJ 10, (rec. 1725/2002)

STC 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 7, (rec. 2703/2011)

STC 41/2014, de 24 de marzo, FJ 3, (rec. 4915/2010)

STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 1, (rec. 1453/2014)

STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9, (recs. 6963/2007, 6964/2007, 6965/2007 y 6973/2007)

STC 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3, (rec. 1811/2013)

STC 10/2015, de 2 de febrero, FJ 3, (rec. 6926/2013)

STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7, (rec. 2603/2013)

STC 26/2016, de 28 de febrero, FJ 10, (rec. 4528/2012)

STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 5, (rec. 1044/2006)

STC 196/2016, de 28 de noviembre, FJ 4, (rec. 354/2014)

STC 109/2017, de 21 de septiembre, FJ 5, (rec. 2540/2017)

STC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2, (rec. 3680/2016)

ATC 67/2018, de 20 de junio, FFJJ 1 y 5, (rec. 6104/2017)

STC 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3b, (rec. 3903/2016)

STC de 14 de julio de 2020, FJ 11, (rec. 2054/2020)

## **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH 2/1984, de 21 de febrero, Caso Öztürk contra Alemania, (demanda 8544/1979)

STEDH 89/1998, de 30 de julio, Caso Oliveira vs Suiza, (demanda 25711/1994)

## **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

STJUE de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/99), nº 91 y 92

STJUE de 13 de enero de 2004 (asunto C-453/00, Kühne y Heitz), nº 24

STJUE de 19 de septiembre de 2006 (asuntos acumulados C-392/04 y C-422/04), nº 51-52

STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06), nº 55

STJUE de 26 de julio de 2017 (asuntos acumulados C-196/16 y C-197/16, Comune di Corridonia)

STJUE de 28 de febrero de 2018 (asunto C-117/17, Comune di Castelbellino)

## **TRIBUNAL SUPREMO**

STS de 21 en enero de 1936, (Ar. 295, sin información sobre el Ponente)

STS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 1968, (Ar. 5542, Ponente: F. Bonet Ramón)

STS de 24 de enero de 1974, (Ar. 1154, Ponente: J. Becerril y Antón-Miralles)

STS de 11 de julio de 1979, CDO 3, (ES:TS:1979:966)

STS de 3 de octubre de 1979, CDO 3, (ES:TS:1979:53)

STS de 24 de enero de 1980, CDO 2, (ES:TS:1980:3144)

STS de 29 de octubre de 1980, CDO 2, (ES:TS:1980:2760)

STS de 9 de julio de 1981, CDO 2, (ES:TS:1981:1186)

STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1982, CDO. 4, (ES:TS:1982:90)

STS de 18 de febrero de 1983, FD 2, (rec. 81374/1983)

STS de 26 de abril de 1984, CDO 2, (Ar. 2577, Ponente: J. Mª. Reyes Monterreal)

STS de 10 de diciembre de 1984, CDO 2, (Ar. 6091, Ponente: J. Díaz de Lope-Díaz y López)

STS de 9 de mayo de 1985, CDO 1, (Ar. 2909, Ponente: A. Botella Taza)

STS de 2 de julio de 1985, CDO 10, (Ar. 3944, Ponente: M. Malpica Glez-Elipe)

STS de 12 de febrero de 1986, FFDD 1 y 2, (ES:TS:1986:13724)

STS de 29 de julio de 1986, FD 1, (rec. 733/1983)

STS de 17 de febrero de 1987, FD 5, (ES:TS:1987:1050)

STS de 15 de junio de 1987, FD 2, (rec. 375/1986)

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987, FD 3, (ES:TS:1987:8565)

STS de 5 de abril de 1988, FD 3, (ES:TS:1988:2450)

STS de 26 de septiembre de 1988, FD 3, (ES:TS:1988:11715)

STS de 26 de abril de 1989, (FD 1, (ES:TS:1989:14051)

STS de 10 de mayo de 1989, AH 3, (ES:TS:1989:13878)

STS de 26 de febrero de 1990, FD 2, (ES:TS:1990:1704)

STS de 23 de noviembre de 1990, FD 1, (ES:TS:1990:8515)

STS de 15 de febrero de 1991, FFDD 2 y 3, (ES:TS:1991:846)

STS de 15 de marzo de 1991, FD 1, (ES:TS:1991:15671)

STS de 21 de marzo de 1991, FD 5, (ES:TS:1991:1731)

STS de 30 de mayo de 1991, FD 3, (ES:TS:1991:15712)

STS de 24 de junio de 1991, FD 3, (rec. 2704/1989)

STS de 30 de julio de 1991, FD 11, (rec. 151/1990)

STS de 14 de octubre de 1991, (FD 3, (rec. 1943/1989)

STS de 17 de febrero de 1992, FD 2, (rec. 1013/1990)

STS de 26 de junio de 1992, FD 3, (rec. 97/1991)

STS de 1 de febrero de 1993, FD 3, (rec. 11967/1990)

STS de 21 de mayo de 1993, FD 2, (rec. 3358/1991)

STS de 1 de julio de 1993, FD 2, (rec. 2833/1991)

STS (Sala 2ª) de 5 de julio de 1993, FD 1, (rec. 1616/1992)

STS de 24 de noviembre de 1993, FD 2, (rec. 10173/1990)

STS (Sala 2ª) de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992)

STS de 31 de enero de 1994, FD 2, (rec. 1351/1991)

STS de 9 de mayo de 1994, FD 6, (rec. 3310/1992)

STS de 18 de mayo 1994, FD 2, (rec. 4973/1990)

STS de 21 de junio de 1994, FD 2, (rec. 3558/1990)

STS de 6 de octubre de 1994, FD 2, (rec. 1504/1991)

STS de 24 de octubre de 1994, FD 6, (rec. 5103/1991)

STS de 13 de enero de 1997, FD 3, (rec. 539/1988)

STS de 24 de febrero de 1997, FD 4, (rec. 10248/1990)

STS de 17 de diciembre de 1997, FD 2, (rec. 850/1995)

STS de 30 de enero de 1998, CDO 1, (rec. 5405/1993)

STS de 13 de febrero de 1998, FD 4, (rec. 11226/1991)

STS de 22 de julio de 1998, FD 4, (rec. 11217/1991)

STS de 26 de octubre de 1998, FD 2, (rec. 2102/1992)

STS de 25 de octubre de 1999, FD 3, (rec. 3951/1995)

STS de 17 de diciembre de 1999, FD 3, (rec. 3678/1994)

STS de 27 de enero de 2000, FD 5, (rec. 4997/1994)

STS de 1 de marzo de 2000, FD 5, (rec. 3571/1994)

STS de 19 de mayo de 2000, FD 2, (rec. 647/1995)

STS de 26 de mayo de 2000, (FD 3, (rec. 360/1993)

STS de 15 de julio de 2000, FD 3, (rec. 736/1997)

STS (Sala 1ª) de 26 de julio de 2000, FD 4, (rec. 2925/1995)

STS de 18 de mayo de 2001, FD 6, (rec. 2678/1995)

STS de 21 de mayo de 2001, FD 3, (rec. 6580/1996)

STS (Sala 2ª), de 25 de enero de 2002, FD 2, (rec. 314/2000)

STS de 21 de febrero de 2002, FD 5, (rec. 7809/1997)

STS de 27 de marzo de 2002, FD 5, (rec. 7073/1999)

STS de 25 de abril de 2002, FD 4, (rec. 7438/1996)

STS (Sala 1ª) de 30 de abril de 2002, FD 7, (rec. 3431/1996)

STS de 7 de mayo de 2002, FD 3, (rec. 8911/1996)

STS de 21 de mayo de 2002, FD 5, (rec. 5610/1996)

STS de 27 de mayo de 2002, FD 2, (rec. 6574/1995)

STS de 16 de julio de 2002, FD 2, (rec. 1648/1997)

STS de 23 de julio de 2002, FD 6, (rec. 74/1998)

STS de 24 de octubre de 2002, FD 10, (rec. 9081/1996)

STS de 29 de octubre de 2002, FD 1, (rec. 2749/1998)

STS de 18 de diciembre de 2002, FD 3, (rec. 885/1997)

STS de 26 de mayo de 2003, FD 5, (rec. 3963/1999)

STS de 27 de mayo de 2003, FD 1, (rec. 270/1999)

STS de 30 de junio de 2003, FD 4, (rec. 9941/1998)

STS de 11 de julio de 2003, FD 2, (rec. 7983/1999)

STS de 23 de septiembre de 2003, FD 9, (rec. 380/1999)

STS de 17 de noviembre de 2003, FD 3, (rec. 2313/1998)

STS de 19 de enero de 2004, FD 2, (rec. 6494/1998)

STS de 23 de febrero de 2004, FFDD 5 y 6, (rec. 7431/2001)

STS de 25 de febrero de 2004, FD 3, (rec. 6314/2001)

STS de 15 de abril de 2004, FD 3, (rec. 7249/1999)

STS de 10 de mayo de 2004, FD 4, (rec. 44/1999)

STS de 14 de mayo de 2004, FD 4, (rec. 1797/2002)

STS de 22 de junio de 2004, FFDD 4, 10 y 11, (rec. 2384/1999)

STS de 28 de junio de 2004, FFDD 1, 3 y 4, (rec. 791/2001)

STS de 2 de noviembre de 2004, FFDD 4 y 5, (rec. 130/2002)

STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 2004, FD 2, (rec. 346/2004)

STS de 3 de diciembre de 2004, FD 7, (rec. 5758/2000)

STS de 16 de diciembre de 2004, FD 1, (rec. 2595/2001)

STS de 16 de marzo de 2005, FD 5, (rec. 2918/2001)

STS de 29 de junio de 2005, FD 6, (rec. 5347/2003)

STS de 20 de julio de 2005, FD 4, (rec. 8504/1999)

STS de 20 de septiembre de 2005, FD 4, (rec. 123/2004)

STS de 20 de septiembre de 2005, FD 1, (rec. 235/2003)

STS de 3 de noviembre de 2005, FD 3, (rec. 6512/2002)

STS de 22 de noviembre de 2005, FD 2, (rec. 3003/2003)

STS de 2 de diciembre de 2005, FD 6, (rec. 161/2004)

STS de 14 de febrero de 2006, FD 6, (rec. 6469/2002)

STS de 28 de marzo de 2006, FD 6, (rec. 5580/2003)

STS de 3 de mayo de 2006, FD 5, (rec. 8976/2003)

STS de 2 de octubre de 2006, FD 3, (rec. 138/2003)

STS de 16 de noviembre de 2006, FD 2, (rec. 3906/2003)

STS de 27 de noviembre de 2006, FD 2, (rec. 309/2004)

STS de 15 de enero de 2007, FD 4, (rec. 7145/2002)

STS de 7 de febrero de 2007, FD 2, (rec. 9727/2003)

STS de 28 de febrero de 2007, FD 2, (rec. 5191/2003)

STS de 30 de marzo de 2007, FD 3, (rec. 1934/2002)

STS de 26 de junio de 2007, FD 5, (rec. 7019/2003)

STS de 26 de junio de 2007, FFDD 1 y 4, (rec. 10601/2004)

STS de 26 de septiembre de 2007, FD 5, (rec. 3846/2002)

STS de 2 de octubre de 2007, FD 3, (rec. 11509/2004)

STS de 9 de octubre de 2007, FD 1, (rec. 8238/2004)

STS de 11 de enero de 2008, FD 5, (rec. 4318/2006)

STS de 6 de marzo de 2008, FD 3, (rec. 1073/2007)

STS de 28 de abril de 2008, FD 4, (rec. 299/2005)

STS de 5 de mayo de 2008, FFDD 2 y 4, (rec. 9900/2003)

STS de 26 de mayo de 2008, FFDD 1 y 3, (rec. 4809/2008)

STS de 24 de septiembre de 2008, FD 2, (rec. 4455/2004)

STS de 21 de octubre de 2008, FD 4, (rec. 109/2006)

STS de 26 de noviembre de 2008, FFDD 2 y 5, (rec. 1988/2006)

STS de 3 de diciembre de 2008, FFDD 5 y 6, (rec. 219/2004)

STS (Sala 2ª) de 4 de diciembre de 2008, FD 5 (rec. 818/2008)

STS de 12 de diciembre de 2008, FD 2, (rec. 2076/2005)

STS de 18 de diciembre de 2008, FD 5, (rec. 1214/2007)

STS de 21 de enero de 2009, FD 5, (rec. 1758/2007)

STS de 4 de febrero de 2009, FFDD 5 y 6, (rec. 1745/2007)

STS de 11 de febrero de 2009, (recs. 948/2008, 949/2008 y 1013/2009)

ATS de 26 de febrero de 2009, FD 4, (rec. 7979/2004)

STS de 2 de marzo de 2009, FD 11, (rec. 564/2007)

STS de 4 de marzo de 2009, FD 7, (rec. 4601/2007)

STS de 29 de abril de 2009, FD 6, (rec. 157/2007)

STS de 6 de mayo de 2009, FD 9, (rec. 1511/2006)

STS de 21 de mayo de 2009, FD 2, (rec. 5283/2006)

STS de 17 de junio de 2009, FD 3, (rec. 1135/2008)

STS de 22 de junio de 2009, FD 5, (rec. 4235/2005)

STS de 19 de julio de 2009, FD 3, (rec. 4041/2005)

STS de 30 de septiembre de 2009, FD 6, (rec. 28/2006)

STS de 21 de octubre de 2009, FD 4, (rec. 1292/2008)

STS de 21 de octubre de 2009, FD 3, (rec. 3906/2006)

STS de 28 de octubre de 2009, FD 3, (rec. 5877/2007)

STS de 30 de octubre de 2009, FD 4, (rec. 2574/2003)

STS de 30 de diciembre de 2009, FD 10, (rec. 2/2003)

STS de 1 de febrero de 2010, FD 3, (rec. 6200/2004)

STS de 9 de febrero de 2010, FFDD 3 y 4, (rec. 2431/2007)

STS de 9 de febrero de 2010, FD 5, (rec. 4767/2007)

STS de 11 de febrero de 2010, FD 4, (rec. 8980/2004)

STS de 23 de febrero de 2010, FD 6, (rec. 4758/2007)

STS de 5 de marzo de 2010, FD 1, (rec. 453/2008)

STS de 8 de marzo de 2010, FD 1, (rec. 1801/2006)

STS de 8 de marzo de 2010, FD 3, (rec. 2135/2006)

STS de 8 de abril de 2010, FD 1, (rec. 3778/2009)

STS de 5 de mayo de 2010, FD 5, (rec. 4323/2006)

STS de 24 de mayo de 2010, FD 3, (rec. 35/2009)

STS de 7 junio de 2010, FD 5, (rec. 974/2009)

STS de 21 de junio de 2010, FD 5, (rec. 1712/2009)

STS de 19 de julio de 2010, FD 4, (rec. 950/2008)

STS de 7 de octubre de 2010, FD 3, (rec. 481/2008)

STS de 17 de octubre de 2010, FD 4, (rec. 3911/2009)

STS de 25 de octubre de 2010, FD 6, (rec. 4226/2009)

STS de 29 de octubre de 2010, FD 3, (rec. 1052/2008)

STS de 29 de octubre de 2010, FD 2, (rec. 2210/2007)

STS de 3 de noviembre de 2010, FD 5, (rec. 3095/2008)

STS de 3 de noviembre de 2010, FD 2, (rec. 3535/2009)

STS de 8 de noviembre de 2010, FFDD 7 y 8, (rec. 4943/2009)

STS de 10 de noviembre de 2010, FD 3, (rec. 1886/2009)

STS de 17 de noviembre de 2010, FFDD 5, 6 y 7, (rec. 2372/2009)

STS de 9 de diciembre de 2010, FD 5, (rec. 3329/2009)

STS de 13 de diciembre de 2010, FD 4, (rec. 3376/2008)

STS de 22 de diciembre de 2010, FD 4, (rec. 1710/2009)

STS de 20 de enero de 2011, FD 4, (rec. 1465/2009)

STS de 26 de enero de 2011, FD 4, (rec. 302/2010)

STS de 27 de enero de 2011, FD 6, (rec. 5854/2007)

STS de 7 de febrero de 2011, FD 3, (rec. 6446/2009)

STS de 14 de febrero de 2011, FD 5, (rec. 2053/2008)

STS de 21 de febrero de 2011, FD 4, (rec. 4736/2008)

STS de 2 de marzo de 2011, FD 3, (rec. 3512/2008)

STS de 21 de marzo de 2011, FFDD 5 y 6, (rec. 626/2009)

STS de 21 de marzo de 2011, FD 7, (rec. 5596/2006)

STS de 23 de marzo de 2011, FD 4, (rec. 4264/2009)

STS de 12 de mayo de 2011, FD 5, (rec. 2672/2007)

STS de 10 de junio de 2011, FD 2, (rec. 906/2010)

STS de 13 de junio de 2011, FD 3, (rec. 181/2007)

STS de 15 de junio de 2011, FD 3, (rec. 2967/2010)

STS de 23 de junio de 2011, FD 4, (rec. 4532/2007)

STS de 27 de junio de 2011, FD 5, (rec. 3978/2010)

STS de 16 de julio de 2011, FD 5, (rec. 4635/2011)

STS de 8 de septiembre de 2011, FD 6, (rec. 5943/2008)

STS de 28 de septiembre de 2011, FD 6, (rec. 3923/2005)

STS de 20 de octubre de 2011, FD 5, (rec. 4048/2007)

STS de 7 de noviembre de 2011, FD 5, (rec. 6053/2009)

STS de 22 de noviembre de 2011, FD 8, (rec. 2552/2010)

STS de 5 de diciembre de 2011, FD 4, (rec. 509/2010)

STS de 9 de diciembre de 2011, FFDD 4 y 5, (rec. 202/2008)

STS de 12 de diciembre de 2011, FD 3, (rec. 1435/2010)

STS de 22 de diciembre de 2011, FD 2, (rec. 417/2008)

STS de 23 de diciembre de 2011, FD 7, (rec. 900/2010)

STS de 15 de febrero de 2012, FD 2, (rec. 6410/2008)

STS de 27 de febrero de 2012, (FD 5, (rec. 56/2010)

STS de 28 de febrero de 2012, FFDD 5 y 6, (rec. 5556/2010)

STS de 1 de marzo de 2012, FD 5, (rec. 3920/2008)

STS de 15 de marzo de 2012, FD 5, (rec. 6335/2008)

STS de 29 de marzo de 2012, (FD 5, (rec. 4297/2011)

STS de 27 de abril de 2012, FD 7, (rec. 6552/2009)

STS de 3 de mayo de 2012, FD 8, (rec. 251/2011)

STS de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011)

STS de 28 de mayo de 2012, FD 5, (rec. 3126/2009)

STS de 30 de mayo de 2012, FD 3, (rec. 63/2010)

STS de 31 de mayo de 2012, FD 2 (rec. 397/2010)

STS de 5 de julio de 2012, FFDD 7 y 8, (rec. 4072/2010)

STS de 16 de julio de 2012, FD 5, (rec. 2457/2011)

STS de 19 de julio de 2012, (FD 2, (rec. 2825/2009)

STS de 20 de julio de 2012, FD 5, (rec. 2234/2011)

STS de 14 de septiembre de 2012, FD 7, (rec. 303/2011)

STS de 28 de septiembre de 2012, FD 3, (rec. 3283/2010)

STS de 2 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 2151/2009)

STS de 17 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 5667/2011)

STS de 19 de noviembre de 2012, FD 4, (rec. 1673/2011)

STS de 26 de noviembre de 2012, FD 6, (rec. 6933/2010)

STS de 28 de noviembre de 2012, FD 3, (rec. 6761/2009)

STS de 5 de diciembre de 2012, FD 5, (rec. 6076/2009)

STS de 11 de enero de 2013, FD 2, (rec. 5082/2010)

STS de 7 de febrero de 2013, FD 8, (rec. 563/2010)

STS de 20 de febrero de 2013, FD 13, (rec. 165/2012)

STS de 19 de marzo de 2013, FD 3, (rec. 65/2010)

STS de 22 de marzo de 2013, FD 3, (rec. 2446/2010)

STS de 11 de abril de 2013, FD 4, (rec. 2200/2010)

STS de 15 de abril de 2013, FD 6, (rec. 6449/2011)

STS (Sala 2ª), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012)

ATS de 6 de junio de 2013, FD 4, (rec. 2011/2012)

STS de 21 de junio de 2013, FD 11, (rec. 6443/2011)

STS de 1 de julio 2013, FD 6, (rec. 2350/2011)

STS de 7 de octubre de 2013, FD 4, (rec. 6802/2010)

STS de 10 de octubre de 2013, FD 2, (rec. 849/2011)

STS de 14 de octubre de 2013, (FD 3, (rec. 361/2012)

STS de 27 de noviembre de 2013, FFDD 6 y 9, (rec. 4123/2010)

STS de 20 de diciembre de 2013, FD 5, (rec. 894/2011)

STS de 14 de enero de 2014, FD 5, (rec. 7178/2010)  
STS de 3 de febrero de 2014, FD 1, (rec. 121/2011)  
STS de 21 de marzo de 2014, FD 1, (rec. 1988/2012)  
STS de 26 de marzo de 2014, FD 8, (rec. 9/2013)  
STS de 22 de abril de 2014, FD 7, (rec. 73/2013)  
STS de 13 de mayo de 2014, FD 5, (rec. 2417/2013)  
STS de 21 de julio de 2014, FD 5, (rec. 6054/2011)  
STS de 29 de julio de 2014, FD 9, (rec. 291/2013)  
STS de 29 de julio de 2014, FD 6, (rec. 512/2013)  
STS de 16 de enero de 2015, FD 1, (rec. 5212/2011)  
STS de 17 de enero de 2015, FD 6, (rec. 201/2002)  
STS de 17 de febrero de 2015, FD 8, (rec. 3861/2013)  
STS de 23 de marzo de 2015, FD 8, (rec. 993/2014)  
STS de 23 de marzo de 2015, FD 9, (rec. 3534/2012)  
STS de 24 de abril de 2015, FD 6, (rec. 427/2013)  
STS de 27 de abril de 2015, FD 9, (rec. 2146/2013)  
STS de 28 de abril de 2015, FD 3, (rec. 2089/2013)  
STS de 8 de junio de 2015, FD 4, (rec. 1513/2014)  
STS de 10 de junio de 2015, FD 3, (rec. 2686/2013)  
STS de 15 de junio de 2015, FD 7, (rec. 3318/2014)  
STS de 3 de julio de 2015, FD 4, (rec. 3841/2013)  
STS de 14 de septiembre de 2015, FD 2, (rec. 2766/2013)  
STS de 25 de septiembre de 2015, FD 2, (rec. 3003/2013)  
STS de 23 de febrero de 2016, FD 1, (rec. 2422/2015)  
STS de 2 de marzo de 2016, AH 3, (rec. 3643/2014)

STS de 4 de marzo de 2016, FD 3, (rec. 116/2013)

STS de 16 de marzo de 2016, Fallo, (rec. 547/2015)

STS de 17 de marzo de 2016, FD 5, (rec. 818/2015)

STS de 27 de abril de 2016, FD 10, (rec. 4009/2014)

STS de 3 de mayo de 2016, FD 4, (rec. 983/2014)

STS de 8 de julio de 2016, FD 1, (rec. 1841/2015)

STS de 3 de octubre de 2016, FD 1, (rec. 1329/2015)

STS de 11 de octubre de 2016, FD 5 (rec. 673/2015)

STS (Sala 2ª), de 25 de octubre de 2016, FD 5, (rec. 86/2016)

STS de 16 de noviembre de 2016, FD 5, (rec. 1590/2015)

STS de 23 de noviembre de 2016, FD 6, (rec. 2753/2015)

STS de 12 de diciembre de 2016, FD 13, (rec. 188/2015)

STS de 13 de diciembre de 2016, FD 5, (rec. 807/2016)

STS de 20 de diciembre de 2016, FD 4, (rec. 3947/2015)

STS de 10 de enero de 2017, FD 5, (rec. 1943/2016)

STS de 2 de febrero de 2017, FD 8, (rec. 2620/2015)

STS de 2 de febrero de 2017, FFDD 7 y 8, (rec. 91/2016)

STS de 6 de febrero de 2017, FD 6, (rec. 2155/2015)

STS de 21 de marzo de 2017, FD 5, (rec. 2786/2014)

STS de 21 de marzo de 2017, FD 9, (rec. 4021/2014)

STS de 29 de marzo de 2017, FFDD 2 y 5, (rec. 1598/2016)

STS de 6 de abril de 2017, FD 6, (rec. 1497/2016)

STS de 11 de mayo de 2017, FD 11, (rec. 1824/2015)

STS de 23 de mayo de 2017, FD 5, (rec. 853/2016)

STS de 8 de junio de 2017, FD 7, (rec. 3237/2015)

STS de 16 de junio de 2017, FD 1, (rec. 1585/2016)

STS de 16 de junio de 2017, FD 6, (rec. 1655/2016)

STS de 20 de junio de 2017, FFDD 5 y 6, (rec. 2463/2016)

STS de 13 de julio de 2017, FD 5, (rec. 3010/2015)

STS de 19 de julio de 2017, FD 2, (rec. 2868/2016)

STS de 20 de julio de 2017, FD 8, (rec. 803/2014)

STS de 21 de septiembre de 2017, FD 14, (rec. 477/2016)

STS de 2 de octubre de 2017, FD 2, (rec. 193/2015)

STS de 17 de octubre de 2017, FD 5, (rec. 3063/2016)

STS de 31 de octubre de 2017, FD 4, (rec. 1677/2016)

ATS de 2 de noviembre de 2017, FD 1, (rec. 677/2017)

STS de 22 de noviembre de 2017, FD 4, (rec. 159/2017)

STS de 30 de noviembre de 2017, FD 3, (rec. 2830/2015)

STS de 5 de diciembre de 2017, FD 2, (rec. 2518/2016)

STS de 18 de diciembre de 2017, FD 3, (rec. 194/2017)

STS de 18 de diciembre de 2017, FD 3, (rec. 319/2017)

STS de 24 de enero de 2018, FD 5, (rec. 98/2017)

STS de 5 de marzo de 2018, FD 2, (rec. 1524/2015)

STS de 6 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 5001/2016)

STS de 16 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 1961/2017)

STS de 19 de marzo de 2018, FD 2, (rec. 2054/2017)

STS de 19 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 2412/2015)

STS (Sala 2ª) de 22 de marzo de 2018, FD 2, (rec.1141/2017)

STS de 23 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 1580/2015)

ATS de 14 de mayo de 2018, FD 2, (rec. 1242/2018)

STS de 24 de mayo de 2018, FD 5, (rec. 2520/2016)

STS de 5 de junio de 2018, FFDD 1 y 6, (rec. 1301/2016)

STS (Sala 2ª), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017)

STS de 26 de junio de 2018, FD 1, (rec. 1182/2017)

STS de 3 de julio de 2018, FD 3, (rec. 1863/2017)

STS de 17 de julio de 2018, FD 4, (rec. 516/2016)

STS de 11 de diciembre de 2018, FD 4, (rec. 5345/2017)

STS de 13 de diciembre de 2018, FD 1, (rec. 568/2017)

STS de 20 de diciembre de 2018, FD 2, (rec. 5334/2017)

STS de 29 de enero de 2019, FD 4, (rec. 2972/2016)

STS de 6 de febrero de 2019, FD 8, (rec. 2527/2016)

STS de 1 de abril de 2019, FD 2, (rec. 1187/2017)

STS de 22 de mayo de 2019, FD 2, (rec. 523/2016)

STS de 22 de mayo de 2019, FD 4, (rec. 1137/2017)

STS de 13 de junio de 2019, FD 4, (rec. 87/2017)

STS de 4 de julio de 2019, FD 1, (rec. 220/2018)

STS de 10 de julio de 2019, FD 4, (rec. 1184/2017)

STS de 11 de julio de 2019, FFDD 5, 8 y 10, (rec. 7441/2018)

ATS de 12 de septiembre de 2019, FH 1, (rec. 2503/2019)

STS de 9 de octubre de 2019, FD 2, (rec. 5001/2018)

STS de 23 de octubre de 2019, FFDD 3 y 4, (rec. 79/2018)

STS de 25 de noviembre de 2019, FD 1, (rec. 6270/2017)

STS de 17 de diciembre de 2019, FD 5, (rec. 2679/2017)

STS de 18 de mayo de 2020, FD 2, (rec. 2596/2019)

STS de 27 de mayo de 2020, FFDD 4 y 5, (rec. 6731/2018)

STS de 2 de julio de 2020, FD 2, (rec. 51/2018)

STS de 14 de septiembre de 2020, FD 4, (rec. 5442/2019)

STS de 22 de octubre de 2020, FD 1, (rec. 6717/2019)

STS de 14 de diciembre de 2020, FD 6, (rec. 7929/2019)

STS de 25 de marzo de 2021, FD 3, (rec. 3607/2019)

STS de 9 de junio de 2021, FD 6, (rec. 7469/2019)

### **AUDIENCIA NACIONAL**

SAN de 13 de mayo de 1999, FD 4, (rec. 631/1997)

SAN de 10 de diciembre de 2008, FD 2, (rec. 257/2007)

SAN de 29 de abril de 2009, FD 4, (rec. 162/2008)

SAN de 7 de octubre de 2015, FD 6, (rec. 57/2014)

SAN de 27 de enero de 2016, FD 8, (rec. 518/2014)

SAN de 30 de junio de 2016, FD 5, (rec. 406/2015)

SAN de 11 de noviembre de 2016, FD 1, (rec. 408/2015)

SAN de 13 de abril de 2021, FD 8, (rec. 1/2018)

### **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

STSJ Madrid de 28 de diciembre de 2007, FD 3, (rec. 794/2004)

STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2018, FD 3, (rec. 261/2017)

## **CONSEJO DE ESTADO**

Dictamen del Consejo de Estado 39520/1975, de 23 de enero

Dictamen del Consejo de Estado 45193/1983, de 28 de abril

Dictamen del Consejo de Estado 45192/1983, de 30 de junio

Dictamen del Consejo de Estado 49965/1983, de 23 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 47569/1985, de 30 de abril

Dictamen del Consejo de Estado de 31 de julio de 1985

Dictamen del Consejo de Estado 49965/1986, de 25 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 50710/1987, de 1 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 51084/1987, de 29 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 52761/1989, de 21 de septiembre

Dictamen del Consejo de Estado 54115/1989, de 23 de noviembre

Dictamen del Consejo de Estado 54547/1990, de 19 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 1076/1991, de 31 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 1270/1993, de 2 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 1705/1994, de 29 de septiembre

Dictamen del Consejo de Estado 1706/1994, de 20 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 3204/1995, de 18 de abril

Dictamen del Consejo de Estado 1115/1995, de 29 de junio

Dictamen del Consejo de Estado 992/1997, de 3 de abril

Dictamen del Consejo de Estado 4895/1997, de 9 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, de 22 de enero de 1998

Dictamen del Consejo de Estado 5034/1998, de 3 de junio de 1999

Dictamen del Consejo de Estado 3817/1999, de 10 de febrero de 2000

Dictamen del Consejo de Estado 651/2000, de 13 de abril

Dictamen del Consejo de Estado 1920/2000, de 20 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 3221/2000, de 26 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 3226/2000, de 26 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 111/2002, de 7 de febrero

Dictamen del Consejo de Estado 2543/2002, de 31 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 1315/2004, de 15 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 1319/2004, de 15 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 138/2005 de 11 de mayo

Dictamen del Consejo de Estado 143/2005 de 11 de mayo

Dictamen del Consejo de Estado 144/2005, de 11 de mayo

Dictamen del Consejo de Estado 981/2005, de 28 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 33/2006, de 26 de enero

Dictamen del Consejo de Estado 2076/2005, de 9 de febrero de 2006

Dictamen del Consejo de Estado 2121/2005, de 9 de febrero de 2006

Dictamen del Consejo de Estado 2124/2005, de 9 de febrero de 2006

Dictamen del Consejo de Estado 2127/2005, de 9 de febrero de 2006

Dictamen del Consejo de Estado 2129/2005, de 9 de febrero de 2006

Dictamen del Consejo de Estado 99/2006, de 15 de febrero

Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio

Dictamen del Consejo de Estado 1489/2006, de 19 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 1837/2008, de 23 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 2151/2009, de 14 de enero de 2010

Dictamen del Consejo de Estado 1766/2009, de 4 de marzo de 2010

Dictamen del Consejo de Estado 1742/2011, de 23 de febrero de 2012

Dictamen del Consejo de Estado 136/2012, de 15 de marzo

Dictamen del Consejo de Estado 798/2012 de 19 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 837/2012, de 8 de noviembre

Dictamen del Consejo de Estado 1391/2012, de 17 de enero de 2013

Dictamen del Consejo de Estado 88/2013, de 16 de mayo

Dictamen del Consejo de Estado 411/2013, de 4 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 587/2013, de 13 de julio

Dictamen del Consejo de Estado 894/2013, de 10 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 1070/2013, de 24 de octubre

Dictamen del Consejo de Estado 806/2013, de 18 de diciembre

Dictamen del Consejo de Estado 990/2013, de 9 de enero de 2014

Dictamen del Consejo de Estado 982/2013, de 30 de enero de 2014

Dictamen del Consejo de Estado 504/2014, de 12 de junio

Dictamen del Consejo de Estado 896/2014, de 13 de noviembre

Dictamen del Consejo de Estado 1289/2014, de 12 de febrero de 2015

Dictamen del Consejo de Estado 176/2015, de 16 de abril

Dictamen del Consejo de Estado 595/2015, de 25 de junio

Dictamen del Consejo de Estado 909/2015, de 17 de septiembre

Dictamen del Consejo de Estado 785/2014, de 5 de noviembre de 2015

Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016

Dictamen del Consejo de Estado 993/2016, de 26 de enero de 2017

Dictamen del Consejo de Estado 997/2016, de 26 de enero de 2017

Dictamen del Consejo de Estado 999/2016, de 26 de enero de 2017

Dictamen del Consejo de Estado 998/2016 de 2 de febrero de 2017

Dictamen del Consejo de Estado 998/2016, de 2 de febrero de 2017

Dictamen del Consejo de Estado 334/2017, de 18 de mayo  
Dictamen del Consejo de Estado 564/2017, de 20 de julio  
Dictamen del Consejo de Estado 566//2017, de 28 de septiembre  
Dictamen del Consejo de Estado 1003/2017, de 14 de diciembre  
Dictamen del Consejo de Estado 999/2017, de 25 de enero de 2018  
Dictamen del Consejo de Estado 1176/2017, de 15 de marzo de 2018  
Dictamen del Consejo de Estado 26/2018, de 12 de abril  
Dictamen del Consejo de Estado 268/2018, de 17 de mayo  
Dictamen del Consejo de Estado 375/2018, de 12 de julio  
Dictamen del Consejo de Estado 741/2018, de 27 de septiembre  
Dictamen del Consejo de Estado 125/2019, de 14 de marzo  
Dictamen del Consejo de Estado 120/2019, 21 de marzo  
Dictamen del Consejo de Estado 301/2019, de 23 de mayo  
Dictamen del Consejo de Estado 440/2019, de 6 de junio  
Dictamen del Consejo de Estado 196/2019, de 27 de junio  
Dictamen del Consejo de Estado 290/2019, de 18 de julio

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS  
CONTRACTUALES**

Resolución 537/2013 TACRC, de 22 de noviembre  
Resolución 1137/2015 TACRC, de 11 de diciembre  
Resolución 425/2016 TACRC, de 3 de junio  
Resolución 777/2016 TACRC, de 30 de septiembre  
Resolución 58/2017 TACRC, de 20 de enero

Resolución 260/2017 TACRC, de 10 de marzo

Resolución 1158/2018 TACRC, de 17 de diciembre

Resolución 951/2019 TACRC de 14 de agosto

Resolución 1006/2020 TACRC, de 18 de septiembre

## **TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL**

Resolución TEAC de 5 de julio de 2016