

GRADOS DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

POR

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

Catedrático de la Universidad de Valencia

SUMARIO: I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES. GRADOS EN LA INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—II. LA ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.—III. ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO: 1. *Causas de nulidad*. 2. *Consecuencias de la nulidad de pleno derecho*. 3. *Análisis de las causas comunes de nulidad de pleno derecho*: A) Causas comunes a las resoluciones administrativas. B) Causas de nulidad de pleno derecho de las disposiciones. C) Las consecuencias de la declaración de nulidad de las disposiciones sobre las resoluciones que las aplican.—IV. ACTOS IRREGULARES.

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES. GRADOS EN LA INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los actos administrativos, como todo, deben ser legales (1) y se presume que lo son, pero pueden ser ilegales. Ilegalidad significa infracción del Ordenamiento jurídico (2). Y el Ordenamiento jurídico reacciona contra los actos administrativos que lo infringen. La intensidad de su reacción contra los actos administrativos ilegales depende de la gravedad de la infracción por estos cometida. La infracción muy grave del Ordenamiento jurídico es castigada por éste con la nulidad absoluta de los efectos del acto. La infracción grave con su anulabilidad (3). La infracción leve del Ordenamiento jurídico

(1) «Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos» (art. 40 de la LP).

(2) En el lenguaje jurídico el término ilegalidad expresa tanto la infracción de la Ley como de la costumbre o de los principios generales del Derecho. También es una ilegalidad la infracción de la Constitución, aunque en este caso se emplean los términos más específicos de inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad.

(3) La relación entre la gravedad de la infracción y la nulidad o la anulabilidad del acto, la expresa la Sentencia de 26 de junio de 1975 con las palabras siguientes: «... la nulidad absoluta o de pleno derecho que presupone una gravísima conculcación de la legalidad vigente, y la nulidad relativa o anulabilidad que implica una infracción de menor entidad...»

—calificada de irregularidad— no repercute sobre la eficacia jurídica de los actos administrativos, aunque puede ocasionar responsabilidad administrativa para su autor.

En principio, el Ordenamiento jurídico considera que desobedecerle es grave. Por consiguiente, los actos administrativos que infringen el Ordenamiento jurídico, mientras éste no disponga otra cosa, son anulables. «Son anulables —dice el artículo 48,1 de la LP—, ..., los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» (4). El acto calificado de ilegal debe entenderse que es gravemente ilegal. La ilegalidad muy grave y la leve son, pues, excepciones a la regla general.

El Ordenamiento jurídico califica a algunas ilegalidades de muy graves y sanciona a los actos que las cometen con la nulidad de pleno derecho. Es decir, el Ordenamiento jurídico quiere que los actos administrativos que muy gravemente lo infringen corran la misma suerte que los actos inexistentes (5).

Los jueces comenzaron a establecer las diferencias de grado entre las ilegalidades y a fijar cuáles debían considerarse muy graves. Después, la doctrina, a partir de la experiencia jurisprudencial, sistematizó y propuso un catálogo de actos nulos de pleno derecho (6). Finalmente, el legislador, con la fuerza jurídica propia de sus decisiones, ha impuesto la relación de los actos que son nulos de pleno derecho y ha fijado las consecuencias de esta calificación. (Véase *infra*.)

II. LA ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los efectos de un acto administrativo gravemente ilegal son anulables. Cuando quien tiene competencia para ello declara que el acto ha infringido de manera grave el Ordenamiento jurídico, aquél deja de producir efectos, pero los efectos que ya ha producido se respetan y mantienen en la vida jurídica. No desaparecen sus efectos desde que

(4) En los actos privados, la regla general es la contraria. «Los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas —dice el artículo 6.3 del Código civil— son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.» Este precepto no es aplicable, en ningún caso, a los actos administrativos, que tienen su propio régimen legal respetado por el Código civil (art. 4.3), pero sí a los contratos en los que es parte la Administración Pública.

(5) La Sentencia de 9 de noviembre de 1974 dice que «la inexistencia de acto administrativo "conlleva" el mismo tratamiento jurídico que la nulidad absoluta o de pleno derecho...» En realidad ocurre exactamente lo contrario.

(6) Cfr. GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*,

nacieron (7) hasta que se declaró el acto viciado de ilegalidad. La declaración de anulación del acto administrativo tiene efectos *ex nunc*.

Con mucha frecuencia, la cuestión del mantenimiento de los efectos jurídicos nacidos del acto anulado no se plantea. Por eso, pocas veces llega a apreciarse la virtualidad propia de la declaración de anulación. Por ejemplo, tanto si se anula como si se declara nula de pleno derecho una sanción pecuniaria, el particular que fue sancionado, habitualmente, se contenta con recuperar la cantidad que entregó a la Administración. No suele reclamar el abono de los intereses devengados por la cantidad pagada a la Administración desde que se la entregó hasta que ésta se la devuelve. Si lo hiciera, comprobaría que no procede el abono de dichos intereses si la sanción ha sido anulada (efecto *ex nunc* de la declaración de anulación) y resulta procedente si aquélla ha sido declarada nula de pleno derecho (efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad de pleno derecho).

De otro lado, el Ordenamiento jurídico (art. 53 de la LP) permite al autor del acto que gravemente le contradice remediar el agravio cometido (Convalidación del acto). En cambio, no se lo permite al autor de un acto gravísimamente contrario al Ordenamiento jurídico. La ilegalidad es un defecto o vicio del acto administrativo y todos los defectos pueden corregirse, pero, en algunos casos (supuestos de nulidad de pleno derecho), el Ordenamiento jurídico no quiere que aquéllos sean corregidos sino que repercuten sobre la eficacia del acto.

Por último, el acto gravemente contrario al Ordenamiento jurídico o anulable sólo puede impugnarse dentro del plazo establecido para ello. Transcurrido éste sin interponer contra aquél el recurso pertinente, el acto gravemente ilegal se convierte en firme. Lo cual no significa que el acto se convierta en legal, sino simplemente que ya no se admiten pruebas para demostrar su ilegalidad (8). Para algunos, a diferencia de lo que les ocurre a los anulables, los actos nulos de pleno

IEP, Madrid, 1956, pp. 195 y ss., y su prólogo al libro de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, p. 19.

(7) Artículo 45.1 de la LP.

(8) Constituyen excepción a lo dicho en el texto los casos en los que la Ley permite el recurso extraordinario de revisión (art. 127 de la LP). Pero ya se sabe que, como dice GUASP (*Derecho Procesal Civil*, IEP, Madrid, 1962, 2.ª ed., p. 561), los recursos de revisión no son ya extraordinarios, sino excepcionales. Una excepción al orden lógico del Derecho.

La firmeza de los actos consigue evitar que las relaciones jurídicas fundadas en actos administrativos ilegales se derrumben como un castillo de naipes al que le quitan el colocado en su base. Véase CANNADA-BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, en «Riv. Trimestrale di Diritto pubblico», enero-marzo 1962, pp. 25 y ss.

derecho pueden impugnarse en cualquier momento, pero, como después veremos, esto no es cierto (9).

Las consecuencias de la declaración de que un acto es gravemente ilegal son las que corresponden por naturaleza a la declaración de que un acto administrativo es ilegal: deja de producir efectos; el autor del acto puede remediar su ilegalidad; debe impugnarse dentro de plazo.

Cuando la ilegalidad grave es manifiesta, nuestro Derecho positivo permite a la Administración, con el cumplimiento de determinados requisitos, que ella misma de oficio anule el acto (art. 110 de la LP).

III. ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO

1. Causas de nulidad

Como ya hemos dicho, sólo excepcionalmente el acto administrativo ilegal es nulo de pleno derecho. La Ley tipifica las infracciones del Ordenamiento jurídico que considera *muy graves*. El acto que las comete se hace merecedor de la nulidad de pleno derecho.

El legislador podría adoptar el criterio de fijar una regla que orientase sobre cuándo un acto debe ser nulo de pleno derecho y dejar al juicio de los Tribunales la apreciación de cuándo el acto administrativo debe declararse viciado de nulidad radical (10). Pero nuestro Derecho positivo no lo hace así. El legislador español ha tasado, como dice la jurisprudencia, las causas de nulidad (11). Además, éstas, por ser excepción a la regla general sobre las consecuencias de la infracción del Ordenamiento jurídico (la anulabilidad), deben interpretarse restrictivamente (12).

(9) Esta afirmación, que todavía perdura, tiene su origen en la confusión entre inexistencia y nulidad. S. ROYO-VILLANOVA en su libro *Problemas del régimen jurídico municipal*, IEAL, Madrid, 1944, p. 36, dice: «La nulidad nace de la falta de un elemento esencial; ... El acto nulo es como si no existiera; por eso la nulidad opera *ipso iure*. La nulidad puede ser alegada siempre.» En nota advierte: «Algunos autores distinguen desde el punto de vista teórico la existencia y la nulidad absoluta. Véase FORTI, *ob. cit.*, vol. II, p. 194.»

(10) Me parece que esta es la tesis básica que SANTAMARÍA PASTOR, J. A., defiende en su libro *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit.

(11) Lo cual puede tener sus inconvenientes, pero tiene la gran ventaja de salvaguardar la seguridad jurídica, pues procura la estabilidad de las relaciones jurídicas que sólo se alteran en casos límites apreciados como tales por el legislador.

(12) Cfr. Sentencias de 20 de diciembre de 1978, Sala 4.ª, y de 11 de octubre de 1979, entre otras muchas. La Sentencia de 11 de octubre de 1979 dice «que sólo cabe calificar como nulos de pleno derecho la serie tasada de actos previstos en la Ley» y

Unicamente las leyes pueden tipificar las infracciones del Ordenamiento jurídico que serán causa de nulidad de pleno derecho para los actos administrativos que incurran en ellas. De una parte, porque así lo exige el principio de legalidad o, mejor, la faceta del mismo que reserva a la ley la tipificación de las sanciones muy graves y la determinación de sus consecuencias. De otra parte, porque la regla general de que el acto ilegal es anulable tiene valor de ley (art. 48 de la LP) y sólo las leyes pueden establecer excepciones a las reglas de carácter legal. Sin embargo, un buen número de Reglamentos incluyen preceptos en los que se califica a actos administrativos de nulos de pleno derecho (13). Habrá preceptos reglamentarios que serán aplicación de una ley y su validez no será discutible, y otros que sin fundamento legislativo declaran que un acto será nulo si incurre en un determinado vicio de ilegalidad. Estos últimos serán nulos de pleno derecho, ellos si, en virtud de lo dispuesto por el número 2 del artículo 47 de la LP.

Existen causas de nulidad de pleno derecho aplicables a toda clase de actos administrativos y causas de nulidad sólo aplicables a alguna especie de estos actos.

Las causas generales de nulidad de los actos administrativos son las del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Este precepto, en su número uno, se refiere a los actos administrativos singulares y, en su número dos, a las disposiciones o actos administrativos generales. El artículo 47.1 de la LP dice «que los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

«que hay que proceder siempre con criterios restrictivos a la hora de pensar declarar la nulidad absoluta». Esto nos parece más exacto que decir, como dicen las Sentencias de 14 de abril de 1971 y 28 de febrero de 1973, entre otras muchas, que ha de aplicarse la doctrina jurídica de la nulidad en la esfera administrativa con «parsimonia» y «moderación». Pero no faltan declaraciones judiciales tan inexactas como la de la Sentencia de 27 de junio de 1977. «La teoría jurídica de la nulidad radical de los actos administrativos —dice esta Sentencia— ha de aplicarse con especial moderación y cautela en esta esfera, en la que sólo deben tomarse en consideración para causar dicho efecto gravísimas y sustanciales infracciones de la Ley para llegar a la conclusión de que realmente sólo es nulo un acto cuando careciere de sus elementos jurídicos esenciales o contravenga alguna Ley prohibitiva, y de ahí que, como regla general, la nulidad absoluta tiene carácter excepcional...» En esta Sentencia, de un lado, se confunde la nulidad de pleno derecho con la inexistencia, y, de otro lado, se olvida que las causas de nulidad están tasadas en nuestro Derecho, de tal manera que una gravísima y sustancial infracción de Ley, aunque ésta sea prohibitiva, si no ha sido recogida expresamente en alguna Ley como causa de nulidad de pleno derecho, sólo origina la anulabilidad de actos.

(13) Artículo 183.3, Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978; artículos 41, 42 y 43 del Reglamento General de Contratación del Estado.

- a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.
- b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.
- c) 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» (14).

El mismo artículo, número dos, de la LP, en relación con los artículos 26, 27 y 28 de la LRJAE, declara que «también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas» que

- a) Son contrarias a las leyes (art. 26, primera parte, de la LRJAE).
- b) Regulan, sin autorización expresa de una ley, materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes (art. 26, segunda parte, de la LRJAE).
- c) Establecen penas o imponen exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una Ley votada en Cortes. (art. 27 de la LRJAE.)

El artículo 97 de la Constitución dispone que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes, sin más especificaciones.

Las causas de nulidad de pleno derecho aplicables a determinadas especies de actos administrativos, que nosotros sepamos, son las siguiente:

- a) Las licencias y órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes (Ley del Suelo, artículo 188, 2).
- b) Los actos de los Colegios Profesionales y de sus Consejos Generales, «manifiestamente contrarios a las leyes» (Ley de 13 de febrero de 1974, art. 8.º, 3).

(14) El artículo 153 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, considera que los actos tributarios son nulos de pleno derecho en los mismos casos que establece la Ley de Procedimiento Administrativo, salvo los actos de contenido imposible. Esto, como después explicaremos, nos parece un acierto. Sin embargo, no puede decirse por ello que los actos tributarios tengan un régimen especial en cuanto a la nulidad de pleno derecho. Puede verse BAYÓN MARINÉ, I.: *La llamada revisión de oficio en materia tributaria*, «Rev. Española de Derecho Financiero», núm. 1, 1974, pp. 131 y ss. Este trabajo figura atribuido a Jaime GARCÍA AÑOVEROS en dicha publicación, pero los especialistas aseguran que su autor es BAYÓN MARINÉ.

c) Las resoluciones administrativas de carácter particular dictadas por los órganos de gestión tributaria que vulneren lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas emanen de órganos de igual o superior jerarquía (art. 19 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963) (15).

Los actos que acabamos de enumerar serían anulables si se les aplicasen las reglas de los artículos 48 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Los primeros por infringir Planes de ordenación urbana e indirectamente la Ley del Suelo. Los segundos, por ser manifiestamente contrarios a la leyes (16). Los últimos, por infringir la relación de jerarquía entre actos administrativos, pues las disposiciones administrativas son jerárquicamente superiores a las resoluciones (17). Todos estos supuestos quedan incluidos en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las leyes del Suelo, de Colegios Profesionales y General Tributaria, en sus preceptos citados, convierten las ilegalidades que describen en causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Las consideran gravísimas infracciones del Ordenamiento jurídico (en los casos *a* y *c* sólo indirectamente se infringe lo dispuesto por éste) y por eso quieren para ellos la nulidad de pleno derecho.

2. Consecuencias de la nulidad de pleno derecho

El Ordenamiento jurídico establece las consecuencias que estima convenientes para aquellos actos que gravísimamente le contradicen. No son consecuencias necesarias, porque la mayor gravedad de la infracción, así tipificada por la ley, no cambia la esencia de la infracción. La declaración de ilegalidad tiene por naturaleza la cesación de los efectos del acto ilegal desde que así se declara (Anulabilidad). Lo que la nulidad de pleno derecho tiene de diferente a la anulabilidad es producto, únicamente, de la voluntad de la ley.

El Ordenamiento jurídico —como ya hemos dicho— quiere que desaparezcan los efectos de los actos administrativos que muy gra-

(15) Compárese el precepto de la Ley General Tributaria que citamos en el texto con el artículo 30 de la LRJAE. Véanse también los artículos 709 de la LRL y 13 del Decreto-ley 11/1979 y 60 y 66 de la Ley General Presupuestaria.

(16) El que la infracción de la Ley sea manifiesta no se recoge como causa de nulidad del acto en el artículo 47.1, de la LP, salvo cuando se trate de leyes que fijen la competencia.

(17) Véase BOQUERA OLIVER, J. M.ª: «La jerarquía entre actos administrativos», en *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 153 y ss.

vemente le contradicen de la misma manera que las consecuencias de las apariencias de actos administrativos (Actos inexistentes) (18). Quiere que la declaración de que el acto está gravemente viciado haga desaparecer *ab initio* sus efectos. Estos se considerarán como no producidos, y quedarán borrados de la vida del Derecho. La técnica jurídica expresa este fenómeno de eliminación total, *in radice*, de las consecuencias jurídicas diciendo que éstas desaparecen *ex tunc*; desde el momento mismo en que se produjeron y sin que se conserve ninguna de ellas.

El Ordenamiento jurídico no permite convalidar los efectos del acto viciado con una causa de nulidad (art. 53 de la LP). Esto tampoco es una consecuencia lógica de la infracción gravísima del Ordenamiento jurídico, sino querida e impuesta por el legislador, pues ya hemos dicho que los defectos o vicios de los actos jurídicos, por su naturaleza y cualquiera cual sea su gravedad, pueden remediarse.

El acto nulo de pleno derecho no puede impugnarse en cualquier momento, pues todos los actos administrativos gozan de la presunción *iuris tantum* de legalidad, y esta presunción sólo se puede intentar destruir dentro del plazo establecido para ello por la ley. La presunción de legalidad es consustancial al acto administrativo. Le

(18) En alguna ocasión se ha dicho que el acto nulo no produce efectos sino apariencias de efectos y por esto pueden hacerse desaparecer *ex tunc* aunque sean favorables al administrado. El Consejo de Estado, en su Dictamen de 8 de julio de 1965 (Exp. núm. 34.111). (Recopilación de Doctrina Legal, 1964-65, Madrid, 1969, número marginal 39, pp. 60 y 61), dice que «existe ciertamente una diferencia esencial entre la derogación pura y simple y la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto o disposición administrativa; en el primer caso, se respetan los derechos adquiridos, pues la retroactividad es materia reservada a la Ley formal, y, por tanto, excluida de la potestad reglamentaria; en el segundo caso, quiebra el principio de los derechos adquiridos, ya que no se pueden adquirir derechos en contra de lo dispuesto en las leyes. Los derechos adquiridos en base a una disposición administrativa que los establece infringiendo lo dispuesto en la Ley, no son derechos adquiridos ni siquiera constituyen derechos: cuando más, llegarán a ser derechos aparentes o nulos, cuya vigencia será igualmente aparente, mientras no se compruebe el vicio y se declare la nulidad». Después el citado Dictamen recuerda los artículos 109 y 110 de la LP y añade que «en los casos de nulidad de pleno derecho, la Administración no anula algo hasta entonces válido, sino que se limita a «declarar» una nulidad existente, y ello puede hacerlo «en cualquier momento», expresión que tiene como sujeto precisamente a la Administración». Mientras que en los casos de simple anulabilidad «es preciso que la Administración «anule» el acto hasta entonces válido, y ello ha de hacerlo dentro de los límites temporales fijados por el propio artículo 110. Así, pues, todos los actos enumerados en el artículo 47, incluso cuando sean, en apariencia, declarativos de derechos, son anulables en cualquier momento por la Administración, sin que el transcurso del tiempo pueda revestirlos de una eficacia de que, desde su inicio, carecieron». Se confunde nulidad de pleno derecho con inexistencia, que son dos cosas profundamente diferentes. Cfr. BOQUERA OLIVER, J. M.^a, «Elementos esenciales e inexistencia del acto administrativo», en *Estudios sobre el acto administrativo*, cit., pp. 69 y ss.

acompaña desde el mismo instante de su nacimiento. El juicio sobre la legalidad o la ilegalidad del acto es necesariamente posterior a su nacimiento, y para hacerlo resulta imprescindible recurrir contra aquél dentro de plazo. La seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibilidad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal. La suposición del administrado de que el acto administrativo es nulo de pleno derecho no puede prevalecer, pues nada lo justifica, sobre la presunción legal de que es conforme a Derecho y sólo por aquélla se le permitiría impugnarlo en cualquier momento (19). Tampoco existe, en ningún caso ni en ningún momento, la presunción legal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, por lo que la declaración judicial o administrativa de que un acto es nulo de pleno derecho —siempre posterior a la admisión del recurso—, no puede justificar «a posteriori» la admisión del recurso fuera del plazo improrrogable fijado por la ley para recurrir. Por último, no existe un precepto legal que permita interponer recursos fuera de plazo contra actos *acusados* de vicios de nulidad. La jurisprudencia lo recuerda con frecuencia (20). Sin embargo, pese a todo lo dicho, no faltan sentencias que admiten recursos presentados fuera de plazo por considerar que el acto impugnado es nulo de pleno derecho (21). La Sentencia de 2 de julio de 1976, Sala 5.ª, ante la impugnación de la aprobación provisional de un Plan de Ordenación

(19) Admitir, después de haber transcurrido el plazo para impugnar actos administrativos, recursos presentados contra apariencias de actos administrativos (actos inexistentes), si parece lógico, pues los jueces pueden y deben decidir si lo impugnado es o no es acto. Pero si declaran que lo impugnado es acto no deberán añadir si es legal o ilegal, sino simplemente declarar la inadmisión del recurso por haber sido presentado fuera de plazo.

(20) La Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1978 dice que «este Tribunal no podría declarar la nulidad de dicha resolución, aún tratándose de una nulidad de pleno derecho... porque a la vista de la fecha de su adopción, ..., la misma era firme y consentida cuando se interpuso dicho recurso, firmeza y consentimiento que impedirían a la Sala *a quo* primero, y a este Tribunal, después, enjuiciar dicha resolución... la (acción) dimanante de la resolución... feneció con su firmeza... el respeto a la seguridad jurídica que la resolución firme lleva en sí, y todo pronunciamiento sobre dicha clase de nulidad es imposible...»

(21) En la doctrina esta posibilidad la defendieron y la defienden, con respecto a los reglamentos, los autores que los consideran elementos integrantes del Ordenamiento jurídico. En éste —dicen— no pueden existir elementos viciados y, en todo momento, debe poderse defender su pureza (véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, núm. 29, de esta REVISTA, p. 169). De esta conclusión, pensada sólo para los reglamentos, e injustificada, como después veremos, quizá proceda, por generalización, la tesis de que cualquier acto de la Administración con vicio origen de nulidad de pleno derecho puede ser impugnado sin límite de tiempo. Véanse, por ejemplo, las Sentencias de 11 y 25 de octubre de 1976.

Urbana con la alegación de que aquella era nula de pleno derecho, dice que, aun cuando faltaba la «fiscalización aprobatoria ulterior», que es la impugnación, esta regla «tiene que ceder excepcionalmente cuando tales actos se tachan de nulos, en su grado extremo de nulidad absoluta, pasando a ser este tema de enjuiciamiento prioritario, previo y excluyentemente de la causa de inadmisión...» para evitar caer «en actividades inútiles», *«aunque ello comporte una alteración en la técnica procesal ordinaria que propugna el tratamiento primero de los supuestos de inadmisibilidad, y que, si alteramos, es por el carácter de la nulidad absoluta»*. El Tribunal Supremo, en este caso, y en algún otro semejante (22), reacciona ante la acusación de que el acto padece un vicio causa de nulidad de pleno derecho, olvidándose incluso de los presupuestos que las leyes exigen para que exista proceso. Entiende que no debe tratar de averiguar si el recurrente tiene capacidad procesal, legitimación, ha interpuesto el recurso dentro del plazo señalado para ello, ha cumplido los requisitos de forma en la interposición del recurso, ..., y, naturalmente, admite el recurso fuera de plazo. Pero esto no significa admitir y afirmar que el acto nulo de pleno derecho puede recurrirse en cualquier momento. Esta actitud del Juez equivale a olvidar que existen reglas que deben cumplirse para que él pueda actuar como tal. El Juez reacciona ante el acto nulo de pleno derecho como el cazador que, al descubrir una buena pieza, dispara aunque todavía no se haya levantado la veda para cazar (23). Si se consolida esta jurisprudencia, con sólo decir que se impugnan actos nulos de

(22) La Sentencia de 5 de mayo de 1980 sigue el mismo criterio de la Sentencia citada en el texto —a la que se refiere expresamente— y lo aplica a la aprobación inicial de un Plan General de Ordenación Urbana, a la que se acusa de nulidad de pleno derecho, porque quien la acordó era manifiestamente incompetente para hacerlo. Al decidir el Tribunal que el organismo que aprobó inicialmente el Plan no era manifiestamente incompetente, entra a conocer el motivo de inadmisibilidad del recurso que el Tribunal *a quo* consideró existía —que la aprobación inicial era un acto de trámite— y declara que no existe duda sobre la viabilidad de la inadmisión, «ya que ni los propios apelantes han discutido el carácter de acto de trámite que tiene la aprobación inicial que se combate, declarado correctamente por dicho Tribunal, habiéndolo proclamado así reiteradamente esta Sala, entre otras en sus Sentencias de 17 de abril, 30 de junio de 1975, 30 de enero, 2 de julio y 6 de diciembre de 1976, 20 de enero y 13 de octubre de 1978, 26 de febrero de 1979 y 25 de enero pasado». Es decir, ni la falta de acto impugnado es obstáculo para admitir el recurso cuando se lanza una acusación de nulidad de pleno derecho.

(23) Nótese que en la Sentencia citada en el texto, el juzgador ni siquiera se pregunta si la aprobación provisional de un Plan de Ordenación Urbana es un acto de trámite o definitivo; reconoce, no obstante, que aquella no es impugnación, sino la «fiscalización aprobatoria ulterior», y dice que antes de averiguar si se dan los presupuestos de admisibilidad del recurso hay que resolver la cuestión de si lo impugnado es o no es nulo de pleno derecho. De esta manera, el presu-

pleno derecho, podrán interponer recursos quienes quieran, cuando quieran y contra lo que quieran, y con los actos nulos de pleno derecho se podrá hacer lo que se quiera (24). Esta actitud tiene justificación si existen «indicios racionales» de que lo impugnado es una apariencia de acto administrativo, pero no es legalmente posible si los «indicios racionales» son de que el acto administrativo es nulo de pleno derecho. Si para evitar caer «en actividades inútiles» los Jueces olvidan la presunción de legalidad del acto administrativo y las exigencias procesales que ésta comporta, resultarán superfluos el Derecho administrativo y las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos (25).

puesto procesal de la presentación del recurso dentro del plazo se olvida y también si lo que se dice impugnado es o no es impugnabile. La alegación de un vicio de nulidad de pleno derecho le hace al Juez el mismo efecto que un trapo rojo a un toro bravo.

(24) Permitir que cualquiera pueda interponer recursos sería conveniente para la vida en comunidad, pues debe anularse todo acto ilegal, lesione o no lesione intereses o derechos del recurrente, pero permitir que éstos se impugnen en cualquier momento no sería conveniente porque produciría una grave inestabilidad de las relaciones jurídicas y abriría la posibilidad de paralizar la actividad de la Administración.

(25) Cabe suscitar la cuestión de si admitido un recurso contra un acto no firme vinculado a otro u otros ya firmes, el Juez puede, dentro del proceso al primero y planteado el problema de la nulidad de pleno derecho de los actos firmes, decidir sobre si éstos son o no nulos de pleno derecho y qué consecuencias tendría su decisión. Por ejemplo, al impugnar el otorgamiento de una línea de transporte por carretera, hija de otra, alegar que la concesión de ésta es nula de pleno derecho. En la Sentencia de 18 de noviembre de 1966, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo dice que «tanto por la demandante, como por el Tribunal de primer grado, en la decisión hoy apelada, que lejos de constreñirse al acuerdo municipal impugnado de 16 de abril de 1964, que dio lugar a la litis, se extendió y alcanza con sus declaraciones de nulidad absoluta y radical por no ser conformes a Derecho, aparte del citado, a otras resoluciones municipales de 6 de noviembre de 1959 y 2 de abril de 1964, pertenecientes a otros expedientes administrativos independientes a lo que ahora se ventila, y que tan siquiera estos últimos están unidos a las actuaciones gubernativas, ni en este procedimiento contencioso, por lo que cualquiera que fuese el contenido de aquéllos, y el estado que mantengan, ..., a la Sala de instancia no la cabía asumir función revisora en este pleito, inciéndose en manifiesta incongruencia no sólo en esa sentencia, sino entre los dichos escritos introductorio y demanda ulterior, y como el primero de éstos posee carácter vinculante, obvio es por lo argumentado que esas resoluciones del Ayuntamiento de Agüimes de 6 de noviembre de 1959 y 2 de abril de 1964, al interesarse en el último su nulidad, recogido más tarde por el órgano jurisdiccional, constituye materia nueva de fondo que al no ser viable examinar, debió ser excluida en el fallo recurrido, por lo que en este extremo la revocación se impone, declarándose de presente la improcedencia de entrar a resolver sobre esos pedimentos de nulidad». Como se habrá apreciado, el Tribunal Supremo alega para no entrar a conocer de la nulidad absoluta de los acuerdos de 6 de noviembre de 1959 y 2 de abril de 1964 que no figuran sus expedientes en el procedimiento contencioso y que no se les había mencionado como impugnados en el escrito de interposición del recurso, por lo que constituían en la demanda materia nueva de fondo. No existe, pues, en dicha Sentencia, un juicio directo sobre la cuestión que inicialmente hemos presentado, pero no se rechaza la posibilidad

La tesis de la impugnación en cualquier momento de los actos nulos de pleno derecho se propicia desde diversos argumentos parciales, como son la impugnación indirecta de reglamentos, la posibilidad de inaplicación judicial de los que están en desacuerdo con las leyes, la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y la defensa del «orden público».

Por medio del denominado recurso indirecto contra reglamentos en virtud de la impugnación de los actos de aplicación de los mismos, resulta posible impugnar aquéllos, cualquiera cual sea el tiempo transcurrido desde su promulgación (26). Algunos entienden que esto es así porque las disposiciones ilegales son nulas de pleno derecho y pueden impugnarse en cualquier momento. Pero este argumento no es válido para defender que los actos nulos pueden ser recurridos en cualquier momento. En primer lugar, porque si así fuera no se exigiría que la disposición se impugnara indirectamente al recurrir dentro de plazo contra un acto singular de aplicación y, en segundo lugar, porque el recurso indirecto contra reglamentos permite también la impugnación de éstos por vicios que sólo acasionan su anulabilidad después de transcurrido el plazo para interponer el recurso directo contra los mismos (27). La impugnación indirecta de disposiciones a través de los actos concretos de aplicación es una técnica procesal que nada demuestra con respecto a la cuestión que nos ocupa. No debe olvidarse que el régimen jurídico de las disposiciones es en parte distinto al de los actos administrativos singulares, por lo que una peculiaridad de

de enjuiciar los acuerdos tachados de nulos de pleno derecho por la Sentencia de primera instancia —y que no fueron impugnados dentro de plazo— por considerarlos firmes, sino por razones de procedimiento.

En la denominada impugnación indirecta de reglamentos se va abriendo camino la tesis de que el Tribunal, al conocer del recurso contra los actos de aplicación, puede declarar la nulidad de pleno derecho del precepto reglamentario que aplican, y esto aunque haya transcurrido el plazo para la impugnación directa del reglamento. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de amparo de 11 de junio de 1981, habla de «invalidación general con ocasión de un acto aplicativo».

Nos parece justificada esta actitud, pues se obtienen las consecuencias de la nulidad de pleno derecho sin desconocer las exigencias legales que conocemos con el nombre de presupuestos del proceso.

(26) GÓMEZ-FERRER, R., dice (*Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», 14, 1977, p. 392) que esto «evidencia que la disposición contraria al Ordenamiento jurídico es siempre nula de pleno derecho, cualquiera que sea el vicio de que adolezca». No compartimos esta evidencia y, lo que es mucho más importante, tampoco la comparte la Jurisprudencia. Puede verse BOQUERA OLIVER, J. M.^a: *Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias*, «Rev. de Derecho Público», núm. 57, 1975, pp. 63 y ss., y lo que después se dirá.

(27) Véase *infra*, p. 26.

aquél, caso de que existiera en la cuestión que estudiamos, no debe servir por sí sola para obtener una conclusión de carácter general.

La competencia judicial para inaplicar un cualquier momento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las disposiciones en desacuerdo con las leyes tampoco es un argumento favorable a la tesis de que los actos con vicios de nulidad de pleno derecho jamás alcanzan la condición de firmes. De una parte, porque inaplicar un acto jurídico no es lo mismo que declararlo nulo o anularlo y, de otra, porque de una competencia atribuida expresamente a los Jueces con respecto a las disposiciones generales no puede deducirse la existencia de una competencia judicial general para destruir todos los actos nulos de pleno derecho cualquiera sea la fecha en que se dictaron.

Lo mismo podemos decir con respecto a la regla de nuestro Derecho positivo que permite a la Administración del Estado, en cualquier momento, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos nulos de pleno derecho (art. 109 de la LP). Si el acto nulo pudiera impugnarse sin límite de tiempo, carecería de justificación el que, en cualquier momento, el interesado, como dice el artículo 109 de la LP, pueda pedir a la Administración que revise sus actos nulos de pleno derecho. Además, la llamada revisión de oficio de los actos administrativos es una posibilidad que la Ley ha otorgado a la Administración, pero que carece de justificación lógica.

Los Jueces consideran misión propia cuidar del «orden público» entendido en el sentido de impedir el inadecuado funcionamiento de las instituciones administrativas o el que personas sin poder administrativo actúen como tales. Algunas causas de nulidad de pleno derecho (la incompetencia manifiesta, la falta total de procedimiento) suscitan también cuestiones de «orden público».

El «orden público» es, naturalmente, algo distinto de los intereses que se enfrentan y mueven el enjuiciamiento de la legalidad del acto administrativo. Por eso los Jueces examinan y valoran los vicios de orden público —como dice Tomás Ramón FERNÁNDEZ (28)— «desde perspectivas que hacen excepción a los principios informadores del sistema jurisdiccional», pero en defensa del «orden público» nunca los Jueces llegan a admitir recursos fuera de plazo. Además, la defensa judicial del orden público es muy distinta, y no puede absorber, a la misión del Juez con respecto al enjuiciamiento de los actos admi-

(28) *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1989, p. 19.

nistrativos. Que aquello lo haga sin sujetarse a algunas de las reglas que las leyes establecen para el ejercicio de su competencia con respecto a los actos administrativos, no puede servir de fundamento al abandono de otras reglas análogas cuando el acto le parezca al recurrente o a él mismo nulo de pleno derecho. El Juez cuando, dentro del juicio, descubre un vicio de orden público actúa de oficio y decide sobre él con preferencia a otras cuestiones, lo que es totalmente distinto a admitir un recurso fuera de plazo por intuir la existencia de una nulidad de pleno derecho (29). No debe olvidarse, además, que la incompetencia no manifiesta y la falta de algún trámite esencial del procedimiento son también vicios de orden público que el Juez suele remediar de oficio, y decidir con preferencia a cualquier otra cuestión, y, sin embargo, uno y otro vicio sólo dan origen a la anulabilidad del acto administrativo.

3. *Análisis de las causas comunes de nulidad de pleno derecho*

A) *Causas comunes a las resoluciones administrativas*

Las causas comunes de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos singulares las enumera, como ya hemos dicho, el artículo 47.1, de la LP. Son las siguientes:

a) *Los actos de la Administración dictados por órganos manifiestamente incompetentes (art. 47.1 a) de la LP).*

La doctrina, a partir de la jurisprudencia, volvemos a recordar, puso de relieve qué vicios del acto administrativo debían ser causa de nulidad de pleno derecho. Formó un estado de opinión que, finalmente, recogió el legislador.

En 1944, Segismundo ROYO-VILLANOVA, en su libro *Problemas del Régimen Jurídico Municipal* (30), exponía ordenadamente las causas de nulidad absoluta y las causas de nulidad relativa, o anulabilidad, de los acuerdos municipales. En relación con el vicio de incompetencia, escribe: «Son causas de nulidad: ... 3.º La incompetencia absoluta, esto es, cuando el acuerdo no corresponde a las funciones y servi-

(29) La Sentencia de 23 de marzo de 1963, conocida como la del Tamarguillo, me parece excepcional por las circunstancias en y ante las que se encontró el Tribunal Supremo. Esto es lo único que explica que la Sala se declare incompetente para enjuiciar el fondo de la cuestión a ella sometida y competente para declarar que los órganos que tomaron la resolución impugnada eran incompetentes.

(30) IEAL, Madrid, p. 37.

cios municipales por pertenecer a la competencia de otro organismo (por ejemplo, del Estado) o de otro Municipio (por referirse a otro término municipal).

«Las causas de nulidad relativa o anulabilidad son: 1.º La incompetencia relativa, esto es, cuando el acuerdo en cuestión es de la competencia de otro órgano municipal. Así, el Alcalde no puede dictar acuerdos de la competencia del Ayuntamiento pleno o de la Comisión permanente.

Sin embargo, la sentencia de 17 de octubre de 1939 no ha considerado como vicio sustancial el hecho de haber sido tomado un acuerdo por el Ayuntamiento pleno en vez de la Comisión permanente, puesto que ésta se halla integrada en el Ayuntamiento pleno, que encarna la suprema representación y autoridad municipal, y, por ende, la máxima garantía de acierto en la resolución.»

Se aprecia, pues, que para el autor citado, cuando un sujeto o persona administrativa decide sin tener competencia para ello, su acto está viciado de incompetencia absoluta. En cambio, cuando decide el órgano de una persona administrativa correspondiéndole hacerlo a otro órgano de la misma persona, la incompetencia es relativa.

El legislador, en primer lugar, reparte entre las Administraciones públicas el poder necesario para satisfacer fines públicos. En un segundo momento, las leyes o los reglamentos distribuyen la competencia del sujeto administrativo entre sus órganos. Alterar el primer grado de la distribución de la competencia es más grave que alterar el segundo, pues el que el acto lo adopte una persona que no tiene competencia para ello es más grave que lo sea por el órgano de un sujeto que sí la tiene, pero que debe ejercitarla por medio de otro órgano. De otro lado, se aprecia más fácilmente la incompetencia cuando un sujeto hace lo que le corresponde a otro sujeto que cuando un órgano actúa correspondiéndole hacerlo a otro órgano de la misma persona administrativa.

En 1956, GARRIDO FALLA, en su libro *Régimen de impugnación de los actos administrativos* (31), al distinguir entre «los supuestos de incompetencia absoluta y relativa» dice, en una nota a pie de página, que la «incompetencia absoluta daría lugar a la nulidad absoluta, y la relativa a la simple anulabilidad. Esta distinción ha sido rechazada por

(31) IEP, Madrid, 1956, p. 223.

autores como HIPPEL y FORSTHOFF, por entender que suscita dificultades no pequeñas en los casos particulares. Este último autor sugiere, por eso, que resulta conveniente fijarse en si la desviación de competencia realizada por el órgano autor del acto administrativo es o no patente» (32). En la obra citada, GARRIDO FALLA examina supuestos de incompetencia territorial, funcional y jerárquica y emplea el criterio de la claridad o notoriedad del vicio de incompetencia para decidir en cada caso si el acto debe ser nulo o anulable. En alguno de ellos estima que la incompetencia clara o notoria es incompetencia absoluta (33), expresión que ahora emplea, pues, en un sentido distinto al que hemos visto en ROYO-VILLANOVA. En otros casos, GARRIDO FALLA entiende que la falta de capacidad del sujeto que actúa es un supuesto de incompetencia absoluta, con lo que coincide con ROYO VILLANOVA, pero también se da la incompetencia absoluta —continúa— «cuando autoridades de una rama de la Administración invaden competencias que de manera notoria están atribuidas a otra rama distinta», entendiéndolo las ramas como campos de actuación de órganos diferentes de una misma entidad (34). «La violación del grado jerárquico por parte del órgano administrativo que actúa, solo produce, ..., como regla, supuestos de incompetencia relativa, consiguientemente de anulabilidad del acto administrativo viciado» (35).

La Ley de Procedimiento Administrativo— ya hemos advertido de la influencia que GARRIDO FALLA tuvo en la redacción de esta ley— tomó una decisión radical: los actos de la Administración «dictados por órgano *manifiestamente incompetente*» son nulos de pleno derecho. Radicalidad para resolver la opción que la doctrina ofrecía, pero el criterio elegido no puede ser más relativo. Lo manifiesto es una manera de presentarse, no de ser. El que la incompetencia sea o no

(32) La nota continúa: «Con ello se logra una vinculación directa con el criterio de la protección de la confianza, que es el que aquí interesa; porque la notoriedad del error de competencia autoriza a negar la protección de la confianza por no existir en estos casos la apariencia jurídica, con lo que es la nulidad absoluta la sanción normal que corresponde a la violación crasa de la competencia objetiva (*Lehrbuch des Vervvaltungsrechts*, 1950, p. 186)».

(33) «... la gravedad de la sanción habrá de determinarse teniendo en cuenta que, justamente en atención a la claridad de criterios en que la división territorial se basa, estamos en presencia de un supuesto de incompetencia absoluta, por tanto, de nulidad absoluta del acto administrativo» (p. 224).

(34) *Op. cit.*, p. 224.

(35) *Op. cit.*, p. 225.

manifiesta depende más de las dotes de visión de quien la mira que de sí misma (36).

La fórmula empleada por el legislador deja al arbitrio judicial la calificación de la incompetencia en manifiesta o no manifiesta y también, lógicamente, la decisión sobre si los actos viciados de incompetencia son nulos o anulables.

En la mayor parte de casos la jurisprudencia, para decidir sobre la nulidad o la anulabilidad del acto viciado de incompetencia, no se fija en si el acto procede de un órgano que no debía decidir por corresponderle a otro del mismo sujeto o si lo dicta un sujeto debiendo hacerlo otro sujeto. La jurisprudencia, las más de las veces, aplica estrictamente la fórmula legal. La Sentencia de 26 de marzo de 1969, Sala 4.ª, dice que, «a tenor de lo dispuesto en el artículo 47, apartado a) de la LP», la aducida incompetencia no «constituye motivo de nulidad absoluta o de pleno derecho puesto que se halla muy lejos "de saltar a la vista su comprobación" —comprobación cuya evidencia y facilidad es lo que por encima del tipo o de la clase de competencia constituye el supuesto sustancial e indeclinable que sirve de soporte a dicha categoría anulatoria—...» (37). La Sentencia de 5 de mayo de 1980 precisa que «es incompatible la exigencia de que sea manifiesta la incompetencia con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico, como corresponde a la semántica del adverbio empleado en el precepto, ...».

b) *Los actos de la Administración cuyo contenido sea imposible (art. 47.1, b) de la LP).*

La imposibilidad suele parecernos siempre material. Resulta imposible aquello que la naturaleza no permite conseguir. Los negocios jurídicos que tenían a la luna por objeto han sido, hasta que los hombres llegaron a ella, el ejemplo habitual de los negocios jurídicos

(36) Critican la distinción o clasificación de las ilegalidades en manifiestas y no manifiestas CLAVERO ARÉVALO, M.: *La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos*, «REVL», núm. 102, 1958, p. 832, y BOQUERA OLIVER, J. M.ª: *La facultad gubernativa de suspensión e impugnación de acuerdos locales manifiestamente ilegales*, núm. 36, de esta REVISTA, 1961, pp. 109 y ss.

(37) Esta Sentencia dice también que «la nulidad a que dicha norma (el artículo 47,1, a, de la LP) se contrae ha de limitarse a los actos dictados, "no por cualquier clase de órganos administrativos", sino "por los de categoría superior", como declara la Sentencia de 4 de marzo de 1968». Esta afirmación nos resulta sorprendente. Si la Ley dispone, sin ninguna distinción, que el acto manifiestamente incompetente es nulo de pleno derecho, será indiferente que proceda de órganos superiores o de órganos inferiores. Querer disminuir el significado de la declaración legal con dicha distinción no parece posible.

imposibles o de contenido imposible. Pero existen imposibilidades no materiales. El Consejo de Estado ha tenido el acierto de distinguir entre imposibilidad material e imposibilidad ideal (38).

«El contenido imposible de un acto administrativo puede resultar, en primer término —dice el Consejo de Estado (39)—, de la absoluta inadecuación a la realidad material sobre la que recae por circunstancias derivadas de esa propia realidad, como ocurriría si el acto en cuestión se refiriese a un sujeto o a un objeto inexistente (40). Junto a esta especie de imposibilidad física o material cabe señalar otro tipo de imposibilidad, que puede denominarse ideal... Un supuesto claro de imposibilidad (ideal) viene determinado por aquellos casos en que la estructura lógica del acto administrativo está defectuosamente conformada en el sentido de que en la misma y dentro de la misma se aprecien elementos irremisiblemente contradictorios, sin que exista en el acto en cuestión aquella lógica congruencia, aquella interna armonía que postula una elemental regla de lógica jurídica.

Cuando dentro de un acto se aprecie que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto querido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea, puede decirse, en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido» (41).

Entendemos que el contenido imposible (material o ideal) equivale a falta de contenido y, por consiguiente, el acto jurídico de contenido imposible es una apariencia de acto o acto inexistente, aunque nuestra LP lo considere una causa de nulidad de pleno derecho.

Algunas veces, la jurisprudencia, quizá con no demasiada rotundidad, parece llegar a la conclusión de que el acto con un contenido imposible es un acto inexistente. Por una licencia idealmente imposible no puede cobrarse una tasa. Esta sólo se debe por la concesión de la

(38) Quizá los términos empleados no sean muy exactos. Se ha buscado con ellos el contraste terminológico, que quizá no sea muy exacto, pero las ideas que expresan si nos parecen exactas.

(39) Dictamen de 1 de abril de 1965 (Exp. núm. 33.539), en «Recopilación de Doctrina Legal, 1964-1965», Madrid, 1969, pp. 53 y 54.

(40) Por ejemplo, orden de traslado a un funcionario fallecido. Concesión del aprovechamiento de las aguas de un río seco.

(41) Así, por ejemplo —supuesto del citado dictamen del Consejo de Estado—, «la concesión de una determinada antigüedad y colocación en el escalafón por delante de otro funcionario con superior antigüedad», pues son dos efectos de imposible aplicación al mismo tiempo.

licencia. Si no hay licencia, no existe obligación de pagar la tasa (42). Las normas no publicadas son de contenido imposible en virtud de su indeterminación, y por ello nulas de pleno derecho (43). No es así. La norma no publicada no existe por falta de un requisito de forma esencial (44). Pero que la jurisprudencia haya seguido este razonamiento para llegar a aquella conclusión demuestra que el contenido imposible origina algo distinto a la nulidad de pleno derecho (45).

c) *Los actos de la Administración que sean constitutivos de delito (art. 47.1, b) de la LP).*

El Ordenamiento jurídico penal es quizá la parte más sensible del Ordenamiento jurídico. Este procura con energía su máxima efectividad. La infracción de las normas penales será siempre muy grave infracción del Ordenamiento jurídico. El acto administrativo delic-

(42) La Sentencia de 19 de junio de 1979, Sala 4.ª, declara que «cuando, según sucede en este caso, las condiciones impuestas hacen sea inviable la licencia concedida o de imposible realización para el solicitante de la misma, entonces constituye un acto nulo por carecer de efectividad...»; «la imposibilidad de hacer uso de la misma al carecer de efectividad por estar condicionada a unos requisitos que no podían cumplirse por su solicitante dada la índole y finalidad de la proyectada edificación, todo lo que denota la procedencia de su anulación y consiguiente exigibilidad del pago de la tasa correspondiente, que sólo responde a la concesión de dicha licencia, pues al establecerse en la Ordenanza Reguladora de la Tasa que la obligación de contribuir nace por virtud de la concesión de la licencia, al faltar, en este caso, el presupuesto esencial de su devengo, que es la posibilidad de llevar a cabo la construcción del edificio proyectado, resulta que al tener que desistirse de la misma, debido a su imposible realización, ..., es obvio que no existe razón legal que autorice al citado Ayuntamiento a disponer la percepción de ninguna clase de tasa por virtud de tal servicio, ...»

(43) Las Sentencias de 30 de mayo y 20 de diciembre de 1979 declaran que unas Normas complementarias y subsidiarias del planeamiento, no publicadas con las adiciones que el Ministerio dice, en el acuerdo aprobatorio, haber introducido en la propuesta formulada por la COPLACO «afecta a la propia validez de aquel acto u Orden ministerial por ser en sí de contenido imposible en virtud de su indeterminación, y, por tanto, radicalmente nulo a tenor del artículo 47, apartado 1 b) de la LP».

(44) Puede verse, BOQUERA OLIVER, J. M.ª: *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31, de esta REVISTA, 1960, pp. 57 y ss.; BERMEJO VERA, J.: *La publicación de la norma jurídica*, IEA, Madrid, 1977.

(45) No faltan aplicaciones «originales» del artículo 47,1, b, de la LP. La Sentencia de 5 de julio de 1980 dice que existe «imposibilidad de acceder a la pretensión de los accionantes de este proceso, esto es, a que se les conceda licencia para construir en terrenos en parte afectados por la apertura de una nueva calle, ya que ello es imposible, porque sería sobreponer el interés particular sobre el público, lo cual sería motivo de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que lo infringiera, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47,1, b, de la Ley de Procedimiento Administrativo». Hubiera sido más sencillo y correcto desestimar la demanda porque no podía edificarse donde se pretendía, pues, según el Plan o las Normas Urbanísticas, el terreno no era solar.

tuoso, cualquiera quien sea su autor y su responsabilidad (46), será nulo de pleno derecho porque el legislador así lo ha establecido muy justificadamente.

d) *Los actos de la Administración dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello (art. 47.1, c) de la LP).*

Muchas veces las leyes y reglamentos imponen a la Administración pública la obligación de cumplir diversos trámites antes de adoptar sus decisiones. El conjunto de estos trámites se denomina procedimiento de preparación de los actos administrativos. El artículo 47.1, c) de la LP dispone que será nulo de pleno derecho el acto administrativo que se dicte prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente exigido para su preparación. Consecuentemente, la falta de un trámite o de varios trámites necesarios para su preparación sólo tendrá por consecuencia la anulabilidad del acto.

Para que se dé la nulidad prevista en el apartado c) del artículo 47.1 de la LP —dice la Sentencia de 11 de octubre de 1976— «es necesario “se prescinda total y absolutamente del procedimiento establecido para ello”, expresión pleonástica que sólo consiente la invalidez plena del acto, cuando concurra la carencia entera y completa de los trámites procesales (*sic*) señalados para su producción, con lo que tampoco basta a la configuración de la Ley cualquier defecto u omisión parciales de lo normado (sentencias, entre otras, de 7 de marzo de 1963, 3 de noviembre de 1964 y 9 de junio de 1976, etc.)» (47).

El precepto legal es tan claro y contundente que la jurisprudencia, para completar su significado, hace a veces esfuerzos extraordinarios. Es una buena prueba de ello la Sentencia de 4 de julio de 1980. Dice que para la nulidad de pleno derecho «únicamente deben tomarse en consideración «gravísimas infracciones legales» —Sentencia de 22 de febrero de 1963—, equivalentes a la llamada «vía de he-

(46) Este precepto, desde la perspectiva jurídico-penal, suscita la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(47) En la Sentencia de 19 de octubre de 1971, se dice que para la nulidad *in radice* «había de haberse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, debiendo ser clara, manifiesta y ostensible —Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1965, 31 de marzo de 1966 y 22 de abril de 1967, entre otras—, ...». En esta Sentencia se añade la condición de manifiesta como necesaria para la nulidad de pleno derecho por falta total del procedimiento. Aquella no es una exigencia legal para este supuesto. Las infracciones muy graves del Ordenamiento jurídico y son tipificaciones legales que, como muy bien dice la Jurisprudencia en múltiples ocasiones, deben interpretarse estrictamente. No cabe añadir nada a la caracterización legal.

cho», consistente en que la omisión del cauce procedimental sea «completa y categórica», lo que impide decretar la nulidad cuando la omisión sólo es parcial —Sentencia de 27 de diciembre de 1962—, al no poder soslayarse la esencial significación que en la redacción de la norma tienen las palabras «total y absolutamente» —Sentencia de 7 de marzo de 1963— (48).

e) *Los actos de la Administración dictados prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (art. 47.1, c) de la LP).*

Hemos redactado el epígrafe de este apartado de acuerdo con una de las posibles interpretaciones de la segunda parte del apartado 1, c), del artículo 47 de la LP: El acto del órgano colegiado será nulo de pleno derecho si se prescinde *total y absolutamente* de las reglas esenciales para la formación de su voluntad. Cabe otra interpretación: El acto del colegio será nulo de pleno derecho si se prescinde de alguna de las reglas esenciales para la formación de su voluntad. La esencialidad de la regla (calidad) y no la falta de cumplimiento de todas ellas (cantidad) sería —según esta interpretación— la razón de ser de la nulidad de pleno derecho del acto procedente de un órgano colegiado.

Resulta necesario averiguar cuál de estas dos interpretaciones es la correcta.

«Las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados» regulan e imponen un procedimiento para la formación de su voluntad. El artículo 47.1, c) de la LP emplea palabras diferentes para referirse al *procedimiento de preparación* de los actos procedentes de cualquier órgano y al *procedimiento de formación* de los actos de órganos colegiados. Se refiere siempre a procedimientos, aunque primero habla de prescindir de procedimientos y después de normas, pero lo mismo significa prescindir del procedimiento que de las normas que regulan el procedimiento. La diferente redacción en uno y otro caso quizá se deba al propósito de manifestar que el denominado *procedimiento de formación* de la voluntad es de naturaleza diferente al *procedimiento de prepa-*

(48) La falta total de procedimiento de preparación no es ni equivale a la «vía de hecho». Esta es una actuación material sin acto jurídico que le sirva de fundamento.

ración de la decisión. Con aquél se elabora la voluntad, elemento esencial del acto administrativo, lo que no ocurre con el segundo. La voluntad no se forma si se prescinde de una regla esencial para su formación o se forma defectuosamente, mientras que la voluntad existe aunque no se la ilustre o prepare como el Derecho quiere. En realidad, el denominado procedimiento de preparación de la voluntad es un procedimiento de preparación de la inteligencia, pues es su finalidad primordial aportar elementos de juicio a quien debe decidir, pero en el Derecho se tiene tendencia a referirlo todo a la voluntad.

El procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados lo integran los trámites siguientes: *convocatoria* del colegio; *orden del día* o relación de asuntos sobre los que debe decidir el colegio; *constitución* del colegio (49); *votación* de los miembros del colegio, y *proclamación del resultado de la votación* del colegio (50).

Algunas leyes declaran que la falta de alguno de dichos trámites es causa de nulidad del acuerdo adoptado (51).

La jurisprudencia suele entender que la falta de alguno de los trámites esenciales del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados origina la nulidad absoluta de sus acuerdos. La falta de la convocatoria del órgano colegiado, o del orden del día, o el defecto en la constitución del órgano o en la votación entiende que no son vicios del procedimiento, sino de la voluntad. Esto tiene su lógica, porque aunque el mismo apartado del artículo 47.1 de la LP estableciera las mismas consecuencias para la *falta total y absoluta del procedimiento de preparación de la decisión administrativa* y para la *falta total y absoluta del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados*, éste es distinto de aquél. El segundo es más que un procedimiento en el sentido estricto del término; es la manera de integrar voluntades individuales en una voluntad común que será el componente psíquico del acuerdo del colegio. La voluntad

(49) En algún caso la Ley exige también que el colegio se reúna en lugar *ad hoc* (véase artículo 295 de la LRL).

(50) Artículo 9.º y ss., de la LP; artículo 96 y ss., de la Ley General Tributaria; artículo 292 y ss., de la Ley de Régimen Local y Ley 40/81, de 28 de octubre, sobre Régimen jurídico de las Corporaciones locales.

(51) «Serán nulos los acuerdos adoptados en las sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en la convocatoria, así como los que se adopten en sesión ordinaria sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por la Corporación con el voto favorable de la mayoría de los miembros que la formen» (art. 297 de la LRL). Véanse Sentencias de 21 de mayo de 1932, 30 de mayo de 1960, 21 de febrero de 1961.

incorrectamente formada no es la voluntad que el Derecho quiere para el acuerdo adoptado. La voluntad del acuerdo es otra. Por ejemplo, la falta de convocatoria en la forma debida puede ser el medio de evitar la presencia de algún miembro del colegio cuya voluntad no se quiere concurra a formar la del colegio; la falta de orden del día impedirá que algunos miembros del colegio tengan la debida información y puedan reflexionar suficientemente sobre lo que se somete a votación; la falta de *quorum* significa que la voluntad que aparece como la del órgano colegiado no reúne el número de voluntades individuales que la Ley quiere para que quélla exista. La voluntad colegial a la que le falten las voluntades que deben integrarla será quizá una apariencia de voluntad. Si es una apariencia de voluntad, el acto no existirá, aunque la Ley de Procedimiento dispone que sea considerada nula de pleno derecho.

El apartado c) del artículo 47.1 de la LP declara que el defecto en la formación de la voluntad del órgano colegiado es causa de nulidad de pleno derecho de lo acordado, pero alguna otra ley contiene criterios diferentes que vamos a estudiar.

La Ley 40/81, de 28 de octubre, que aprueba determinadas medidas sobre régimen jurídico de las Corporaciones locales, dispone en su artículo 1.1, que «el *quórum* para la *válida* celebración de las sesiones» de los órganos colegiados superiores de aquellos «será el de...»; sus artículos 2.1 y 3.1-2, fijan el número de votos que en cada uno de los casos que establecen debe alcanzarse para la adopción de los acuerdos. El citado artículo 2.1, dice que «los acuerdos ... se *adoptarán* por mayoría simple ...», y el 3 enumera los *quorums* especiales necesarios «para la *validez* de los acuerdos que se adopten». En ellos se emplea repetidamente el término *validez* que, como sabemos, unas veces significa «existencia» y, otras veces, eficacia (52). La falta del número legalmente exigido de asistentes para celebrar sesión o de votos para la adopción de acuerdos ¿hace a éstos inexistentes o ineficaces? Caso de ser ineficaces, ¿ineficacia máxima, que convierte al acto en nulo de pleno derecho, o ineficacia relativa que lo hace anulable? Si para adoptar un acuerdo debe reunirse un número determinado de personas y este número no llega a alcanzarse faltará la voluntad legalmente requerida para que exista acto. Lo que resulte acordado en la sesión inválidamente constituida sólo será una apa-

(52) Puede verse BOQUERA: *Estudios sobre el acto administrativo*, cit., p. 84.

riencia de acuerdo. Los acuerdos serán inválidos o inexistentes (53). Lo mismo ocurrirá cuando falten los votos necesarios para alcanzar el *quorum* requerido por la ley. La falta de *quorum* no es prescindir total y absolutamente de todos los trámites del procedimiento de formación de la voluntad, ni de las reglas que lo regulan, sino que constituye falta de la voluntad necesaria para que exista el acto (54).

B) *Causas de nulidad de pleno derecho de las disposiciones*

La LP establece, en su artículo 47.2, en relación con los artículos 26 y 27 de la LRJAE, que la disposición administrativa contraria a las leyes es nula de pleno derecho. El artículo 26, en su segunda parte, y el artículo 27 de la LRJAE sólo contienen precisiones a la regla general de la parte primera del artículo 26. Este precepto dice que

(53) La Sentencia de 15 de noviembre de 1965, Sala 5.^a, refiriéndose a los acuerdos de un Jurado Provincial de Expropiación, constituido por un número de personas superior al legalmente exigido, dice que «los organismos públicos para su buen funcionamiento deben tener los componentes precisos y legales, y en el caso del Jurado... sus decisiones se adoptan por mayoría de votos, y claro está que si el Jurado se constituye con más o menos miembros de los que ordena la Ley, la mayoría se formará también ilegalmente... Las resoluciones del Jurado tan ilegalmente constituido son *nulas de pleno derecho*, conforme al artículo 47, párrafo c), de la Ley de Procedimiento Administrativo». Esta Sentencia aplica el apartado c) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo a la indebida constitución de un órgano. Ya hemos dicho que los jueces suelen buscar un amparo legal a las soluciones que adoptan en esta materia.

(54) La Sentencia de 31 de octubre de 1940 —dictada en una época en la que todavía no se habían depurado los términos que hoy empleamos—, dice que al adoptar un acuerdo sin haberse alcanzado «el *quórum* de los dos tercios preciso y requerido para su eficacia y validez» «aquél ... adolece de un defecto sustancial determinante de una nulidad que procede declarar...». La Sentencia de 5 de mayo de 1945 manifiesta que el participar en la adopción del acuerdo menos concejales de los que la Ley exige constituye una «trascendental infracción». La Sentencia de 21 de marzo de 1950, por el mismo motivo, declara que «manifiesto se muestra el vicio de nulidad en que se incidió con la invalidez de lo realizado». Recientemente, la Sentencia de 2 de julio de 1976, por faltar el *quórum* especial en el acuerdo de aprobación provisional de un Plan de Urbanismo (requerido cuando existe incremento de volumen, oposición cualificada, régimen especial de dispensa o de protección de zonas verdes), dice: «Se invoca la transgresión de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados» (art. 47.1, c), de la Ley de Procedimiento Administrativo) «y dentro de estas reglas esenciales se comprende la referencia al *quórum* para la adopción de acuerdos de los órganos colegiados, ...».

El artículo 47.1, c, de la LP se refiere a la falta total y absoluta de cumplimiento de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados y no sólo a la transgresión de dichas normas. La citada Sentencia de 2 de julio de 1976 acude al artículo 47.1, c, de la Ley de Procedimiento Administrativo y establece, después de una interpretación que se separa de la letra de aquel precepto, que la falta del *quórum* señalado por la Ley para la adopción del acuerdo es causa de nulidad de pleno derecho del mismo. Pienso que ocurre esto, como ya se ha dicho, porque no existen normas sobre la invalidez o inexistencia de los actos administrativos.

«la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes». Normas constitucionales o legales reservan las materias que estiman pertinentes a la exclusiva competencia de las Cortes. La imposición de penas y exacciones son materias reservadas a la Ley (arts. 25.1 y 31.1 de la Constitución). La prohibición del artículo 27 de la LRJAE a las disposiciones administrativas de que impongan penas y exacciones, salvo autorización legislativa, ahora sólo especifica la regla constitucional.

Las causas de nulidad de pleno derecho deben interpretarse restrictivamente, por lo que la disposición que sólo indirectamente infringe las leyes (disposición que se acomoda a otra disposición de superior jerarquía contraria a la ley) no es nula de pleno derecho.

Pero la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho no permite concluir que la disposición administrativa contraria a una costumbre o a un principio general de Derecho no es nula de pleno derecho, pues, como después podremos apreciar, existe la misma razón para la nulidad de la disposición contraria a la ley que para la disposición contraria a la costumbre o a los principios generales del Derecho.

La resolución administrativa contraria a las leyes es anulable, y la disposición administrativa contraria a las leyes es nula de pleno derecho. Sorprende inicialmente el trato radicalmente diferente de una y otra manifestación del poder administrativo. Pero se debe a que la resolución ilegal constituye una sola desobediencia a lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico, mientras que la disposición de contenido ilegal, al situarse entre las leyes y la realidad, y las resoluciones acomodarse a la disposición, impide que sea la voluntad del legislador la que impere en la vida social, y ésta es sustituida por la voluntad de la Administración. El legislador no lo tolera. Y para evitarlo manda que las disposiciones de contenido ilegal se hagan desaparecer *ab initio, ex tunc, in radice*. De este modo, la Constitución y las leyes ni siquiera temporalmente son burladas por las disposiciones de la Administración (55).

(55) La Jurisprudencia, en alguna ocasión, incluso dice que la disposición no puede contradecir a la Ley porque aquélla existe por ésta y para ésta. «... las Ordenanzas Fiscales en cuanto se opusieron, contradiciendo o vulnerando las leyes, carecen de viabilidad o aplicabilidad, habiéndose de estar, en tales supuestos, a lo que expresamente se dispusiera en las Leyes, a las que aquéllas deben su razón de existencia, ...» (Sentencia de 24 de junio de 1968).

La redacción de los preceptos legales en vigor nos procura la impresión de que todas las disposiciones ilegales, cualquiera cual sea el vicio de ilegalidad, son nulas de pleno derecho. Pero la jurisprudencia, teniendo en cuenta la razón del diferente tratamiento legislativo de la ilegalidad del acto singular y del acto general o disposiciones, ha llegado a la conclusión de que la disposición ilegal no siempre es nula de pleno derecho (56). Unas veces la contradicción de la disposición con la Ley origina su nulidad; otras veces, su anulabilidad y, en algunos casos, su irregularidad. Ello depende del elemento constitutivo de la disposición que contradice a la ley y del carácter de esta contradicción. Resulta necesario, pues, averiguar si el vicio de ilegalidad radica en la causa, en el procedimiento de elaboración, en la voluntad, en la forma de manifestación, en el contenido o en el fin de la disposición.

La Sentencia de 26 de diciembre de 1961 entiende que en las disposiciones (como en los actos) deben distinguirse los vicios de carácter formal y los vicios de carácter material; los primeros se producen en relación con la «legalidad extrínseca», y los segundos, con

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (*Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, núm. 29, de esta REVISTA, mayo-agosto de 1959, pp. 167 y ss.), defiende la tesis de que «la sanción de la ilegalidad de un reglamento es siempre la nulidad de pleno derecho», «en tanto que la regla de las ilegalidades de los actos generales en cuanto actos administrativos es normalmente la simple anulabilidad, diferencia de régimen que puede justificarse cómodamente en que en el primer caso se defiende la forma de constitución del Ordenamiento y la pureza de éste; en tanto que en el segundo se intenta proteger la seguridad de las relaciones concretas —sea su ámbito subjetivo, más o menos extenso— constituidas». «... en nuestro Derecho, ... —dice el autor citado, *op. cit.*, nota 26— el Reglamento o es válido o es nulo de pleno derecho, pero nunca anulable.» Manifiesta el mismo parecer GÓMEZ-FERRER, R. (*Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», número 14, 1977, p. 388), por estimar «que nada autoriza a suponer que el legislador identifica la disposición general con su contenido, prescindiendo de los demás elementos que la constituyen. La disposición general es un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos (*competencia, procedimiento, fin, contenido, forma, etc.*); por ello la disposición general es contraria a la Ley —y por ende nula de pleno derecho— cuando la vulnera cualquiera de tales elementos; ...». También considera este autor que lo que «está aquí en juego es la recta formación del Ordenamiento, problema que es en realidad de teoría general del Derecho, aunque se estudie en el Derecho Administrativo» (*op. cit.*, p. 389, nota 6), y que la disposición general «constituye una categoría distinta de la del acto administrativo» (*op. cit.*, p. 390, nota 10).

GÓMEZ-FERRER insiste, para defender su tesis, en la «concepción unitaria» de la disposición general, pero la «concepción unitaria» no sólo es propia de la disposición general. También la concepción del acto administrativo singular es unitaria, lo que no impide distinguir sus elementos y apreciar consecuencias diferentes de los vicios en cada uno de ellos. Elementos diferentes tienen todos los actos jurídicos y se dan consecuencias distintas para los vicios de cada uno de ellos.

respecto a la «legalidad intrínseca»; los vicios formales originan la «invalidez formal» de la disposición, y los materiales, su «invalidez material». Vicios formales («ajenos al contenido material de los actos») serían la infracción de los artículos 129, 130 y 131 de la Ley de Procedimiento (reguladores del «procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general»), y vicios del contenido material, la infracción de los artículos 23, 26, 27 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En consecuencia, dicha Sentencia declara que «como a tenor de los artículos 47, c), y 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo son nulos de pleno derecho los actos de la Administración dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...» y «...en el caso de autos...» «resulta patente que en lo que atañe al mencionado Decreto y Orden ministerial complementaria, la Administración prescindió por completo del procedimiento legalmente establecido para su elaboración, dejando incursas a tales disposiciones generales en el motivo de nulidad formal que enuncia el apartado c) del artículo 47 de la Ley de 17 de julio de 1958...».

La Sentencia de 27 de diciembre de 1962 precisó que el defecto de procedimiento en una disposición de carácter produce la nulidad de pleno derecho cuando «la omisión del cauce procedimental sea completa y categórica, como aconteció en el caso resulto por la Sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1961, no pudiendo decretarse la nulidad cuando aquélla tenga carácter parcial». Completó, pues, el criterio de la Sentencia de 26 de diciembre de 1961.

Como se habrá apreciado, las Sentencias recordadas aplican a los vicios en el procedimiento de las disposiciones generales las mismas reglas que los artículos 47.1, c), y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo establecen para los actos administrativos singulares con vicios de procedimiento. Nulidad de pleno derecho o anulabilidad según sea aplicable el primero o el segundo de dichos preceptos (57). Es decir, no consideran que todo vicio de forma en una disposición administrativa origina su nulidad de pleno derecho, como parece desprenderse del artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Ad-

(57) El Consejo de Estado, en su dictamen de 4 de junio de 1964, Exp. número 32.674 (Recopilación de doctrina legal, 1963-64, Madrid, 1969, pp. 55 y 57) mantuvo el mismo criterio que el Tribunal Supremo, pues entendió que la falta de un trámite preceptivo del procedimiento de elaboración de un Reglamento no constituía una nulidad de pleno derecho, sino que era «una infracción del ordenamiento jurídico, que, según el artículo 48, hace anulables los preceptos del Reglamento...».

ministrativo. Cuando se trate de vicios en el procedimiento de preparación debe distinguirse para las disposiciones, al igual que para los actos, entre la falta total del procedimiento, lo que origina su nulidad de pleno derecho (art. 47.1, c), de la Ley de Procedimiento), la falta de trámites esenciales, que sólo provoca su anulabilidad (artículo 48.2 de la misma Ley), y los vicios no esenciales de tramitación, que únicamente originan irregularidades (58). Esta doctrina volvió a repetirla la Sentencia de 14 de febrero de 1968.

Las Sentencias de 14 de noviembre de 1972 (Sala 4.ª) y de 28 de mayo de 1974 (Sala 3.ª) aplican la misma distinción al vicio de incompetencia de las disposiciones, pues consideran nulas de pleno derecho las disposiciones dictadas por órgano manifiestamente incompetente en virtud de lo dispuesto por el artículo 47.1, a), de la Ley de Procedimiento.

La distinción formulada por la Sentencia de 26 de diciembre de 1961 entre vicios formales y vicios propios del contenido material de las disposiciones administrativas y las precisiones de las otras sentencias citadas, permite pensar que lo dispuesto en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento sólo es aplicable a los reglamentos cuyo contenido es ilegal. Cuando al contenido de una disposición es contrario a la ley, la disposición es nula de pleno derecho. Cuando infringen la Ley los restantes elementos de la disposición, debe distinguirse entre vicios que originen su nulidad de pleno derecho y vicios origen de su anulabilidad de la misma forma que ocurre con los vicios de los actos administrativos singulares.

La Sentencia de 17 de julio de 1974 dice que «la tesis de la sanción extrema de la nulidad absoluta en todo caso de vicio de procedimiento, además de no justificarse textualmente en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico y 47.2, de la Ley de Procedimiento Administrativo (o en el fundamental del artículo 41 de la Ley Orgánica) y no ser inferible por la vía de lo implícito de lo que dicen estos preceptos o del régimen procesal de la acción de impugnación de las disposiciones generales, supone un tratamiento igualitario de toda infracción, tratamiento que rompe con la proporcio-

(58) La Sentencia de 28 de septiembre de 1973, Sala 3.ª, analiza vicios de una disposición que por no producir indefensión para el administrado (ausencia de tabla de vigencias y no respeto de plazos de tramitación) o no ser esenciales, no los considera causa de anulabilidad, sino meras irregularidades.

nalidad entre la vulneración y la sanción legal, e introduce en el sistema de defensa del orden jurídico una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente; pues la trascendencia de las vulneraciones de procedimiento ya desde la leve constitutiva de mera irregularidad hasta los extremos de omisión sustancial del procedimiento, con situaciones intermedias variadas, que justifican un distinto tratamiento de los vicios de forma atendiendo a las técnicas generalizadas de *la irregularidad, la anulabilidad y la nulidad absoluta*, que parten de la distinción, por lo que respecta a las causas generadoras de ineficacia, entre las omisiones totales de los trámites del procedimiento o de los que, por su relevancia, la omisión se identifica con la ausencia del procedimiento establecido, constitutiva de nulidad plena, y las vulneraciones que se traducen en la falta de requisitos formales, indispensables para el logro del fin de la disposición, graduación de ineficacia que es la recogida en los artículos 47.1, c), y 48.2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, *con soluciones extensivas al tratamiento de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales*.

La misma Sentencia, después de advertir «que la tesis de la nulidad de pleno derecho no tiene en la literalidad del artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado y en los artículos 28 de la Ley de Régimen Jurídico y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo una previa justificación», dice que *«la prevalencia de la Ley no consiente que frente a ella subsistan disposiciones de jerarquía inferior que entrañen una desobediencia al mandato contenido en una norma superior; y a esta sanción rigurosa de la nulidad absoluta deberá acudir a la hora de enjuiciar disposiciones que en su contenido normativo son contrarias a las leyes o que significan, por lo que es materia objeto de su regulación, una invasión de atribuciones legislativas; y no justifica la invocación de aquellos preceptos, para asentar en su literalidad la tesis de la nulidad absoluta, el que se sostenga que la disposición viciosamente elaborada infringe la Ley que disciplina el procedimiento, y por esto es contraria a la Ley (art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico) e incurso en la sanción extrema de la nulidad plena (art. 28), pues la oposición que contempla aquel precepto se refiere al plano de los contenidos normativos para negar tal virtualidad a la disposición contraria a la Ley, y, en definitiva, asegurar el pleno imperio de esta norma, rechazando todo*

intento perturbador que proceda de un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, *más no aplicar en todo caso de quebrantamiento, en alguna medida, del "modus procedendi" en la elaboración de disposiciones generales, la grave sanción de la nulidad plena*» (59).

Las precisiones y aclaraciones jurisprudenciales que acabamos de recordar permiten concluir que el legislador quiere que la disposición sea nula de pleno derecho cuando su *contenido* es ilegal y que, cuando sus restantes elementos contradicen las leyes, se aplique lo dispuesto por los artículos 48 y 47.1 de la LP para los vicios de las resoluciones a los vicios de la disposición y conforme a ellos se decida si es anulable o nula de pleno derecho. Las disposiciones y las resoluciones, por lo que al régimen de sus ilegalidades se refiere, se distinguen únicamente por la diferente consecuencia de los vicios de su contenido. El acto singular de contenido ilegal es anulable —salvo los supuestos del artículo 47.1, b), de la LP—, mientras que el acto general de contenido ilegal es siempre nulo de pleno derecho.

La disposición ilegal no será siempre nula de pleno derecho. Unas veces será anulable y, otras veces, nula de pleno derecho.

C) *Las consecuencias de la declaración de nulidad de las disposiciones sobre las resoluciones que las aplican*

Existen disposiciones que deben «ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual» (art. 39.3 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa), y disposiciones cuyos efectos llegan a los administrados por medio de «actos de aplicación individual» (art. 39.4 de la LJCA).

La declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones que deben ser cumplidas por los administrados sin previo acto de requerimiento o sujeción individual hará desaparecer *ex tunc* sus consecuencias. La misma declaración con respecto a la disposición que necesita de actos de aplicación individual para que sus efectos lleguen a los administrados plantea el problema de si al desaparecer *ex tunc* la disposición desaparecen también o no desaparecen los actos dictados en su aplicación. Lógico parece pensar que una elimi-

(59) En el mismo sentido, las Sentencias de 17 de enero y 23 de mayo de 1977, recogidas por GÓMEZ-FERRER en su trabajo antes citado, p. 389, y la de 12 de diciembre de 1978.

nación *in radice* de la disposición tendrá por consecuencia la desaparición de los actos que la aplican individualmente, pues será el único modo de eliminar de la vida jurídica todos sus efectos. Los «actos de aplicación individual» de la disposición son el medio por el que los efectos de aquélla llegan a la realidad, y éstos perdurarían después de declarada nula aquélla, si le sobrevivieran los actos de aplicación. Sin embargo, el artículo 120.1 de la LP dice 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».

Algunos han interpretado el precepto citado en el sentido de que declara o establece la subsistencia de los actos firmes dictados al amparo de una disposición declarada nula de pleno derecho. No creemos que sea así. La interpretación correcta de dicho precepto requiere el análisis de algunas cuestiones que suscita su redacción.

En primer lugar, el artículo 120.1 de la LP emplea el término «derogación» desafortunadamente. Las normas se derogan cuando su autor, por cualquier motivo, las extingue, sustituyéndolas o no por otras. Si la norma se extingue como consecuencia de la estimación de un recurso contra ella interpuesto, el recurso puede haberlo estimado el autor de la norma (recurso de reposición) o quien no fue su autor (recurso de alzada y recursos jurisdiccionales). Esto último será lo más frecuente. De otro lado, la derogación no requiere la exteriorización de un previo juicio sobre la legalidad o la oportunidad de la norma. Para la estimación de un recurso contra la misma es condición *sine qua non* un previo juicio exteriorizado sobre su legalidad. La norma puede ser derogada porque su autor la considere ilegal, inconveniente, mejorable, o por cualquier otra razón, pero ni es necesario expresar el motivo de la derogación, ni éste influye en las consecuencias de la derogación, que siempre son las mismas. En cambio, la estimación de un recurso se debe siempre a un motivo de ilegalidad, y sus consecuencias son diferentes según la ilegalidad sea grave o muy grave (anulabilidad o nulidad de pleno derecho).

En segundo lugar, el artículo 120.1 de la LP se limita a declarar que la resolución que estima un recurso contra una disposición la extingue o la modifica, sin que ello implique la desaparición de los actos firmes dictados en aplicación de la misma. No afirma que

estos subsisten. Podrán subsistir o no subsistir. Sobre lo que les ocurre a los actos de aplicación de la disposición extinta o modificada no se pronuncia la Ley. Esta dice que aquéllos pueden subsistir, pero no manifiesta en qué casos, ni por qué. Creemos que así lo expresa la fórmula «sin perjuicio» que emplea dicho precepto. Estamos, pues, ante la necesidad de una interpretación lógica del artículo 120 de la LP y no ante un criterio legal, necesitado a lo sumo de interpretación literal.

Para descubrir el significado de dicho artículo y aplicarlo correctamente, debe tenerse presente que la estimación del recurso interpuesto contra una disposición con un vicio de anulabilidad extinguirá sus efectos *ex nunc* (lo mismo que su derogación) (60) y la

(60) La Jurisprudencia ha dicho repetidamente que la derogación de una disposición o reglamento, sea por motivos de ilegalidad o de oportunidad, tiene efectos *ex nunc* y no *ex tunc*. La Sentencia de 26 de enero de 1980, Sala 4.^a, dice que el principio de «la irretroactividad de las normas jurídicas, declarado en el artículo 2.º del Código civil y desarrollado en sus Disposiciones Transitorias, impone el mantenimiento y defensa de los derechos adquiridos al amparo del Reglamento derogado por el acuerdo recurrido, y si bien es cierto que, en puridad de doctrina, sólo puede hablarse de irretroactividad cuando se somete a la nueva situación normativa hechos pertenecientes definitivamente al pasado, y, por tanto, no existe aplicación retroactiva cuando se sujeten a la norma nueva los hechos todavía subsistentes en el tiempo, no es menos cierto que tal doctrina encuentra su limitación en los referidos derechos adquiridos, cuyos efectos *ulteriores deben también respetarse* tal y como se infiere de dichas Disposiciones Transitorias, a no ser que la norma derogatoria tenga por objeto condenar situaciones incompatibles con sus fines morales y sociales o perseguir y eliminar anteriores fraudes, lo cual no puede, en modo alguno, predicarse de la concesión de un beneficio fiscal que no se debe a razones de mera liberalidad municipal, sino que ha sido otorgado para fomentar y dirigir la actividad de los administrados en una dirección favorable a los intereses generales y en compensación a la cual el Ayuntamiento procedió a su concesión por un acto administrativo singular firme y consentido cuya fuerza vinculante para el Ayuntamiento que lo dictó no puede lícitamente desconocer de manera inmediata y directa con la privación indebida, sin indemnización, del derecho legítimamente adquirido bajo la vigencia del Reglamento derogado, pues ello, además de ser contrario a la expresada doctrina, es asimismo incompatible, dados los presupuestos de su concesión, con la buena fe y moralidad que debe presidir todo actuar administrativo».

La Sentencia de 4 de febrero de 1980, Sala 4.^a, manifiesta que «las facultades derogatorias municipales, ..., deben entenderse sin perjuicio de los derechos singulares que hayan sido adquiridos durante la vigencia del Reglamento que se deroga mediante concesión otorgada de manera firme y definitiva por actos municipales válidamente dictados, pues así lo impone el principio de irretroactividad declarado en el artículo 2.º del Código civil y desarrollado en sus disposiciones transitorias, que impide conceder a la norma derogatoria eficacia desconocedora de los aludidos derechos adquiridos, siempre que éstos no sean incompatibles con los fines morales y sociales de la nueva situación creada por la indicada norma derogatoria, lo cual no puede en modo alguno predicarse de la concesión de un beneficio fiscal otorgado para fomentar y dirigir la actividad de los administrados en una dirección favorable a los intereses generales, y, en virtud de tal doctrina, deben mantenerse los efectos ulteriores de los beneficios

estimación del recurso por padecer aquélla un vicio de nulidad tendrá lógicamente una consecuencia diferente. La declaración de nulidad de pleno derecho implica, por esencia, la desaparición *ex tunc* de los efectos jurídicos, procedan éstos de una resolución o de una disposición. Si la disposición desapareciera *ab initio*, pero subsistieran los actos individuales dictados para su aplicación, no desaparecerían de la vida jurídica todos sus efectos *ex tunc*. Si no se llega a esta conclusión no existe para las disposiciones diferencia entre declararlas anulables o nulas de pleno derecho.

La declaración de que una disposición es nula de pleno derecho —salvo en los supuestos de revisión de oficio, que tiene un procedimiento especial (61)— sólo puede hacerse como consecuencia de la estimación de un recurso. Nunca al derogarla (62). Si al derogarla se manifiesta que la disposición se extingue, o se la sustituye, porque se la considera contraria en su contenido a las leyes, o por

concedidos por el Ayuntamiento de Logroño, durante la vigencia del Reglamento derogado de 5 de marzo de 1956, a la empresa recurrente «T. y B., S. A.», según se dispuso en el acuerdo de dicho Ayuntamiento de 26 de febrero de 1965, careciendo de valor frente a esta declaración de subsistencia de los mencionados derechos adquiridos el argumento de que el Reglamento derogado *adolecía de nulidad radical por ser ilegal al ser contrario a los artículos 719, a), de la Ley de Régimen Local y 180.2 del Reglamento de Haciendas Locales, toda vez que la derogación de una disposición de carácter general fundada en causa de ilegalidad no lleva la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en aplicación de aquélla, salvo que dichos actos incidan en tal clase de nulidad por concurrir en ellos alguno de los supuestos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que en otro caso la desaparición de la disposición que ampara jurídicamente a los indicados actos convierte a éstos en meramente anulables y, por tanto, susceptibles de revisión mediante el ejercicio con éxito de la correspondiente acción de lesividad, y, mientras éste no se produzca, los citados actos de aplicación producirán todos los efectos que, según sus términos, les corresponden, de conformidad con la eficacia «ex nunc» que, por regla general aplicable al caso de autos, es propia de la pérdida de eficacia o vigencia de las normas jurídicas, según reconoce y declara, aunque sea a otro nivel distinto, pero regulador de análogos problema, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.»*

La Sentencia de 18 de febrero de 1980 coincide plenamente con las dos anteriormente citadas y sintetiza su contenido. En igual sentido se manifiesta la Sentencia de 21 de abril de 1980.

(61) Véase PÉREZ OLEA, M.: *Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas*, núm. 34, de esta Revista, 1981, pp. 311 y ss. Nunca se ha dudado de que el término «actos» del artículo 109 de la LP comprende a los actos singulares y a las disposiciones y, por tanto, de la posibilidad de revisar de oficio a las resoluciones y a las disposiciones.

(62) Para privar de vigencia a una disposición sin sustituirla por otra, si aquélla no se considera necesaria por haber cumplido los objetivos para los que fue adoptada, no es necesario —dice la Sentencia de 4 de febrero de 1980, Sala 4.ª— cumplir las formalidades propias de la revisión administrativa, sino únicamente es necesario el cumplimiento de las condiciones de competencia y forma que previene el régimen jurídico general del actuar administrativo.

cualquier otro vicio que le ocasione la nulidad de pleno derecho, la consecuencia para sus efectos será la propia de la derogación (equivalente a la de la anulabilidad) y no la que deriva de la declaración de nulidad de pleno derecho (63).

Evidentemente, el acto de aplicación de una disposición nula de pleno derecho no es por esto nulo de pleno derecho. Las resoluciones administrativas sólo son nulas por las causas expresamente señaladas por las leyes. Estas no dicen que la nulidad de la disposición se transmite a la resolución que la aplica. Pero de la anterior afirmación, que el acto no es nulo por aplicar una disposición nula, no puede obtenerse la conclusión de que subsisten los actos firmes dictados en aplicación de aquélla (64). La desaparición de los actos de aplicación puede ser, y es, una consecuencia necesaria de la nulidad *in radice* de la disposición que aplican.

El acto de aplicación de la disposición crea o declara consecuencias jurídicas para que el mandato general de aquélla tenga efectividad. «La aplicación» establece un vínculo evidente entre la disposición y la resolución (cualquiera cual sea la diferencia o la coincidencia de naturaleza que exista entre una y otra) con independencia de que la resolución aplique sólo la disposición o también, indirectamente, elementos del bloque de la legalidad.

La firmeza sólo significa que ya no se admiten pruebas contra la presunción de legalidad del acto; no proporciona al acto ningún valor jurídico especial, ni siquiera sana sus posibles vicios. La firmeza de los actos de aplicación no puede ser la causa u origen de su subsistencia pese a la declaración de la nulidad de la disposición que aplican.

La declaración del artículo 120 de la LP es exacta, pero lo es porque las disposiciones contrarias a las leyes pueden ser nulas de pleno derecho o anulables. Si se estima el recurso interpuesto contra ellas por estar viciadas de nulidad, desaparecerán los actos dictados

(63) Creemos que la Sentencia de 4 de febrero de 1980, Sala 4.ª, recogida en la nota 60, no diferencia suficientemente las figuras de la derogación, anulación y nulidad de pleno derecho. Se refiere a la derogación «fundada en causa de ilegalidad». El fundamento de la derogación, como ya hemos dicho, nos parece irrelevante tanto para la disposición como para los actos dictados en aplicación de aquélla. No nos parece que la desaparición de la disposición que ampara jurídicamente a los indicados actos —aunque aquélla tenga su razón de ser en la derogación fundada en causa de ilegalidad— convierta a éstos en anulables. Si los actos de aplicación de la disposición son anulables o nulos, será por causa diferente e independiente de la suerte que haya corrido la disposición derogada.

(64) Véase, en contra, GÓMEZ-FERRER, *op. cit.*, p. 394.

para su aplicación, sean firmes o no, por así exigirlo la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad; mientras que si se estima el recurso por ser la disposición anulable —lo que implicará su derogación o reforma con efectos *ex nunc*— subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de la misma. Subsistirán y no podrán ser impugnados, por ser firmes. Los actos no firmes subsistirán aunque haya sido anulada la disposición, pero lógicamente podrán ser impugnados. El artículo 120 de la LP se refiere a la estimación de recursos que tengan por consecuencia la «derogación o reforma» de la disposición y no dice nada con respecto a los recursos que declaren a la disposición nula de pleno derecho.

IV. ACTOS IRREGULARES

El acto que se opone levemente al Ordenamiento jurídico produce todas sus consecuencias jurídicas, pues aquél estima que las infracciones leves no deben repercutir sobre la eficacia del acto. Así se desprende del artículo 48.2 de la LP. «El defecto de forma —dice— 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.» Por consiguiente, el defecto de forma (vicio en el procedimiento y en el modo de manifestación de la voluntad), cuando no impide al acto alcanzar su fin o no da lugar a la indefensión de los interesados, no origina su anulabilidad. La irregularidad no repercute, pues, sobre la eficacia del acto, aunque puede generar responsabilidad para quien cometió el vicio de forma.

También constituye una irregularidad adoptar las decisiones transcurrido el plazo legalmente establecido para ello, a no ser que la naturaleza del término o plazo impusiera su anulación (arts. 49, 61 y 94.3 de la LP).

