

LA NULIDAD DE NORMAS POR VICIOS PROCEDIMENTALES. LA NECESIDAD DE NUEVOS PLANTEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVOS

JOAQUÍN TORNOS MAS
Universitat de Barcelona

Cómo citar/Citation

Tornos Mas, J. (2019).

La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos.

Revista de Administración Pública, 210, 123-136.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.05>

Resumen

El presente trabajo contiene una serie de reflexiones críticas sobre la interpretación jurisprudencial de los efectos de los vicios formales en la aprobación de normas reglamentarias. Estas reflexiones tienen como base el contenido de las cuatro ponencias que se publican en este mismo número de la revista de Administración Pública. Junto al estudio de la teoría de las nulidades aplicado al procedimiento de elaboración de normas, se incluyen una serie de propuestas para impulsar un cambio jurisprudencial y una reforma legislativa con la finalidad principal de evitar las graves consecuencias prácticas que está provocando la vigente jurisprudencia en el tratamiento de esta cuestión.

Palabras clave

Anulabilidad; nulidad de pleno derecho; nulidad de planes urbanísticos; nulidad de normas; vicio de procedimiento.

Abstract

This paper contains a series of critical reflections on the jurisprudential interpretation of the effects of formal vices in the approval of regulatory norms. These reflections are based on the content of the four papers published in this same issue of the Public Administration magazine. Along with the study of the theory of nullities applied to the procedure of elaboration of rules, a series of proposals are included to promote a jurisprudential change and a legislative reform with the main purpose of avoiding the serious practical consequences that the current jurisprudence is causing in the Treatment of this issue.

Keywords

Voidability; Nullity of right; Nullity of urban plans; Nullity of rules; Vice of procedure.

SUMARIO

I. LA NULIDAD DE NORMAS POR VICIOS DE FORMA. TENEMOS UN PROBLEMA. II. EL VALOR DE LA FORMA EN LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL. III. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO. ¿COMPORTAN EN TODO CASO LA NULIDAD RADICAL DE LA NORMA? IV. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN PARA DECLARAR LA NULIDAD: RECURSO DIRECTO, RECURSO INDIRECTO Y VICIOS FORMALES. V. ¿QUIÉN PUEDE MODULAR LOS EFECTOS DEL VICIO PROCEDIMENTAL? VI. CONCLUSIÓN.

I. LA NULIDAD DE NORMAS POR VICIOS DE FORMA. TENEMOS UN PROBLEMA

La elección del tema objeto de esta jornada de debate responde, sin duda, a la preocupación generada en los últimos años por la aplicación de la regla de la nulidad de pleno derecho en los casos de impugnación de normas reglamentarias, nulidad acordada con consecuencias especialmente graves en los casos de impugnación de planes urbanísticos al apreciar la existencia de vicios de forma.

La nulidad de planes urbanísticos, declarada judicialmente, ha creado un grave problema en España, al interpretarse por lo general de forma maximalista la invalidez de los planes urbanísticos como nulidad de pleno derecho, insubsanable. El amplio, intenso y muy interesante debate que sucedió a la exposición de las cuatro ponencias constató la existencia de este problema y la necesidad de dar respuesta al mismo. El profesor Tomás Ramón Fernández insistió en la realidad del problema actual y sus graves consecuencias prácticas, y puso de relieve la necesidad de que el poder judicial, la doctrina y el poder legislativo asuman de forma urgente el reto de dar una respuesta a la insostenible situación actual. En este sentido reclamó la necesidad de recuperar para el derecho su función esencial, que es dar respuesta a los problemas de la vida, y no recrearse en la aplicación de categorías dogmáticas, aunque ello comporte soluciones disfuncionales.

El estado actual de la cuestión parte de la naturaleza reglamentaria del plan, a lo que se añade la interpretación de la ley procedimental según la cual un reglamento ilegal tiene que ser nulo de pleno derecho y esa nulidad tiene que

retrotraer sus efectos al momento inicial del vicio. Esta misma interpretación no permite acudir a la distinción entre nulidad, anulabilidad e irregularidades no invalidantes propia de los actos administrativos. Por tanto, a la nulidad radical se atribuyen efectos *ex tunc*, así como la nulidad en cascada de todas las normas derivadas y actos administrativos dictados en su aplicación, con la excepción de los actos firmes no sancionadores. La singularidad de las normas permite también su impugnación indirecta, si bien en este caso se ha impuesto el criterio que en este recurso no cabe alegar la existencia de vicios de forma. Por último, la nulidad radical conlleva que no es posible la convalidación o subsanación, técnica que estaría limitada a los actos inválidos.

Esta realidad ha generado en los últimos años muchos comentarios críticos y propuestas de reforma, en particular en el caso de los planes urbanísticos, pero podría generalizarse la crítica a todos los casos en los que se anulan normas jurídicas por simples vicios formales. Ante esta situación, como dice la magistrada M^a Pilar Teso en el inicio de su ponencia, «todos anhelamos un sistema normativo exento de incertidumbre sobre la validez o invalidez de las disposiciones generales o normas reglamentarias, y sobre la eficacia de su declaración de invalidez en relación con los actos administrativos dictados durante su aplicación...Deseamos conocer una vez que sabemos que la norma ha incurrido en un vicio de invalidez, la determinación de los efectos que se derivan de esa declaración judicial. Anhele que es directamente proporcional al nada desdeñable incremento de la producción reglamentaria de las distintas administraciones», y, yo añadiría, al nada desdeñable incremento de las exigencias formales impuestas en la tramitación de las normas reglamentarias, como es el caso de lo establecido en los arts. 128 a 133 de la Ley 39/2015.

Las ponencias presentadas en la jornada de debate han aportado reflexiones y propuestas de singular valor, superando apriorismos valorativos, con el fin de ofrecer pautas para la mejor interpretación posible de la normativa aplicable y, en su caso, ofrecer también pautas para posibles reformas legislativas. Tratando de cumplir con mi función de relator, sintetizaré lo mucho que se ha aportado en las ponencias y en el debate surgido tras su presentación en la jornada celebrada en el Tribunal Supremo el 3 de octubre de 2019, en cuatro grandes apartados.

II. EL VALOR DE LA FORMA EN LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

En el tema objeto de estudio en las cuatro ponencias, validez de las normas y vicios de forma, concurren de hecho dos instituciones básicas del derecho administrativo. Por un lado, la teoría de las nulidades y, por otro, la institución del procedimiento administrativo.

Como expone el profesor Martín Rebollo, en la teoría de las nulidades el derecho administrativo se ha inspirado en la doctrina civil y su estudio de las

irregularidades de los negocios jurídicos, diferenciando la nulidad y la anulabilidad. Esta doctrina se llevó a la ley de procedimiento administrativo de 1958, con pretensiones, se nos dice, más cerradas y dogmáticas que las del propio modelo originario. En este punto, el magistrado Luis Díez Picazo recordó que en la teoría de las nulidades vivimos esclavos de una dogmática muy fuerte y venimos del derecho privado, siendo los datos positivos propios del derecho administrativo muy escasos. Además, apuntó que la teoría de las nulidades no se construyó en el derecho privado para las normas, por lo que en este tema el derecho administrativo camina solo.

Pero debe destacarse el hecho de que dentro de la teoría de las nulidades el derecho administrativo incorporó, como un vicio que puede incorporar la irregularidad del acto o de la norma, un elemento singular del derecho administrativo, el elemento formal. En efecto, la forma singulariza los negocios jurídicos sujetos al derecho administrativo. Mientras en el derecho privado la forma se identifica con la exteriorización de la voluntad y la garantía de su contenido, lo que se corresponde con nuestro art. 36 de la Ley 39/2015, lo cierto es que el elemento formal de los actos y de las normas se identifica con el procedimiento administrativo. Y los vicios de forma, los vicios de procedimiento, pueden conllevar la nulidad o anulabilidad de los actos y, en todo caso, la nulidad de las normas. Por ello, como decíamos, la teoría de las nulidades y la institución del procedimiento, como requisito de forma de los actos administrativos y de los reglamentos, son las piezas básicas del problema objeto de nuestra atención.

En el caso de los actos el procedimiento cumple una doble función. Es la garantía del ciudadano frente al poder ejecutivo y ejecutorio de la Administración, pero también es la garantía del acierto en la decisión administrativa. Por ello, el art. 48 de la Ley 39/2015 establece que el defecto de forma solo determinará la anulabilidad del acto cuando el mismo carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.

En el caso de los reglamentos, el procedimiento cumple la función de garantizar la corrección de la norma, el logro de la mejor solución posible en la ordenación de un determinado sector o actividad. Por ello, como afirma el magistrado César Tolosa, la observancia del procedimiento en la elaboración de las normas se vincula con el principio de buena administración, afirmando que «podemos concluir que la observancia de los requisitos formales en el procedimiento de elaboración de una disposición general tiene una relevancia fundamental en cuanto constituye una garantía para la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición y hace posible el control judicial». No es posible, pues, una teoría general de los efectos del defecto de procedimiento sin tener en cuenta la diferencia entre acto administrativo y disposición de carácter general (Baño León).

Por ello, en el caso de los reglamentos, las normas que regulan su procedimiento de elaboración tratan de establecer un procedimiento riguroso que garantice un correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa y el logro de la obtención de la mejor decisión posible. Está en juego la defensa del interés

general. Esta funcionalidad del procedimiento está muy presente en el momento de determinar los efectos de los vicios procedimentales en relación a la validez o no de la norma resultante. Por esta razón, en el momento del control judicial de la norma, los defectos del procedimiento tienden a valorarse más rigurosamente, pero al mismo tiempo surge la necesidad de ser prudente antes de anular una disposición general y abstracta, pues la anulación puede perjudicar al interés general y a derechos y expectativas de terceros. Por ello, el juez debiera ponderar el contraste entre el defecto de procedimiento y las consecuencias de la anulación.

En todo caso, a partir de las teorías de la *better regulation* asistimos en los últimos años a un proceso de creciente interés por el procedimiento de elaboración de las normas, con el fin de lograr una mejor administración. Así lo acredita la actual regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general a que antes hemos aludido, en concreto lo dispuesto en la Ley 39/2015. Norma bien intencionada, pero que a su vez crea un campo minado en el que puede caer cualquier Administración bajo el control atento de los ciudadanos y grupos de interés, especializados, como nos dice el magistrado César Tolosa, en la caza del vicio, una caza mucho más simple y efectiva que el control material de la norma.

III. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO: ¿COMPORTAN EN TODO CASO LA NULIDAD RADICAL DE LA NORMA?

Una vez se ha señalado la singularidad del procedimiento en la elaboración de las disposiciones generales, los ponentes dedican especial atención a la cuestión relativa a la teoría de las nulidades aplicada a las normas, llegando a la conclusión general que debe revisarse la interpretación que se ha hecho de la normativa aplicable.

El punto de partida hasta hace pocos años generalmente aceptado era que, dada la importancia de las normas, sus efectos *erga omnes* y aplicación reiterada en el tiempo, los defectos formales deberían comportar su nulidad radical. Como dice el profesor Martín Rebollo, la doctrina hasta ahora mayoritaria entendía que «debe primar el protagonismo de la ley, de forma que un reglamento tiene que ser nulo de pleno derecho y esa nulidad tiene que retrotraer sus efectos al momento inicial del vicio so pena de concluir que un reglamento ilegal puede, de facto, modificar la ley que desarrolla».

Para hacer efectiva esta doctrina se acudía al tenor literal del artículo 47.2 de la ley procedimental, precepto en el que no se contiene la distinción entre nulidad y anulabilidad, distinción que sí se contiene en el caso de los actos administrativos. Como dice el magistrado César Tolosa, «siendo tal la relevancia de los requisitos formales en la elaboración de las disposiciones generales, la ley y la jurisprudencia han reservado para tal tipo de infracciones el máximo grado de invalidez previsto por nuestro ordenamiento jurídico, la declaración de nulidad de pleno derecho, sin discriminar, a diferencia de lo que ocurre con los actos entre

la trascendencia e intensidad de los vicios formales, dado que la doctrina judicial sigue la doctrina unitaria, según la cual cualquier infracción formal determina la nulidad radical con efectos *ex tunc*. Y en este sentido se citan diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se reitera esta doctrina, como la de 2 de marzo de 2016 en la que se afirma que «se trata de una nulidad de pleno derecho, independientemente de si son vicios de forma o de fondo los que han determinado la anulación».

A partir de esta constatación, las ponencias cuestionan esta «verdad» muchas veces repetida. El mismo magistrado César Tolosa da cuenta de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se aplicaba una tesis gradualista a los vicios de procedimiento. Así, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1974, según la cual la tesis de la sanción extrema de nulidad absoluta en todo caso de vicio de procedimiento supondría un tratamiento igualitario de toda infracción, tratamiento que rompería con la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal al introducir en el sistema de defensa del orden jurídico una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente. El profesor Baño León va algo más allá y habla del dogma de la nulidad de pleno derecho, de esta proposición que se asienta por firme y cierta, como principio innegable, cuando en realidad no lo es, cuando, dice el citado profesor, no se asienta en ningún dato concreto del derecho positivo. Por ello, nos dice Baño León, «se extrae la consecuencia de que cualquier defecto de procedimiento en una disposición de carácter general o en un plan conducen a la nulidad descuidando que ni la LJCA ni la LRJPC ordenan esta consecuencia». El profesor Martín Rebollo también señala que debe superarse una interpretación dogmática del derecho, y que la interpretación tradicional puede ser cuestionada «cuando se ponen en juego otros criterios, principios y valores que quizás deban también tenerse en cuenta desde una postura realista y no dogmática acerca del papel que el derecho cumple en la sociedad de nuestro tiempo».

En este punto, y en particular a raíz de la intervención del profesor Baño León en la que cuestionó que realmente existiera en el ordenamiento una distinción sustantiva entre nulidad y anulabilidad, se abrió en el coloquio un interesante debate con posiciones divergentes. Así, tanto el magistrado Calvo Rojas, como los profesores López Menudo, Alonso García, Fernández Farreres y De la Quadra, sostuvieron que sí existe en nuestro ordenamiento una distinción entre los vicios de nulidad y anulabilidad, reivindicando en su mayoría la necesidad de mantener como regla general la nulidad radical en los casos de vicios de forma, si bien reclamando al mismo tiempo que ante el caso concreto los jueces pudieran modular los efectos de esta nulidad radical. La profesora Carmen Chinchilla se preguntó qué hay de derecho positivo y qué de dogma en la teoría de las nulidades, afirmando que tal vez el problema es que en los efectos de las nulidades se ha impuesto el dogma.

En todo caso las ponencias centraron su atención en analizar los efectos de la declaración de nulidad radical, para dejar constancia de que el dogma de

esta categoría no se aplica en todo su contenido en el caso de las nulidades de las normas. Así, en relación a los efectos *ex tunc*, que se anudan como algo debido a la nulidad radical, la magistrada M^a Pilar Teso afirmó que se deben diferenciar los efectos de la nulidad sobre las personas, efectos *erga omnes*, y los efectos en el tiempo, reconociendo que en este segundo supuesto la nulidad radical no comporta en todos los casos una eficacia *ex tunc*. El profesor Baño León afirma que por razones estructurales en el caso de los reglamentos, la nulidad radical con efectos *ex tunc* es inaplicable de forma general por razones de seguridad jurídica y de imposibilidad práctica. Por su parte, el profesor Martín Rebollo abunda en esta misma idea y expone cómo el legislador establece de hecho diferencias en relación al régimen de la nulidad, de forma que la dicotomía entre la nulidad y la anulabilidad cada vez se nos aparece más difuminada. La magistrada M^a Pilar Teso analiza los efectos de la declaración de nulidad en el tiempo y recuerda lo que dispone el art. 73 de la ley jurisdiccional, para concluir que «desde un punto de vista teórico, la declaración de nulidad de un reglamento tiene, en principio, efectos generales y retroactivos, sienta la presunción *iuris et de iure* de que la norma anulada no ha podido surtir efectos nunca porque es nula y ese vicio acompaña a la norma desde que se dictó. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico se han venido limitando los efectos de tal declaración, dejando al margen a los actos que han ganado firmeza, lo que en la práctica supone consagrar la regla del efecto meramente *ex nunc* de la declaración de nulidad, excluyendo su eficacia *ex tunc* que, en principio, se podía anudar a la nulidad plena apreciada».

¿Qué queda, pues, del dogma de la nulidad radical? Baño León nos dice que en puridad «la caracterización de la nulidad de pleno derecho en nuestro ordenamiento público es puramente procesal: la posibilidad de instar la revisión de oficio sin plazo».

A la teoría general sobre el vicio de nulidad se añade otro elemento para la reflexión. ¿Pueden conservarse trámites o convalidarse los vicios formales en la elaboración de los reglamentos? Sobre esta cuestión las ponencias formulan reflexiones de especial interés. Para el magistrado César Tolosa, la doctrina gradualista de los vicios formales choca con la limitación de la conservación y la convalidación para los actos, según los arts. 51 y 52 de la LRJPC. Preceptos que han sido interpretados en sentido estricto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el caso de la Sentencia de 28 de septiembre de 2012, de la que fue ponente la magistrada M^a Pilar Teso. No se puede en ejecución de sentencia tratar de corregir el vicio del plan, ya que «no se puede subsanar, enmendar o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho».

Pero sobre esta consolidada doctrina jurisprudencial, el profesor Baño León abre una línea argumental de interés al señalar que «la ley jurisdiccional no distingue entre nulidad y anulabilidad a efectos de la sentencia, y lo que a nosotros nos preocupa son las posibilidades del juez y la interrelación entre la ley de procedi-

miento y la ley jurisdiccional. Pues aquí de lo que estamos hablando es si el juez en sentencia puede al anular establecer los efectos de su sentencia, sin prejuzgar si son nulos o anulables». En esta línea de razonamiento, añade Baño León que «cuando un juez declara la nulidad de un reglamento, pero limita sus efectos, no está convalidando el reglamento de la misma forma que cuando la ley jurisdiccional dice que la nulidad de las disposiciones no implica la de los actos dictados en su ejecución tampoco está convalidando un reglamento ilegal. Está simplemente fijando el alcance de la nulidad». De acuerdo con esta tesis, los poderes del juez al aplicar la norma podrían llevar a conservar actos y normas de desarrollo aún en el caso de la nulidad de la norma por vicios formales. Volveremos más adelante sobre los poderes del juez.

IV. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN PARA DECLARAR LA NULIDAD: RECURSO DIRECTO, RECURSO INDIRECTO Y VICIOS FORMALES

Los vicios de forma en la aprobación de las normas se hacen también presentes cuando se construyen las vías procesales para impugnar una disposición de carácter general. Como es conocido, el control de la potestad reglamentaria se hace efectivo mediante la impugnación directa o indirecta de las normas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La polémica ha surgido en relación con la impugnación indirecta y la limitación jurisprudencial que se ha impuesto en este caso al negar que se puedan alegar vicios de forma en el recurso indirecto. El Tribunal Supremo justifica esta interpretación al entender que solo el contenido sustantivo de las normas puede producir efectos anulatorios del acto de aplicación individual, si bien, como señala el magistrado César Tolosa, «la jurisprudencia ha llegado a aceptar la posibilidad de impugnar indirectamente disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiere incurrido en una omisión total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, o cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente». Baño León también hace referencia a estas excepciones, como incompetencia manifiesta o ausencias de informes determinantes del Estado o falta de publicación de la norma, pero añade que en estos casos no estamos ante vicios de procedimiento, sino de incompetencia, inexistencia o ineficacia.

La postura general de la jurisprudencia ha sido criticada por algún sector doctrinal, debiendo destacarse la crítica que en su día formuló el profesor González Pérez¹. Baño León defiende la postura del Tribunal Supremo, ya que, afirma el citado profesor, «la finalidad del recurso indirecto es impedir que un acto ad-

¹ J. González Pérez, «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales», *REDA*, 9, págs. 345 y ss.

ministrativo aplique disposiciones ilegales. El objeto del recurso indirecto es conseguir la anulación de un acto basado en que la ilegalidad de la norma que aplica la Administración, su objeto no es el reglamento», a lo que añade que «el art. 27.1 de la LJCA refiere el planteamiento de la cuestión de ilegalidad a los casos, en que el juez o tribunal dicta sentencia estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada».

V. ¿QUIÉN PUEDE MODULAR LOS EFECTOS DEL VICIO PROCEDIMENTAL?

Tras exponer los problemas derivados de la aplicación tradicional de la normativa vigente que vincula los vicios procedimentales en la elaboración de los reglamentos con su nulidad radical, y cuestionar que esta interpretación de la normativas sea la única posible, así como que la nulidad radical posea en todo caso los efectos que suelen derivarse de la misma, las ponencias incorporan también propuestas de futuro. Y en este punto, creemos, el interés de las ponencias se acrecienta, como lo demostró el debate suscitado sobre estas cuestiones. Las propuestas van dirigidas, por una parte, al poder judicial, con el fin de que corrija su jurisprudencia, y, por otra parte, al gran ausente, al legislador, con el fin de que ofrezca un nuevo marco normativo a todos los operadores jurídicos en los casos en que se produzcan vicios formales en la elaboración de disposiciones generales. Como dice el profesor Martín Rebollo, «parte del problema es interpretativo, lo que a su vez postularía o bien un cambio de esa interpretación consolidada y la vuelta a las posiciones más flexibles anteriores o bien una reforma legislativa que aclarara lo que en la actualidad no deja de generar insatisfacción por los efectos desproporcionados que la aplicación de la doctrina, sin matices, de la nulidad de las normas reglamentarias produce».

En relación con los cambios jurisprudenciales, se insta a los tribunales a hacer uso de las posibilidades que de hecho la normativa actual ya brinda para corregir la doctrina actual. Tal sería el caso de una nueva interpretación del art. 47.2 de la Ley 39/2015 en la línea defendida por algún sector doctrinal. En este sentido, el magistrado César Tolosa nos dice que «los Tribunales y la Administración deberían sopesar cuidadosamente los efectos de la declaración de nulidad de reglamentos, que puede tener graves efectos, apostando porque la declaración de nulidad vaya acompañada de una valoración de los efectos sobre los actos de aplicación, por lo que el juez deberá tener en cuenta, junto al principio de legalidad, la existencia de otros principios (especialmente los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y conservación) que le permitirán ponderar las consecuencias que, en su caso, producirá la declaración de nulidad del reglamento».

En relación a la posible subsanación de algunos vicios formales, Baño León afirma que, si bien el art. 52 de la Ley 39/2015 se refiere exclusivamente a la Administración, «una cosa es lo que puede hacer la administración y otra distinta el

papel institucional del juez, que tiene que ponderar a la vista de las circunstancias concretas del caso cuál es el alcance de la nulidad, porque ahí entran en tensión no sólo el principio de legalidad, sino la seguridad jurídica, etc. Por tanto, que un juez advertida una ilegalidad conceda un plazo para la subsanación a la Administración que, en caso de ser posible, comporta de facto una convalidación del vicio, no es lo mismo que la Administración pueda hacerlo vía de convalidación».

Estos apuntes a un posible cambio jurisprudencial en esta misma cuestión, conservación y convalidación de actos, han encontrado por el momento su respuesta más importante en la admisión de un recurso de casación. En el ATS de 17 de enero de 2019, rec. casación 3313/2017, citado en la ponencia del magistrado César Tolosa, se afirma que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, en la elaboración de un plan urbanístico (jurisprudencialmente considerado disposición general), dictado en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional que declaró su nulidad, cabe conservar actos y trámites de similar contenido de la disposición anulada, así como subsanar los vicios detectados o, por el contrario, dada la radicalidad de la declaración de nulidad y sus efectos *ex tunc* deviene necesaria una nueva tramitación legal. Habrá que esperar a la resolución del recurso para conocer si se abre una nueva línea de interpretación jurisprudencial.

En todo caso, la llamada a los tribunales contó con la matizada oposición de algunos magistrados y de la magistrada M^a Pilar Teso, al poner de relieve el riesgo de que las resoluciones judiciales pudieran dar lugar a una diversidad de soluciones que generaran inseguridad jurídica en relación con el tema de la incidencia de los vicios de forma en la validez de las normas.

En este sentido, la magistrada Pilar Teso apunta que limitar los efectos de la nulidad radical por vicios de forma puede ser conveniente o incluso imprescindible en determinados casos, pero señala que esta limitación de efectos corresponde configurarla con carácter general al legislador, «pues no parece que por vía interpretativa el juez, sin recibir la encomienda del legislador, pueda graduar o flexibilizar los efectos —de la nulidad— en función v. gr. del impacto o incidencia de la declaración de nulidad».

Junto a la solución del recurso a la interpretación judicial de la normativa vigente se hicieron también llamadas a la reforma legislativa. Los ponentes formularon una clara llamada al legislador para que introdujera una nueva regulación en relación a los efectos de los vicios procedimentales en la aprobación de disposiciones generales, con especial referencia al ámbito de la ordenación territorial y urbanística. Una reforma legal que, sin duda, debería permitir introducir con más fuerza el cambio jurisprudencial que también se reclama².

² Cabe señalar que esta posible reforma normativa cuenta con el ejemplo de la Proposición de Ley, hoy decaída, de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie B, número 319-1. La exposición de motivos de la Proposición de Ley

Situados en el ámbito de una posible reforma legal, son varias las cuestiones que pueden suscitarse. La reforma legal, ¿debe limitarse a la ordenación territorial y urbanística o debería referirse al procedimiento de elaboración de todas las disposiciones generales? ¿Cuál debería ser el contenido de la reforma legal? ¿Debe limitarse a permitir aplicar el régimen de anulabilidad a las normas administrativas o debería ir más allá, estableciendo qué tipo de vicios conllevan la nulidad radical y qué otros vicios la simple anulabilidad? ¿Debería regularse la conservación y convalidación de actos trámite, debería regularse los efectos del recurso indirecto? En definitiva, ¿es mejor llevar la solución del problema al contenido preciso de la norma o debe confiarse en la interpretación casuística del juez, a partir de la distinción de las categorías generales de nulidad y anulabilidad?

Es decir, por lo que se refiere al contenido de la reforma legislativa, podría pensarse en una simple modificación del art. 47.2 de la Ley 39/2015 con el fin de permitir aplicar el régimen de la anulabilidad y de las irregularidades no invalidantes a los reglamentos, dejando al juez el concretar en cada caso, en atención al tipo de vicio, si procede una u otra consecuencia.

Pero también puede pensarse en llevar a la ley la determinación de qué tipo de vicios formales deben llevar a la nulidad radical, reduciendo de este modo la opción del juez ante el caso concreto. La relación de los principales vicios procedimentales que ha destacado hasta el presente la jurisprudencia, y que nos enumera el magistrado César Tolosa en su ponencia, podrían servir de guía para establecer esta graduación según la gravedad que el legislador imputara a cada uno de estos vicios. De este modo, es el legislador y no el juez quien aprecia la gravedad del vicio y sus efectos. Del mismo modo, el legislador podría establecer los casos en

justifica las razones de su contenido en los términos siguientes: «La anulación de un plan territorial o urbanístico se declara, en general, sin matices y sin posibilidad de subsanación de las deficiencias que la han determinado. Conlleva, además, la «nulidad en cascada» de su planeamiento de desarrollo e, incluso, de cada uno de sus actos de aplicación, como los instrumentos de gestión y las licencias de obras. Esta rotunda y desproporcionada conclusión es consecuencia de la naturaleza reglamentaria o disposición de carácter general atribuida a los planes por la jurisprudencia, siguiendo una orientación doctrinal dominante durante mucho tiempo, pese a no tener apoyo expreso en la legislación de ordenación territorial y urbanística, tanto la vigente, como la tradicional [...] El ordenamiento jurídico es un instrumento al servicio de la sociedad y cuando su aplicación produce un perjuicio desproporcionado al interés público, que, además, no es ponderado, ni con el espíritu y finalidad de las normas, ni con el interés legítimo de los recurrentes, el legislador debe hacer un esfuerzo de innovación para lograr una solución equilibrada, racional y justa». Con esta finalidad la proposición, entre otros temas, replantea el carácter general de norma jurídica atribuido a todos los instrumentos del planeamiento, precisa qué vicios formales comportarán la nulidad radical del plan, habilita la conservación de determinados actos trámite, limita temporalmente el recurso indirecto y precisa que en el mismo no podrán alegarse vicios de procedimiento y se modifican los arts. 71 y 73 de la ley jurisdiccional cuando la sentencia se refiera a un instrumento de ordenación territorial o urbanística.

que pudiera aplicarse la conservación de actos trámite o subsanación de defectos formales advertidos. Si el legislador debe establecer la graduación de los vicios del procedimiento, ¿qué criterios deben tenerse en cuenta para establecer esta graduación? De nuevo surge en este punto la funcionalidad del procedimiento, de modo que si el vicio afecta a su fin esencial, garantizar la mejor decisión posible y proteger los intereses de los afectados, el vicio debería comportar la nulidad. En otros casos, el vicio podría comportar la mera anulabilidad y en todo caso su posible subsanación.

También puede pensarse en llevar la reforma legal al ámbito de la ley jurisdiccional, tomando como ejemplo algunas experiencias comparadas que se citan en las ponencias, en particular la francesa. Así, cabría plantear si, alegada en el escrito de demanda la existencia de vicios formales, pudiera abrirse por el tribunal un plazo de subsanación por parte de la Administración del vicio alegado, de modo que subsanado el defecto este ya no tuviera efectos en la resolución judicial, que debería atender tan solo a otros motivos de impugnación de la norma. Así, si se alegara la falta de determinados informes preceptivos, que acrediten el cumplimiento de determinadas exigencias del plan, pero cuyo contenido no ha sido determinante para el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración al configurar el plan (informe de género, suficiencia de recursos hidráulicos, memoria de impacto normativo o memoria económica), podría llevarse a cabo la subsanación interna, sin tener que anular el plan con el único fin de que se incorpore con posterioridad un informe que no alterará el contenido del plan anulado. Obviamente ello comporta el riesgo de relajar el cumplimiento de los requisitos formales, pues siempre se podrá subsanar *a posteriori* el defecto si se ha alegado en sede judicial el defecto. Por ello podría pensarse en otro tipo de sanciones por este mal proceder procedimental, que no afectará a la norma, sino a la Administración que tramitó el plan.

Diverso sería el caso de informes o trámites participativos que han conformado el contenido de la norma en base a juicios de valor y de oportunidad. En este caso, la subsanación ya no parece posible, pues el trámite subsanado podría dar lugar a una nueva norma.

VI. CONCLUSIÓN

El tema objeto de debate era, sin duda, de gran interés teórico y práctico. Las cuatro excelentes ponencias nos han dejado unos textos de singular valor. Se ha identificado con precisión el problema objeto de estudio, la aplicación de la institución de la nulidad al enjuiciar la validez de las normas por razón de vicios formales, se han desmontado en gran medida los dogmas sobre los que se ha construido la interpretación de la normativa aplicable, se nos ofrecen las vías para poder llevar a cabo una nueva interpretación que permita solventar buena parte de los problemas detectados, y se nos sugieren también interesantes reformas nor-

mativas que permitan acometer con más fuerza el necesario replanteamiento del valor de los vicios de forma en la elaboración de normas y planes.

En definitiva, las reflexiones contenidas en estos trabajos pueden ser de utilidad para impulsar los necesarios cambios jurisprudenciales y legislativos que permitan evitar las disfunciones advertidas en la aplicación del ordenamiento hoy vigente.

El vivo e interesante debate, que hemos tratado de reflejar de forma sucinta en esta relación de síntesis, ha enriquecido el contenido de las ponencias, razón por la cual hemos incorporado en este texto las aportaciones más significativas con el fin de dejar constancia del mismo.

Solo nos resta agradecer a los ponentes y asistentes sus intervenciones, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y al Tribunal Supremo sus esfuerzos en la organización del encuentro, y animar a la lectura de las ponencias que publica el presente número de la *RAP*.