

LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD. SU ALCANCE Y SIGNIFICACION

Por

M. BELADIEZ ROJO
Profesora titular interina
de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La nulidad y la anulabilidad del Derecho civil.—III. La nulidad y la anulabilidad en el Derecho administrativo.—IV. La nulidad de pleno derecho en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.—V. Consideraciones finales.

I. PLANTEAMIENTO

La nulidad y la anulabilidad han sido, junto con la inexistencia, las categorías jurídicas en torno a las cuales se ha explicado desde siempre la teoría de invalidez de los actos jurídicos. Ahora, sin embargo, sólo se van a estudiar las dos primeras, dejando, por tanto, fuera de este trabajo el análisis de la inexistencia. La razón de esta exclusión se encuentra en la falta de fundamento que tiene esta figura en nuestro ordenamiento. Es sabido que la categoría jurídica de la inexistencia surge al configurarse la nulidad como una sanción que sólo podía imponerse cuando existiera una norma que lo dispusiera expresamente (idea que se expresa en la vieja máxima francesa *pas de nullité sans texte*). En nuestro Derecho, sin embargo, esta concepción de la nulidad nunca ha sido aceptada. Para que un acto pueda ser calificado de inválido basta con que infrinja el ordenamiento jurídico de modo grave (las infracciones leves las exime el propio ordenamiento de esta consecuencia), sin necesidad de que exista una norma que expresamente tipifique la infracción cometida como causa de invalidez. La única peculiaridad que presenta es que esta genérica vulneración del ordenamiento, si bien siempre determina la invalidez, en unos casos da lugar a la nulidad y en otros a la anulabilidad, dependiendo del sector del ordenamiento en que nos encontremos (el art. 6 del Código Civil los considera nulos, y, en cambio, el art. 63 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común los califica como anulables).

Otra opción podría ser intentar reservar la categoría de la inexistencia para aquellos actos que se encuentran tan gravemente viciados que ni siquiera reúnen la apariencia de tales. El problema es que las consecuencias que se derivan de esta calificación van a ser las mismas que las que se deducen de la nulidad de pleno derecho (1), por ello parece más correcto calificarlos directamente como nulos y no crear así categorías vacías de contenido. De hecho, el propio legislador ha catalizado la reacción del ordenamiento jurídico contra los actos que considera inválidos en torno a la nulidad de pleno derecho y a la anulabilidad, no haciendo ninguna mención a la inexistencia (2).

La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, o nulidad relativa, han sido, por el contrario, categorías jurídicas cuya existencia no ha sido nunca discutida. Tanto es así que a ellas han acudido todos los ordenamientos para explicar el régimen de invalidez de los actos y negocios jurídicos (3). Sin embargo, su sentido y funcionalidad no es

(1) Calificación, además, que va a ser la misma en Derecho civil que en Derecho administrativo. En Derecho civil, porque la nulidad es la consecuencia que, con carácter general, el ordenamiento otorga a todo acto contrario a Derecho (art. 6.3); y en el Derecho administrativo, porque los actos que ni siquiera tienen la apariencia de tales, son actos que siempre encajarán en alguno de los supuestos que la Ley tipifica como causa de nulidad. Ahora bien, conviene advertir que en ciertos casos sí que van a existir diferencias entre la inexistencia y la nulidad. Así sucede en los supuestos en los que el acto no sólo carece de legitimidad, sino que además es insusceptible de producir cualquier clase de efectos jurídicos. Cuando esto ocurre —como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— el particular puede desconocer el referido acto sin necesidad de impugnarlo, y, de igual modo, la Administración puede eliminarlo sin tener que seguir procedimiento alguno (véase su *Curso de Derecho administrativo*, I, 6.ª ed., pág. 588). Ciertamente, en estos casos, el acto será inexistente, pero no porque sea un supuesto más de invalidez, sino simplemente porque se trata de un acto que no ha nacido por no reunir las condiciones mínimas para poder deducir de él ningún tipo de efectos.

(2) Esta es también la opinión de C. CHINCHILLA. Según mantiene esta autora, «no cabe ya seguir hablando de la inexistencia del acto administrativo como un hipotético tipo de invalidez que vendría a añadirse a las dos categorías empleadas por la Ley (nulidad absoluta y anulabilidad), y que tendría por objeto la sanción de aquellos actos afectados por irregularidades groseras y flagrantes que, por su carácter inusual, no están tipificadas en las normas jurídicas. La sustitución del término "invalidez" por los de "nulidad y anulabilidad" impide hablar de un acto inválido como algo distinto a un acto nulo o anulable, desterrando así una categoría —la de acto administrativo inexistente— de difícil conceptualización y de escasísima virtualidad práctica, como lo demuestra la aplicación que de ello ha hecho el Tribunal Supremo» («Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigido por J. LEGUINA VILLA y J. SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, 1993). J. J. LAVILLA no cree, sin embargo, que la sustitución de la palabra invalidez por la expresión nulidad y anulabilidad, responda al deseo del legislador de terciar en la polémica acerca de la inexistencia [véase «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común)*, coord. B. PENDÁS GARCÍA, Editorial Praxis, Barcelona, 1993, pág. 490].

(3) Un estudio de Derecho comparado sobre esta materia puede encontrarse en D. GUGGENHEIM, *La invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, París, LGDJ, 1970.

ni mucho menos claro. Y ello se debe fundamentalmente a dos razones: por un lado, el hecho de haber basado la construcción teórica estas categorías en antiguos dogmas que hace mucho tiempo que perdieron su sentido; y por otro, el haber extrapolado unas categorías propias del derecho privado, a las diferentes ramas del Derecho sin antes adecuarlas al sector del ordenamiento al que van a ser aplicadas.

A pesar de que la mayor parte de los rasgos distintivos de estas dos figuras jurídicas provienen de nuestro Derecho histórico, principalmente del Derecho romano, ahora no voy a detenerme en analizar el significado que la nulidad y la anulabilidad tuvieron en sus orígenes (4). No obstante, sí conviene señalar que la mayor parte de sus notas diferenciadoras responden a viejos tópicos, que si bien en su momento tuvieron su razón de ser, desaparecidas las circunstancias que las motivaron, carecen por completo de significación. Así se deduce del exhaustivo análisis histórico realizado por el Profesor SANTAMARÍA, donde se demuestra cómo una errónea interpretación de los textos romanos, fue consolidando una teoría general de las nulidades cada vez más alejada de su significado originario. Por esta razón ahora se va a prescindir del análisis histórico de estas categorías, y se va a tratar de averiguar el sentido de las mismas en la actualidad, para comprobar así si hoy en día sigue resultando adecuado configurar el régimen de la invalidez de los actos administrativos en torno a las mismas. Para ello, se va a acudir en primer término al Derecho civil (al ser éste el sector del ordenamiento donde se han ido formando las categorías propias de la teoría general del Derecho); después se analizarán estas figuras en el ámbito del Derecho administrativo (lo que nos permitirá comprobar si verdaderamente la nulidad y la anulabilidad son instituciones de la teoría general o si, por el contrario, cada sector del ordenamiento configura su propia teoría de las nulidades atendiendo a sus peculiaridades específicas); y por último, se analizarán los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, centrándome sobre todo en los cambios que en este punto ha introducido la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LAP).

Conviene advertir desde ahora que no se va a estudiar los supuestos de anulabilidad. Este trabajo no tiene como objeto estudiar la invalidez de los actos administrativos, sino la distinción entre la nulidad

(4) Sobre esta cuestión véase, por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, 2.ª ed., 1977, Madrid.

y la anulabilidad. Y como la frontera entre ambas viene delimitada por los supuestos de nulidad, sólo a ellos se les va a prestar atención.

II. LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL

En el Derecho civil, las categorías de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad tienen como finalidad expresar la diferente situación en la que se encuentran los actos que infringen el ordenamiento jurídico. *El acto nulo no es otra cosa que el acto inválido*. De este modo, el acto nulo de pleno derecho es aquel que carece de valor para el Derecho por incurrir en una grave infracción del ordenamiento jurídico (5). Por el contrario, *el acto anulable es un acto que no es inválido, pero puede llegar a serlo (acto invalidable) si el perjudicado por el vicio así lo exige*. En estos casos *el Derecho condiciona su validez a que la parte dañada por el vicio lo consienta*.

La razón de ser de esta importante diferencia se comprende perfectamente en cuanto se tiene en cuenta en qué casos el ordenamiento califica el acto como nulo o como anulable. En el Derecho privado, la nulidad es la calificación que merecen con carácter general los actos inválidos. Regla que, sin embargo, se excepciona cuando el vicio determinante de la invalidez afecta al elemento subjetivo del acto o negocio jurídico y determina la falta de capacidad o vicia el consentimiento. En estos supuestos, aunque el acto ha infringido de forma grave el ordenamiento —vulnera las prescripciones que sobre este particular establece el Código Civil—, no se considera inválido si el perjudicado por el mismo no lo exige. Parece, por tanto, que *el sentido de la anulabilidad en este sector del ordenamiento es garantizar que los actos o negocios jurídicos realizados por personas incapaces o cuyo consentimiento está viciado puedan ser invalidados (esto es, anulados o privados de eficacia) si les resultan perjudiciales, pero también puedan considerarse válidos si una vez subsanada la falta de capacidad o eliminada la causa que viciaba el consentimiento, los afectados por el mismo consideran que el negocio les beneficia* (6). En estos casos, como el vicio afecta únicamente al elemento subjetivo, la ilegalidad cometida sólo puede perjudicar a aquel cuya voluntad se formó sin respetar lo que en este punto establece el ordenamiento. Por ello, si la parte en cuyo beneficio se establece la norma vulnerada con-

(5) Conviene tener en cuenta que no toda infracción del ordenamiento jurídico determina la invalidez de un acto o negocio. Existen casos en los que la infracción es tan leve que se considera una mera irregularidad sin fuerza invalidante (véase DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Tecnos, 2.ª ed., 1983, pág. 297).

(6) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Cívitas, reimpresión 1991, págs. 497 y ss.

siente el acto, al ser éste conforme a Derecho en todo lo demás, el ordenamiento no tiene ningún interés en eliminarlo del mundo del derecho. De ahí que los actos anulables sólo puedan ser invalidados si los perjudicados por los mismos lo solicitan.

No ocurre lo mismo en el caso de los actos nulos. En estos supuestos, la norma infringida no tiende a proteger a las partes, sino a regular el núcleo esencial de las instituciones; en definitiva, el orden público (7). Téngase en cuenta que en este sector del ordenamiento, el Derecho sólo establece las prescripciones imprescindibles para garantizar el funcionamiento de dichas instituciones; de ahí que, en estos casos, toda infracción de esas reglas sea considerada como de orden público y se califique por ello de nulo de pleno derecho.

Resulta, por tanto, que la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad consiste únicamente en que en los actos anulables la norma infringida no tiene como finalidad proteger a todos aquellos que intervienen en el negocio, sino *individualmente a cada uno de los sujetos* que forman parte del mismo. Por ello sólo aquel cuyo consentimiento se formó vulnerando lo establecido en el Código Civil o actuó sin la capacidad mínima exigida por este cuerpo legal, tiene derecho a exigir su invalidez y lograr así la ineficacia definitiva del acto o negocio. Por el contrario, en los actos nulos, como se ha vulnerado una norma cuya finalidad era proteger *a todos* los que puedan verse afectados por el acto o negocio (y no a cada uno de los sujetos individualmente considerados), la invalidez la puede hacer valer cualquiera de las partes.

Pero conste que las consecuencias que se van a derivar de esa invalidez van a ser las mismas sea el acto nulo o simplemente anulable: la declaración formal de la invalidez, esto es, la expulsión de ese acto del mundo del Derecho o, lo que es lo mismo, la pérdida definitiva de eficacia (8); ineficacia que, salvo excepciones, no sólo determinará la imposibilidad de producir efectos hacia el futuro, sino también la de borrar aquellos efectos que el acto inválido produjo en el pasado.

(7) J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*La nulidad de pleno derecho*, cit., págs. 212-213) considera que el orden público es «lo indispensable, lo intocable, lo que por principio no admite discusión en cuanto conquista histórica, lo que convierte en intolerables las infracciones motivando una reacción particularmente enérgica del ordenamiento», lo que lleva a la conclusión de que «el orden público no es un concepto de contenido apriorístico y constante, sino un simple rótulo que admite los más diversos contenidos...». «La relatividad esencial del concepto no es un producto de una imprecisión técnica, sino una exigencia de su propia estructura.» Y A. HURTÉ (*La notion d'ordre public dans la procédure administrative française*, «Revue du Droit Public», 1953, pág. 615) considera que «el orden público constituye el mínimo de organización, de autoridad, que las jurisdicciones tanto civiles como contencioso-administrativas deben preservar cueste lo que cueste».

(8) DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., pág. 497) considera que esta declaración formal de la invalidez es precisamente la nulidad del acto.

De este modo —como señaló hace ya tiempo SANTAMARÍA (9)—, las únicas diferencias que van a existir entre estas dos categorías jurídicas se encuentran, no en el resultado pretendido con las mismas (tanto en un caso como en otro la finalidad es la misma: declarar formalmente la invalidez de un acto), sino en el modo de lograr ese resultado. Los actos nulos de pleno derecho pueden ser impugnados en cualquier tiempo y por cualquiera que tenga un interés legítimo en que se declare su invalidez. Existe un derecho subjetivo reaccional a que los actos o negocios jurídicos se realicen respetando las prescripciones impuestas por el ordenamiento jurídico. Por ello, en los casos que éstas no se respeten, todo aquel que se vea perjudicado por ese acto tiene derecho a exigir que se declare formalmente su invalidez y de esta forma lograr la pérdida definitiva de su eficacia. Por el contrario, en los actos anulables sólo pueden exigir que se declare su invalidez aquellos a los que el *vicio* perjudica. Nótese que, en lo que a la legitimación se refiere, la diferencia se encuentra en que en los actos nulos de pleno derecho están legitimados todos aquellos que puedan verse perjudicados por el acto o negocio; en cambio, en la anulabilidad quien está legitimado, no es todo aquel a quien el negocio resulte desfavorable, sino *únicamente aquel a quien el concreto vicio determinante de la invalidez puede perjudicar: el incapaz o la parte cuyo consentimiento estaba viciado*, pero no los demás afectados por el negocio, pues para ellos es perfectamente válido.

Todas las demás diferencias que convencionalmente se les suele atribuir, en la realidad —tal y como también SANTAMARÍA puso de relieve— no son tales: el carácter *ipso iure* de la nulidad; su eficacia *ex tunc*, en contraposición a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad; la imposibilidad de que puedan ser consentidos por los afectados, o convalidados; no constituyen criterios que hoy en día permitan diferenciar estas categorías. Y para demostrarlo conviene, aunque sea brevemente, comprobar cómo nuestro Derecho positivo impide atribuir tales consecuencias a los actos nulos de pleno derecho.

Por lo que se refiere a la eficacia *ipso iure* de la nulidad, es evidente que la posibilidad de producir efectos jurídicos de estos actos depende de las facultades que tenga la persona que se beneficia del acto o negocio nulo para privar de efectos al acto por su propia autoridad. Es claro que por muy nulo que sea un contrato de arrendamiento, si el arrendatario no acepta esa nulidad, ese contrato seguirá surtiendo efectos hasta que un juez declare formalmente su invalidez y, en su caso, desahucie al arrendatario. Por el contrario, en los casos

(9) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., *in totum*, y en especial págs. 180 y ss.

en los que la eficacia del acto dependa de la voluntad de la parte que se beneficia con la invalidez, es evidente que ésta, por su propia voluntad, no realizará las obligaciones que el acto o negocio que considera inválido le exige. Por ello, será la parte perjudicada por esta ineficacia la que deberá solicitar que se declare formalmente su validez por una autoridad con competencia para ello (tribunales, árbitros), y en último extremo, caso de que aun así siga sin deducir los efectos que de ese acto o negocio se derivan, exigir judicialmente su eficacia. De ahí que sea absolutamente ilusorio afirmar la ineficacia *ipso iure* de la nulidad (10).

Tampoco es correcto diferenciar la nulidad de la anulabilidad por los efectos que en el tiempo produce la declaración formal de su invalidez. Toda declaración de invalidez —sea el acto nulo o anulable— debe tener eficacia retroactiva. Si el acto es inválido, todos los efectos que el mismo haya producido también lo serán, por ello la lógica más elemental exige la eliminación del acto, no sólo respecto al futuro, sino también, respecto al pasado, y borrar todos aquellos efectos que ilegítimamente ese acto (es un acto contrario a derecho) produjo hasta que formalmente declaró su invalidez. Esta es una exigencia elemental del principio de legalidad. Exigencia que, sin embargo, no es absoluta, pudiendo ceder cuando exista algún principio jurídico que en ese caso concreto tenga un mayor peso que el de legalidad. Pero dejando aparte estos supuestos excepcionales en los que, por las circunstancias del caso concreto, un principio jurídico pueda exigir la conservación de los efectos que ese acto produjo en el pasado, el principio de legalidad —tal y como se acaba de señalar— impone como regla general la eliminación del ordenamiento jurídico, no sólo del acto inválido (sea nulo o anulable), sino también de todos los efectos que haya producido hasta ese momento.

La imposibilidad de consentir los actos nulos de pleno derecho es otra de las notas que tradicionalmente vienen diferenciando la nulidad y la anulabilidad. Sin embargo, aunque ciertamente, esta nota se da, no creo que en sí misma constituya una diferencia real entre las mismas. Téngase en cuenta que en el Derecho civil la anulabilidad se produce únicamente cuando existe falta de capacidad o el consenti-

(10) Esta regla no tuvo este sentido originariamente. Con ella lo que se quería precisar era simplemente que en los casos en los que el vicio del acto determinase la nulidad de pleno derecho, el pretor podía privarle de eficacia en la fase *in iure*, sin necesidad de acudir a la segunda fase del proceso romano que era donde intervenía el juez privado (fase *apud iudicium*). Con lo cual, es cierto que en un principio la nulidad no tenía que ser declarada judicialmente, pero ello no significa que tuviera una eficacia *ipso iure*, sino, simplemente, que en los actos tan gravemente viciados era el pretor el encargado de privarle de eficacia denegando toda protección jurídica a aquel que esgrimiese títulos nulos de pleno derecho. Véase, por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pág. 93.

miento está viciado. Por ello, el consentimiento del afectado puede sanar el acto una vez corregida la falta de capacidad o eliminada la causa que viciaba el consentimiento. En estos supuestos, *el consentimiento tiene este importante efecto porque mediante el mismo se subsana el vicio del que adolecía el acto, lo que determina su convalidación*. El acto inválido ha adquirido validez por la subsanación del vicio o defecto que le invalidaba. Sólo por este motivo se le otorga esta trascendencia al consentimiento del afectado. De hecho, en los actos anulables, el único consentimiento que puede sanar el acto es el de aquella de las partes cuya voluntad se formó defectuosamente.

Ahora bien, que en el Derecho privado, el consentimiento del interesado, una vez que éste puede emitir su voluntad válidamente, sea una forma de corregir el vicio que afectaba al acto y de este modo se convalide el acto, no significa que sólo los actos anulables se puedan convalidar. La convalidación es un fenómeno muy amplio que incluye todos aquellos supuestos en los que los actos inválidos adquieren validez, cualquiera que sea la causa que la determina: por subsanación de vicios o defectos, por la aparición de circunstancias fácticas o normativas que obligan a considerar válidos actos que eran inválidos antes de que surgiesen esas nuevas circunstancias, por el transcurso del tiempo, etc. Por ello, no se puede afirmar, con carácter general, que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser convalidados, ya que este efecto dependerá, no de la calificación jurídica que se otorgue al vicio determinante de la invalidez, sino de que no concurren ninguna de las circunstancias de las que se pueda derivar este efecto. Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO considera convalidable a pesar de su nulidad aquellos actos respecto de los cuales su autor carecía del poder de legitimación necesario para afectar a su esfera de intereses siempre y cuando el titular de dicha esfera de intereses lo ratifique posteriormente; y por citar otro caso, también admite la convalidación de los negocios de contenido dispositivo que son nulos por no tener el transmitente el poder de disposición por el hecho de que éste adquiera posteriormente el dominio (11).

Ni siquiera en cuanto a la legitimación se aprecian diferencias entre ambas, pues si bien es cierto que el reconocer una amplia legitimación para impugnar los actos nulos de pleno derecho podría ser una consecuencia lógica de la consideración de vicios de orden público de estos actos, nuestro derecho positivo ha sido más realista que todo ello al considerar que por muy de orden público que éstos sean, los sujetos no afectados por los mismos no tendrán ningún in-

(11) Véase L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Tecnos, 2.ª ed., 1983, pág. 315.

terés en impugnarlos al no obtener ninguna ventaja con su anulación. Por ello en este punto tampoco existen diferencias: tanto en el caso de la nulidad como en el de la anulabilidad, nuestra legislación exige la existencia de un interés legítimo, aunque, por las razones apuntadas anteriormente, la noción de interés legítimo es más reducida en la anulabilidad (12).

Y por lo que se refiere a la tradicional consideración de la existencia de una legitimación *ex officio* en los supuestos de la nulidad de pleno derecho, tampoco parece acertado. Esta legitimación del juez no es consubstancial a esta categoría. Siempre que se produzca una infracción del ordenamiento jurídico, el juez, aunque no lo hayan alegado ninguna de las partes, tiene el deber de tenerla en cuenta. (Sin perjuicio, claro está, de poner estos nuevos motivos de invalidez en conocimiento de las partes para que éstas puedan alegar lo que estimen conveniente.) Esta es una exigencia elemental del principio de legalidad, que en nuestro Derecho se expresa en el viejo aforismo romano *iura novit curia*, y ha de referirse no sólo a los actos nulos de pleno derecho, sino también a los actos anulables. Es obvio que si el juez aprecia la existencia de falta de capacidad o la existencia de un vicio en el consentimiento, deberá tenerlo en cuenta para que, en el caso de que el vicio no se pueda corregir, declarar la invalidez del acto o negocio por este motivo.

Conviene tener en cuenta, además, que esta legitimación de oficio habilita al juez para apreciar los motivos de invalidez que concurren en los actos que tiene que enjuiciar, pero, como es evidente, no le habilitan para solicitar él la declaración de invalidez de los actos que sean nulos de pleno derecho cuando no esté conociendo de ello por razón de su oficio. Estos sólo podrán ser impugnados por los afectados por los mismos, lo que sucede tanto en el caso de la nulidad de pleno derecho como en el de la anulabilidad. Aunque, ciertamente, dados los vicios que en el Derecho privado determinan la anulabilidad, ésta sólo va a poder ser exigida por aquellos cuya voluntad se formó indebidamente. Limitación que no es, por lo demás, una característica definidora de la categoría de la anulabilidad, sino una consecuencia del sentido que en esta rama del Derecho se ha dado a esta institución (proteger a los incapaces o a aquellos que se obligaron en virtud de un consentimiento viciado) (13).

Resulta, por tanto, que la trascendencia práctica que tiene el distinguir entre nulidad y anulabilidad es, únicamente, el permitir la impugnación de los actos nulos de pleno derecho en cualquier tiem-

(12) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 482.

(13) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 497.

po (imprescriptibilidad de la acción de nulidad), y limitar, en cambio, en el tiempo la posibilidad de declarar la invalidez de los actos anulables. Diferenciación que encuentra su razón de ser en la consideración de que los actos que vulneran el orden público no pueden conservarse legítimamente en el mundo del derecho. Por ello el ordenamiento facilita su impugnación dejando siempre abierta la posibilidad de hacer valer su invalidez. Por el contrario, los actos anulables, como se parte de la base de que el motivo de su invalidez no perjudica más que al concreto afectado por el vicio, sólo éste tiene derecho a exigir la invalidez, y si no lo hace (bien porque ratifica expresamente el acto o negocio, o bien porque transcurren los plazos marcados por la ley para ejercer esta acción), se entiende que el acto lo consiente; consentimiento que si se presta una vez desaparecidas las causas de invalidez determina la convalidación del acto o negocio, y, consecuentemente, la imposibilidad ya de ejercer la acción de anulación.

No obstante, también esta diferencia conviene matizarla. Como ha afirmado DÍEZ-PICAZO, «el carácter imprescriptible de la acción de nulidad debe entenderse respecto de la *declaración de nulidad*, pero no por lo que se refiere a las cosas que hubiesen sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo. Los efectos restitutorios están sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales que es el de quince años (art. 1964), así como la posibilidad de que las cosas sean usucapidas, mediante una usucapión ordinaria si en el usucapiente concurren la buena fe y el justo título, o mediante una usucapión extraordinaria» (14). Lo que resulta perfectamente lógico, pues elementales razones de seguridad jurídica exigen que llegue un momento en el que el tiempo transcurrido impida remover situaciones jurídicas que aparecen como legítimas.

III. LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Veamos ahora qué sentido tiene en el Derecho administrativo el que los actos inválidos se califiquen en unos casos como nulos, y en otros como anulables. De la regulación legal parece deducirse que el criterio que ha llevado al legislador a regular la invalidez de los actos administrativos en torno a estas dos categorías es la gravedad de la infracción que han cometido. A los actos más gravemente viciados los califica de nulos de pleno derecho, dejando la anulabilidad para

(14) Véase L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, 6.ª ed., 1983, pág. 314.

el resto de los actos que aun siendo inválidos no han incurrido en infracciones tan graves (15). Con lo cual, esta concepción de la nulidad y de la anulabilidad parece encajar con la tradicional noción de la nulidad como sanción del ordenamiento contra los actos que incurren en los vicios más graves o, lo que es lo mismo, afectan al orden público (16).

La peculiaridad que presenta el Derecho administrativo respecto del Derecho civil es que el legislador parte de reconocer que *sólo* las infracciones más graves son las que vulneran el orden público; lo que supone admitir que en la mayoría de los casos se puede actuar de modo contrario a Derecho sin que por ello se perjudique al propio sistema.

Este carácter restrictivo de los supuestos de nulidad es perfectamente lógico en el ámbito del Derecho administrativo. Por una parte, se da la circunstancia de que en este sector del ordenamiento los sujetos jurídicos se encuentran, no sólo positivamente vinculados a la legalidad, sino que además de emitir su voluntad del modo que la ley establezca, han de formarla según disponen las normas de procedimiento. En el Derecho administrativo, las prescripciones jurídicas no intervienen sólo como límite negativo, estableciendo aquellas reglas imprescindibles para el funcionamiento de las instituciones, sino que se disciplina todo el actuar de la Administración.

Este es el resultado que se deriva de configurar todo el sistema de atribución de potestades en torno al principio de legalidad y de sujetar el proceso de formación de voluntad de los entes públicos al cauce procedimental exigido por la Ley. Por ello, y teniendo en cuenta, además, que la finalidad de muchas de estas normas va a ser, fundamentalmente, constituir una garantía del acierto y legalidad de la resolución que se adopte (esta mayor presencia del Derecho es, sin duda, un contrapeso necesario a los privilegios de la Administración), la vulneración de las mismas afectará raramente a lo que en un momento dado se considera las bases mismas del sistema, esto es, al orden público.

Por otra parte, se da la circunstancia de que el ámbito de intereses sobre los que inciden el Derecho administrativo es mucho mayor

(15) Sin perjuicio de que la lista que nos ofrece el legislador no sea exhaustiva. Como ha puesto de relieve la doctrina, en la regulación legal no se incluyen los vicios que afectan al elemento causal, lo que no se acaba de comprender, pues, en muchos casos, la desviación de poder puede constituir una gravísima infracción del ordenamiento jurídico (véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 606, y C. CHINCHILLA, *Nulidad...*, cit., pág. 205).

(16) En contra de la consideración de la nulidad como una sanción jurídica se ha pronunciado Julio B. J. MAIER, *La función normativa de la nulidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, en especial págs. 229 y ss.

que sobre el que inciden las normas de Derecho privado. En esta rama del Derecho, los negocios jurídicos, con carácter general, sólo surten efectos entre las partes intervinientes, y aunque en ocasiones pueden indirectamente afectar a terceros, estos efectos indirectos son bastante más limitados que en los actos administrativos. Eficacia *erga omnes* que además sólo se reconoce en los casos en los que se otorga al acto o negocio de una determinada publicidad, pues sólo de este modo se logra proteger los derechos de aquellos a quien pudiera afectarles un negocio jurídico pero no fueron parte del mismo.

Pues bien, precisamente porque la anulación o la pérdida de eficacia de los actos o negocios de derecho privado, en la mayoría de los casos, va a afectar sólo a aquellos que fueron parte en el negocio (y en los casos en los que excepcionalmente inciden sobre terceros, el Derecho arbitra mecanismos de protectores —por ejemplo, protección registral al tercero de buena fe—), es por lo que se va a permitir que esta acción se pueda ejercer en cualquier momento, ya que por las circunstancias indicadas será muy raro que, en general, se resienta la seguridad jurídica.

Por el contrario, en el Derecho administrativo, el círculo de interesados va a ser, por la propia naturaleza del acto administrativo, mucho mayor que en el Derecho privado (la concesión de una licencia, por ejemplo, puede afectar a los intereses de muchos sujetos jurídicos; por el contrario, la celebración de un contrato de arrendamiento difícilmente afectará a los intereses legítimos de personas distintas de los intervinientes en el contrato). Sin contar, por otra parte, que al tratarse de actos provenientes de un poder público, han de gozar de una dosis de certeza mucho mayor que la de los actos particulares.

Parece, por tanto, que en el Derecho administrativo la noción de orden público va a tener un ámbito mucho más limitado que en el Derecho privado, y por ello sólo aquellas infracciones que expresamente el ordenamiento califica como nulas de pleno derecho, van a tener esta consideración. Pero en cualquier caso, lo que es claro es que la nulidad es la calificación que el ordenamiento otorga a los actos más gravemente viciados, considerando anulables a todos los demás que incurrir en una infracción lo suficientemente grave como para determinar su invalidez (17).

Lo que no está tan claro son las consecuencias que se derivan de esta distinción. Basar la diferencia entre nulidad y anulabilidad en los criterios distintivos que ofrece la concepción dogmática de la in-

(17) Recuérdese que existen ilegalidades que el propio ordenamiento considera meras irregularidades sin fuerza invalidante (art. 63.2 y 3 de la LAP).

validez, no resulta posible en el Derecho administrativo. La eficacia *ipso iure* de la nulidad queda claramente desmentida por la ejecutividad propia de los actos administrativos. No obstante, parece que el legislador quiso acercarse a esta regla al prever como uno de los supuestos en los que procede la suspensión de los actos administrativos el que se halle incurso en un supuesto de nulidad de pleno derecho (art. 111 LAP). Sin embargo, la propia configuración del régimen de la suspensión impide que en la práctica esta causa pueda prosperar. En efecto, salvo en casos excepcionales en los que la nulidad sea evidente, en la mayoría de los casos, ésta va a ser una cuestión de fondo sobre la que ni la Administración ni los tribunales podrán pronunciarse en este momento procedimental o procesal (18).

Tampoco resulta una nota diferenciadora de estas dos categorías jurídicas el carácter *ex tunc* de la nulidad frente a la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad. Y la razón es la misma que la que se dio al examinar los actos del Derecho privado: la invalidez del acto determina la invalidez de todos sus efectos por lo que —salvo que exista un principio jurídico que exija conservar los efectos producidos por el acto inválido— al tratarse de efectos contrarios a derecho deben ser eliminados del mundo del derecho. Conclusión que en el Derecho administrativo tiene además un apoyo positivo claro: el artículo 57.3 de la LAP. Según este precepto, una de las excepciones en las que un acto administrativo puede tener efectos retroactivos es cuando se «dicten en sustitución de actos anulados», lo que implícitamente supone reconocer que la anulación tiene efectos retroactivos, pues de otro modo el acto que sustituye al anulado no podría tener este efecto.

Tampoco puede basarse la diferencia entre nulidad y anulabilidad en que sólo los actos anulables pueden ser convalidados. Ciertamente, un argumento en contra de esta tesis parece ofrecernos el legislador en el artículo 67 de la LAP al referirse expresamente a los actos anulables como posible objeto de convalidación. Sin embargo, no creo que esta interpretación resulte correcta. En primer lugar, porque la convalidación es un fenómeno mucho más amplio que el recogido por el legislador en el precepto citado. La convalidación es la institución que recoge todos aquellos supuestos en los que, por el motivo que sea, un acto inválido adquiere validez. La Ley de Régimen Jurídico se refiere sólo a uno de estos medios que puede deter-

(18) Véase Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, 1991, pág. 166; Lluís CASES PALLARÈS, *La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo*, «REDA», núm. 76, pág. 661, en especial 670 y ss.; I. LÓPEZ CÁRCAMO, *Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso-administrativo*, «Revista Vasca de Administración Pública», enero-abril 1993, págs. 118, 119 y 132.

minar la convalidación de un acto: la subsanación, pero existen otros muchos más. Por ello, en el caso de que de este precepto se derivase la prohibición de convalidar los actos anulables, tal prohibición afectaría sólo a la convalidación por subsanación.

Sin embargo, no creo que esta interpretación sea correcta. Excluir, con carácter general, la posibilidad de corregir los defectos que afectan a los actos nulos de pleno derecho no me parece acertado. El que se puedan subsanar los vicios de un acto inválido depende, no de la calificación jurídica que se otorgue al vicio en el que ha incurrido, sino de si el vicio es subsanable o no. Por ello, si aun siendo nulo, el defecto determinante de la nulidad puede ser corregido, la subsanación del vicio determinará la convalidación del acto. Por ejemplo, en el caso de que un acto haya sido dictado por un alcalde cuando la competencia le corresponde al pleno, el acto aun siendo nulo de pleno derecho por haber sido dictado por órgano incompetente por razón de la materia (estas relaciones no pueden explicarse, como es evidente, en virtud del principio de jerarquía), podría ser convalidado si el pleno ratificase lo hecho por el órgano incompetente. ¿Qué sentido tiene excluir estos supuestos de la convalidación? A mi juicio ninguno. Es más: si así se hiciera se estaría vulnerando el principio de conservación, pues ello obligaría a anular actos que, una vez corregidos los defectos en los que incurren, son adecuados a derecho. Por ello, en mi opinión, siempre que el defecto pueda ser subsanado, el acto —sea nulo o anulable— adquirirá validez, esto es, se convalidará.

Ciertamente, tal conclusión podría ser contraria al artículo 67 de la LAP si se entiende en su tenor literal. Pero también es verdad que esta interpretación literalista del mencionado precepto legal puede vulnerar el ya citado principio de conservación. Por ello, es preciso intentar buscar un sentido al referido artículo que sea compatible con el principio aludido. Y esta interpretación no puede ser otra que entender que la referencia expresa a los actos anulables que realiza el artículo 67 no puede ser entendida como una prohibición de subsanar los defectos en los que incurren los actos nulos de pleno derecho. Interpretación, desde luego, un tanto forzada, pero es la única capaz de armonizar los postulados legales con las prescripciones que se derivan del principio de conservación y el sentido de la institución de la subsanación (19).

También se suele sostener que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser consentidos por los perjudicados, y, en cambio, los ac-

(19) Todas estas cuestiones han sido estudiadas con mucho más detenimiento en mi libro *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994.

tos anulables sí. Pero tampoco esta nota diferenciadora resulta acertada. Tanto en el caso de los actos nulos como en los anulables, el consentimiento del afectado tiene el importante efecto de impedir a aquel que, expresa o tácitamente, manifestó su conformidad con un acto administrativo, desconocer esta voluntad e impugnar la decisión consentida. Es claro que si una vez desestimado el recurso administrativo se deja pasar el plazo del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal, sin entrar siquiera a conocer si se encuentra ante un supuesto de nulidad o de anulabilidad, declara la inadmisibilidad del recurso. Como ha afirmado R. PARADA, «el acto administrativo, cuando es firme y consentido por el transcurso de los plazos de impugnación o por cualquier otra circunstancia procesal, y, aunque sea nulo de pleno derecho, aparece revestido de la santidad de la cosa juzgada propia de las sentencias ya inapelables» (20).

Otro de los criterios que tradicionalmente sirven para diferenciar la nulidad y la anulabilidad es la legitimación. En este punto, en el Derecho administrativo va a ocurrir lo mismo que en el Derecho privado: la condición de interesado se obtiene, no por la calificación jurídica que merezca la invalidez de la que adolezca el acto, sino por la existencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución (arts. 31 de la LAP y 28 de la LJ). Y por lo que se refiere a la legitimación *ex officio* —como también sucede en Derecho civil, tal y como ya se ha visto—, no es exclusiva de la nulidad de pleno derecho, sino que forma parte de las facultades del órgano que resuelve el recurso, sea éste administrativo o judicial, cualquiera que sea la calificación jurídica que merezca la invalidez del acto (21).

También podría considerarse como un rasgo distintivo de estas dos categorías, la prohibición de alegar los vicios determinantes de la invalidez por los causantes de los mismos en el caso de la anulabilidad, pero no, en cambio, cuando se trate de infracciones determi-

(20) Véase R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, 1993, pág. 268.

(21) Recordemos que el artículo 113.3 de la LAP dispone que «el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial». Y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa en su artículo 43.2 establece que «si el Tribunal al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquélla mediante providencia, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo, lo expondrá y concederá a los interesados un plazo común de tres días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo».

nantes de la nulidad, tal y como ha señalado R. PARADA (22). Esta regla consagra la vieja máxima jurídica según la cual nadie puede beneficiarse de su propia torpeza y aparece expresamente recogida en el artículo 115.2 de la LAP, con la peculiaridad de que, como acaba de indicarse, el legislador limita la prohibición a los actos anulables. La exclusión de los supuestos de nulidad encuentra su fundamento, sin duda, en el carácter de orden público de los vicios determinantes de la nulidad. La lógica del precepto parece encontrarse, por tanto, en la consideración de que expulsando del mundo del Derecho estos actos, no sólo se va a beneficiar el causante de la invalidez, sino el orden jurídico en general. Ahora bien, por la propia naturaleza de esta nota distintiva, no creo que en la realidad vaya a jugar un papel importante en orden a deslindar las consecuencias prácticas que se derivan de una y otra categoría, pues es evidente que los supuestos en los que pueda resultar de aplicación van a ser claramente excepcionales.

Por último, queda por analizar el carácter imprescriptible de la acción de nulidad frente a la prescriptibilidad de la anulabilidad. Esta nota —como ha afirmado R. PARADA (23)— constituye realmente la única diferencia que existe entre estas dos categorías. En efecto, la nulidad, a diferencia de la anulabilidad, se puede hacer valer en cualquier tiempo: una vez que se ha pasado el plazo de recurso se puede ejercer la acción de nulidad a través de la revisión de oficio. No obstante, con la nueva ley, la posibilidad de que la revisión de oficio se pueda iniciar también a instancia de los interesados no se limita sólo a los actos nulos de pleno derecho sino que, incomprensiblemente, la amplía también a los actos anulables (24). A pesar de

(22) R. PARADA, *Régimen...*, cit., pág. 265.

(23) R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico...*, cit., pág. 267.

(24) El que la revisión de oficio pueda iniciarse a instancia de los interesados en los actos nulos, tiene sentido en cuanto constituye la acción específica de nulidad, pero no lo tiene en los actos anulables. Es más, en estos casos permitir que los particulares puedan también iniciar estos procedimientos supone desvirtuar la institución de la revisión de oficio, convirtiéndola de hecho en una vía de recurso diferente cuyo plazo de interposición va a ser enormemente amplio (véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992*, núm. 130 de esta REVISTA, pág. 216). Lo que no se entiende es que puestos a crear un cauce diferente de impugnación de los actos administrativos, se haya excluido de esta vía los actos que no sean declarativos de derechos. Recuérdese que el art. 103 de la LAP establece que «podrán ser anulados por la Administración, a iniciativa propia o a solicitud del interesado, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, los actos declarativos de derechos...» (véase J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993, pág. 165). Exclusión que, a mi juicio, carece por completo de sentido, pues precisamente, si algún tipo de actos pueden ser impugnados durante largo tiempo, éstos deberían ser los *no* declarativos de derechos, dada su menor incidencia en la seguridad jurídica.

todo, la diferencia sigue existiendo: los actos nulos de pleno derecho se pueden revisar de oficio en cualquier momento, y, por el contrario, los anulables están sujetos a un plazo de revisión de cuatro años (arts. 102 y 103 de la LAP) (25).

El fundamento último de estas categorías parece encontrarse, por tanto, en el hecho de que el ordenamiento no puede consentir la conservación de aquellos actos que incurren en las infracciones más graves —las que se consideran que afectan a las propias bases del sistema, o al orden público—, y por ello permite que los actos que incurren en tan graves vicios puedan ser eliminados del mundo del derecho en cualquier momento. Por el contrario, en los actos anulables la posibilidad de hacer valer la invalidez se limita en el tiempo. En estos casos, la infracción en la que ha incurrido el acto perjudica únicamente a aquellos que afecta directamente y es por esta razón por la que sólo a ellos se les otorga la posibilidad de exigir que se respete la legalidad quebrantada. Ahora bien, como resulta que estas ilegalidades no son de las que el ordenamiento considera muy graves, y por otro lado, se da la circunstancia de que toda anulación altera la paz jurídica, el ordenamiento limita el derecho a que se declare formalmente la invalidez durante un plazo determinado; plazo que una vez transcurrido, determina el nacimiento del derecho a la seguridad jurídica y a la certeza del derecho del resto de la comunidad. De esta forma, se logran conciliar los dos principios eternamente enfrentados: la legalidad y la seguridad.

IV. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Visto ya que la única consecuencia que realmente se deriva de calificar a un acto como nulo o anulable es la posibilidad de ejercer en cualquier tiempo la acción de nulidad frente a la prescriptibilidad de la anulabilidad, queda todavía por determinar en qué casos la invalidez de un acto administrativo da lugar a una u otra categoría. En nuestro Derecho administrativo tal decisión corresponde al legisla-

(25) Téngase en cuenta que, como se acaba de señalar en la nota anterior, la LAP sólo considera revisables de oficio los actos anulables que *sean declarativos de derechos*. Por ello, aquellos que no tengan este carácter sólo podrán ser impugnados durante los plazos de recursos establecidos en la Ley: si el acto no agota la vía administrativa el plazo para interponer el recurso es de un mes (recurso ordinario); y si agota la vía administrativa, deberá interponerse el recurso contencioso en el plazo de dos meses o un año, dependiendo de si se trata de un acto expreso o presunto.

dor, ya que las causas de nulidad se encuentran tasadas por la Ley. Ahora no se va a estudiar pormenorizadamente cada una de ellas, al ser ésta una cuestión que ha sido ya muchas veces analizada por nuestra doctrina. Por ello me voy a limitar a examinar, muy brevemente, los cambios que la nueva Ley ha introducido al regular los supuestos de nulidad, y la incidencia que estos cambios pueden tener en la configuración de estas categorías.

La primera novedad que se observa en la regulación legal es la inclusión de un nuevo supuesto de nulidad. El artículo 62.1.a) de la LAP considera nulos de pleno derecho a los actos «que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». Parece lógico que si la nulidad se reserva para los actos más gravemente viciados, ésta sea la sanción que deba aplicarse en estos casos, al ser estos derechos los que más relevancia tienen en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que no es tan lógico es que el legislador exija para que el acto se considere nulo de pleno derecho que la lesión afecte al «contenido esencial». Esta limitación, como ha puesto de relieve J. LEGUINA, contradice «la doctrina creada sobre el particular por el Tribunal Constitucional, y que parece apoyarse, tomándola a préstamo, en una distinción —contenido esencial y no esencial— que sólo tiene sentido dentro de las medidas de protección directa que la propia Constitución dispensa *frente al legislador* a los derechos y libertades constitucionales (art. 53.1 de la Constitución)» (26). Pero además no resulta coherente. Como ha señalado C. CHINCHILLA, «el quebrantamiento de un derecho fundamental no es fraccionable: o se vulnera o no se vulnera, con independencia de que las facultades afectadas por la vulneración formen parte del contenido esencial o del contenido adicional de aquél» (27). Conclusión que tiene un sólido apoyo en la jurisprudencia constitucional, al ser doctrina consolidada de este Tribunal, que mediante el recurso de amparo se protegen, tanto las facultades integrantes del contenido esencial de los derechos fundamentales como las que integran su contenido adicional (SSTC 114/84, 39/86, 9/88, 51/88, 30/92, 75/92). De este modo, aunque resulte acertado considerar a los actos que lesionan derechos y libertades fundamentales nulos de pleno derecho, la referencia «al contenido esencial» merece, sin embargo, un juicio desfavorable, tal y como enseguida señaló la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión (28).

(26) Véase J. LEGUINA VILLA, *Prólogo a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

(27) Véase C. CHINCHILLA MARÍN, *Nulidad...*, cit., pág. 198.

(28) Véase J. LEGUINA VILLA, *Prólogo a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit.; C. CHINCHILLA MARÍN, *Nulidad...*,

También se aprecian novedades sustanciales en la regulación de la segunda causa de nulidad: «los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio». Como puede apreciarse, la nueva ley se ha encargado de precisar que la incompetencia que determina la nulidad del acto no es, en general, la incompetencia manifiesta (como ocurría con la legislación de 1958), sino la incompetencia manifiesta *por razón de la materia o del territorio*. La razón de esta modificación parece encontrarse en el hecho de querer excluir la incompetencia jerárquica del ámbito de la nulidad de pleno derecho; exclusión que tradicionalmente se ha pretendido justificar en la posibilidad de convalidar los actos viciados por este tipo de incompetencia, lo que, desde la teoría tradicional de la invalidez, resultaba inadmisibile.

Dada la concepción de la invalidez que aquí se defiende, es lógico que tal argumento no sirva para atribuir a un vicio la calificación de causa determinante de la nulidad del acto. La nulidad o anulabilidad no depende —como ya se ha tratado de explicar anteriormente— de la posibilidad o no de subsanar los defectos en los que incurre el acto, sino de la gravedad de la infracción cometida. Por esta razón no considero acertado excluir de la nulidad todo vicio de incompetencia jerárquica, pues en aquellos casos en los que exista una gran diferencia de rango entre el órgano que ha dictado el acto y aquel que según el ordenamiento deba adoptar la resolución (decisión adoptada por un jefe de negociado cuando le correspondería dictarla al ministro, por citar el ejemplo tradicional), la infracción cometida ha de reputarse como muy grave, pues supone permitir el ejercicio del poder público, a órganos con una jerarquía muy inferior a la exigida por el Derecho (29).

La única forma de salvar la omisión legal es considerar que en estos supuestos en los que existe una gran diferencia jerárquica entre el órgano que debió dictar la resolución y aquel que realmente la dictó, son en realidad casos de incompetencia material, pues se trata de materias (o, si se quiere, asuntos concretos de una determinada materia) que el legislador ha atribuido expresamente a otro órgano administrativo, con lo cual el órgano que ha dictado el acto carece de competencias para dictar la resolución por tratarse de una materia que es de competencia del superior. Ciertamente, tal interpretación supone incluir dentro de la incompetencia material los supuestos de

cit., pág. 198; J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos*, cit., pág. 504.

(29) Véase SANTAMARÍA, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2.ª ed., 1979, págs. 228 y ss.; J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad y anulabilidad...*, cit., pág. 506.

incompetencia jerárquica acabando de este modo con la tradicional consideración autónoma de la incompetencia por razón de jerarquía, pero sólo de este modo se pueden calificar estas graves infracciones como causas de nulidad. Sin perjuicio, claro está, de que en muchos casos la actuación del órgano incompetente será constitutiva del delito de usurpación de funciones (30).

El mismo problema se plantea en los supuestos de falta de potestad, ausencia de investidura del titular del órgano o de inexistencia o falseamiento esencial del presupuesto fáctico habilitante. Es evidente que los casos más graves de incompetencia no pueden quedar al margen de la nulidad de pleno derecho, por ello, como LAVILLA ha puesto de relieve, todos estos casos «serían reconducibles a la “materia”, ampliamente concebida, a la que se refiere el artículo 62.1.b) LAP» (31). No obstante, conviene advertir que, como también ha señalado el profesor citado, estos supuestos no sólo pueden quedar comprendidos dentro del apartado b) del artículo 62.1 de la LAP sino también dentro del apartado f) del mismo precepto legal. Es más, dados los términos que definen esta causa de nulidad (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición), podría parecer que estos casos encajan mejor dentro de este supuesto de nulidad. El problema es que, como ha advertido LAVILLA, esta causa sólo resulta aplicable cuando se trata de actos favorables, pero no a los actos de gravamen. Por ello cuando este vicio afecta a actos que tienen este carácter deberán considerarse nulos por incurrir en el supuesto de nulidad contemplado en el apartado b) (incompetencia material), o forzando mucho las cosas por la prevista en el apartado c) (contenido imposible), como en alguna ocasión ha realizado el Consejo de Estado (32).

Por último, por lo que se refiere a este supuesto de nulidad, queda todavía por aludir al adverbio «manifiestamente» que delimita los supuestos en los que la incompetencia material o territorial tiene alcance suficiente como para determinar la nulidad. Punto éste, donde en lo único en que conviene insistir es que, como la doctrina y el Consejo de Estado viene poniendo de relieve, lo manifiesto no hace referencia a la ostensibilidad (aunque ésta parece ser la interpretación que se deduce de los trabajos parlamentarios), sino a la gravedad o importancia de la infracción cometida (33).

(30) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 608.

(31) Véase J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad...*, cit., pág. 507.

(32) Véase J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad...*, cit., págs. 511 y ss.

(33) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., págs. 319 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 594; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen*

La tercera de las causas que el artículo 62.1 considera determinante de la nulidad es que el acto tenga un contenido imposible. Aquí no existe variación respecto de la legislación anterior, por lo que basta con recordar que, como viene insistiendo la doctrina, la imposibilidad a la que se refiere el precepto legal, se refiere a la imposibilidad de cumplimiento del contenido del actor (34), lo que, según SANTAMARÍA, puede suceder en cuatro supuestos:

- A) Actos que carecen del sustrato objetivo adecuado a la finalidad del acto, sea éste personal (el ejemplo citado por este autor es el de nombramiento de un funcionario en favor de persona fallecida), o material (el ejemplo al que acude es de una concesión de aprovechamiento de agua por un aforo superior al volumen total del acto), o jurídico (revisión de oficio de un acto declarado nulo por un tribunal contencioso) (35).
- B) Actos que imponen una prestación física o técnica irrealizable.
- C) Actos de contenido contradictorio o carente de lógica, y
- D) Actos ambiguos, de contenido indeterminado o indeterminable. El ejemplo al que acude en este caso es el de una sanción a la que le falta determinar la cuantía de la multa.

Otra de las causas que según la Ley determina la nulidad del acto es que sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta (36). La ley ha ampliado esta causa de nulidad a todo ilícito penal sea delito o sea falta (antes sólo se refería a los delitos) (37), precisando que esta causa de nulidad procede, no sólo cuando el acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal (lo que puede suceder tanto porque el acto constituya en sí mis-

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentario y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), pág. 259; J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad y anulabilidad...*, cit., pág. 505.

(34) Cfr. C. CHINCHILLA, *Nulidad...*, cit., pág. 201; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., págs. 345 y ss.

(35) Este supuesto también podría tratarse de un caso de incompetencia material, dado el amplio sentido que se le ha atribuido a esta causa de nulidad.

(36) Para un riguroso análisis de los problemas que plantea esta causa de nulidad (aunque redactada en los términos de la LPA) puede verse SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho*, cit., págs. 349 y ss.

(37) A los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ esta ampliación no deja de suscitarles reparos. En opinión de estos autores: «La ubicación en el Código Penal o en la legislación administrativa de conductas constitutivas de faltas merecedoras de sanción es, más bien, una cuestión de mera oportunidad o de tradición histórica, incluso ajena, en principio, a cualquier consideración de orden sustantivo.» Por ello, a su juicio, «hubiera sido preferible mantener la redacción precedente y limitar la nulidad de pleno derecho al acto propiamente delictivo o resultante de un delito en sentido estricto» (véase su *Curso...*, I, cit., pág. 596).

mo una infracción penal, o porque ordene realizar una conducta tipificada como delito o falta penal) sino también cuando se dicten a consecuencia de ésta (licencia otorgada mediando cohecho), tal y como la doctrina venía propugnando (38). Nótese que en este último caso, el acto, aisladamente considerado, puede ser perfectamente conforme a Derecho pero si se ha cometido un delito para su consecución, ese acto será nulo de pleno derecho (39). Por ejemplo, se otorga dinero a un funcionario con el fin de que conceda la licencia con mayor rapidez, licencia que, aunque en sí misma, es perfectamente ajustada a la legalidad, será nula de pleno derecho por haber sido otorgada como consecuencia de una infracción penal.

Pero el principal problema que plantea esta causa de nulidad es el de quién debe determinar la existencia de la infracción penal. Problema que nuestra doctrina viene resolviendo aplicando la regla contenida en el artículo 4 de la LJCA. Esto es, exigiendo que sean los tribunales penales los que realicen esta calificación (40). Regla que, sin embargo, se excepciona en los supuestos en los que no exista ya responsabilidad penal (ejemplo, muerte del funcionario que cometió el delito), admitiéndose que en estos casos en los que ya no resulta posible ejercer la acción penal, pueda la Administración o, en su caso, los tribunales contenciosos, determinar si hubo o no infracción penal para poder hacer valer esta causa de nulidad (41).

La quinta de las causas de nulidad de pleno derecho que contempla la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, como antes hiciera la Ley de Procedimiento Administrativo, es la falta total y absoluta de procedi-

(38) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Cívitas, 2.ª ed., 1988, págs. 400 y 404; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., págs. 349 y ss.

(39) Todo ello sin perjuicio de que puedan existir circunstancias sobrevenidas que determinen la convalidación de ese acto inválido. Por ejemplo: la intervención de terceros de buena fe. Supongamos que mediando cohecho un contratista obtuvo una licencia de edificación para construir un bloque de viviendas. Licencia que, sin embargo, es perfectamente acorde con la legislación urbanística. Una vez vendidas las viviendas a terceros —evidentemente éstos nada sabían de los medios obtenidos para obtener la licencia— se descubre el origen ilícito del acto administrativo. En estos casos, la buena fe de los terceros impediría considerar inválido ese acto y anular la licencia.

(40) Téngase en cuenta que, como los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...*, I, pág. 598) han puesto de relieve, la competencia del Juez penal no se extiende a la declaración de nulidad del acto. Una vez obtenida la sentencia penal en la que se califica al acto como constitutivo de infracción penal, será necesario iniciar un procedimiento administrativo o, en su caso, un proceso contencioso-administrativo, con el fin de que declare la nulidad de pleno derecho de ese acto administrativo.

(41) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., págs. 400 y ss.; R. ENRÍQUEZ SÁNCHEZ, «De las disposiciones y actos administrativos», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho*, cit., págs. 349 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico...*, cit., pág. 262.

miento legalmente establecido, y los actos dictados prescindiendo de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Pero como en este punto la ley no introduce novedades, no voy a entrar siquiera a examinar este supuesto de nulidad, remitiéndome a lo que en torno al antiguo artículo 47.1.c) se ha estudiado (42).

Donde sí conviene detenerse es en la causa de nulidad regulada en el apartado f) del artículo 62.1 de la LAP:

«Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.»

Como puede apreciarse, la interpretación de este precepto no resulta fácil. Y la causa de esta dificultad se encuentra, fundamentalmente, en que el mismo resulta aplicable tanto a los actos expresos como presuntos. En efecto, si este precepto se refiriese únicamente a los actos presuntos (intención que parece deducirse de la exposición de motivos de la propia ley pero que luego contradice su propio tenor literal) (43), no plantearía ningún problema de interpretación. Se podría entender que los actos obtenidos por silencio son nulos de pleno derecho cuando mediante los mismos se hayan adquirido facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico; requisitos que podían referirse tanto al sujeto como al objeto.

Entendida de este modo, esta causa de nulidad hubiera servido para terciar en la polémica doctrinal y jurisprudencial que se suscitó sobre la posibilidad de adquirir por silencio facultades o derechos contrarios al ordenamiento jurídico (44). En efecto, si este supuesto se hubiera referido únicamente a los actos presuntos, se habría con-

(42) Véase, por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., págs. 361 y ss.

(43) En el apartado noveno de la Exposición de Motivos de la Ley, una vez comentada la nueva regulación del silencio se afirma que «lógicamente, la citada regulación se complementa con la inclusión posterior» de la causa de nulidad que se está examinando.

(44) Como se recordará, en este punto la jurisprudencia y doctrina se encontraba dividida: por un lado estaba la postura que sostenía que por silencio sólo podía adquirirse aquello que fuese conforme a Derecho, que es además la que el legislador ha escogido en algunas leyes sectoriales (véase el art. 242.6 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 y el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, sobre instalación de industrias); y por otro, se sostenía que por silencio podían adquirirse facultades y derechos aun siendo contrarios a derecho, salvo en el supuesto que la ilegalidad cometida fuera determinante de la nulidad de pleno derecho (véase A. JIMÉNEZ-BLANCO, en *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, dirigida por L. PAREJO y J. A. SANTAMARÍA, CEURA, 1989, pág. 344; E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Cívitas, 1990, págs. 173 y ss.).

seguido compatibilizar los efectos propios del silencio positivo con el principio de legalidad. Por un lado, constituiría un reconocimiento implícito de la posibilidad de adquirir facultades y derechos por esta vía —incluso aunque fueron contrarios a Derecho—, equiparando, de este modo, los actos obtenidos en virtud del silencio positivo a los actos expresos. Y por otro, se habría garantizado el respeto del principio de legalidad, ya que al considerar que la invalidez de este tipo de actos determina la nulidad de pleno derecho, se garantiza que los actos obtenidos en virtud de silencio que sean contrarios a Derecho se pueden eliminar del ordenamiento jurídico en cualquier momento, evitando así que la falta de impugnación en plazo suponga la adquisición de derechos o facultades contrarios al ordenamiento (45).

El problema es que el precepto legal que estamos estudiando no se refiere solamente a los actos presuntos, sino que incluye también a los expresos. Y referida a este tipo de actos la interpretación que se acaba de proponer puede no ser correcta. Si aplicamos las anteriores consideraciones a los actos expresos, resulta que la diferencia entre nulidad y la anulabilidad desaparece por completo, pues todos los actos favorables que fueran inválidos serían siempre nulos de pleno derecho (46). Y la razón es muy simple: el ordenamiento sólo puede considerar que un acto es contrario a Derecho cuando carece de algún requisito, cuando el requisito que falta es esencial. Si el requisito omitido no tiene este carácter, la falta del mismo no podrá determinar nunca su invalidez, ya que el propio ordenamiento no lo exige como condición necesaria para su validez. Un requisito que no es esencial es un requisito del que se puede prescindir, y si se puede prescindir del mismo, es evidente que un acto no podrá considerarse inválido por este motivo. Por ello, si equiparásemos la falta de un requisito esencial con la nulidad, resultaría que en la mayor parte de los casos los actos inválidos serían nulos. Esta conclusión, sin embargo, no resulta admisible. Es claro que de la regulación legal no puede deducirse que esta distinción no tenga relevancia en los actos favorables (no se olvide que es a los únicos a los que el precepto se refiere), ya que no resultaría lógico considerar que la diferencia entre nulidad y anulabilidad ha desaparecido únicamente en los actos

(45) C. CHINCHILLA, en cambio, no considera que la LAP venga a terciar en esta polémica. Según esta autora, la nueva ley no pretende otra cosa que «otorgar un reconocimiento formal a un motivo de nulidad que era una derivación necesaria del principio de legalidad». En su opinión, «los actos presuntos favorables tienen el mismo régimen de nulidad que los expresos diferenciados en dos grados (nulidad radical y anulabilidad) y determinado por la serie de motivos que la ley define en sus artículos 62 y 63» (*Nulidad...*, cit., pág. 199).

(46) Esta es también la opinión de R. ENRÍQUEZ SANCHO, *Comentario sistemático...*, cit., pág. 270, y de F. GARRIDO FALLA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Cívitas, 1993, pág. 174.

por los que se adquieren derechos o facultades, pues, como ha advertido GARRIDO FALLA (47), supondría admitir que el régimen de invalidez de los actos se rige por dos reglas contrapuestas: «la de la *anulabilidad* para las infracciones del ordenamiento jurídico en los actos de gravamen para los ciudadanos, y la de la *nulidad absoluta* en relación a los actos favorables a su esfera jurídica». Solución que —como afirma el autor citado— no parece que pueda resultar admisible, «no sólo por la asimetría y el desequilibrio de la misma, sino también por la inseguridad jurídica que de ella se deriva». Por estas razones, GARRIDO FALLA considera que este supuesto de nulidad no constituye «más que una interpretación innecesaria o, si se quiere, una tautología en relación con los actos de “contenido imposible”», al considerar que dentro de estos actos se incluyen «los supuestos en los que falta el sustrato fáctico, personal o material».

El problema que presenta esta interpretación es que, como el propio autor reconoce, supone privar a esta causa de toda sustantividad. Otra interpretación más acorde con el sentido de la ley podría ser entender que la falta de los requisitos esenciales a los que alude el precepto, se refiere únicamente a los requisitos subjetivos, esto es, a las condiciones que debe reunir el sujeto para adquirir el derecho o facultad solicitado (por ejemplo, reunir todas las condiciones que la legislación vigente exige para adquirir la condición de funcionario o para contratar con la Administración Pública). Esta es la tesis que han mantenido los profesores VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA. Según estos autores, «la expresión “requisitos esenciales” viene referida al destinatario del acto y no al mismo». Por ello consideran que no se trata de que el acto «infrinja más o menos gravemente el ordenamiento jurídico (...), sino de que el particular no cumpla con los requisitos “esenciales” para su adquisición» (48). Sin embargo, esta interpretación tampoco me parece acertada. Primero, porque de la regulación legal no cabe deducir que los requisitos a los que alude sean únicamente los subjetivos. Pero además, si así fuese, *la nulidad de pleno derecho no serviría como complemento de la regulación del silencio* (tal y como establece el propio legislador en la exposición de motivos de la propia Ley —apartado noveno, penúltimo párrafo—), dado que en la mayoría de los casos, estos actos van a ser inválidos, no porque el sujeto no reúna los requisitos para adquirir el derecho o facultad solicitado, sino porque lo solicitado resulta contrario a derecho. Que es además el principal peligro que presenta la generalización del silencio positivo.

(47) F. GARRIDO FALLA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 175.

(48) Véase J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. EZCURRA, *Principios...*, cit., pág. 154.

Vistos los problemas que plantea el adoptar un criterio general que permita determinar en qué casos un acto carece de los requisitos esenciales para adquirir el derecho o facultad solicitado, algunos autores han optado por dejar esta cuestión a la casuística (49). Al profesor LAVILLA incluso le merece un juicio positivo la regulación legal, pues aunque reconoce la inseguridad jurídica que puede generar este supuesto de nulidad, considera que «no es un precio excesivo a pagar por la introducción de una fórmula general comprensiva de todos los supuestos que la realidad puede ofrecer y que, por ende, evita la necesidad de recurrir a interpretaciones amplias y forzadas —ocasionando, éstas sí, una grave inseguridad jurídica— de los vicios concretos tipificados por el legislador y que a la postre siempre resultan insuficientes».

La objeción que se podría formular a estas tesis es que conllevan el fin de la tradicional consideración del carácter tasado de la nulidad, lo que, en definitiva, supondría difuminar la ya tenue diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad. Ciertamente, como se ha tenido ocasión de analizar anteriormente, las consecuencias que se derivan de calificar un acto como nulo o como anulable, no son muchas, o mejor dicho, es una sola: su carácter imprescriptible. Consecuencia que, además, tiene una razón de ser: evitar que la falta de impugnación en plazo pueda determinar la conservación de los actos más gravemente viciados. Por ello, si no se quiere que esta distinción pierda por completo su sentido, parece aconsejable tratar de precisar en qué supuestos resulta de aplicación esta causa de nulidad. De otro modo se corre el riesgo de convertirla en un cajón de sastre en el que poco a poco se vayan incorporando los supuestos propios de la anulabilidad. Lo que daría lugar a una gran inseguridad jurídica (50), al permitir que actos por los que se reconocen facultades o derechos puedan ser impugnados en cualquier tiempo. Aunque también es verdad que la puerta a la inseguridad jurídica la ha abierto ya el propio legislador al permitir que los actos anulables que sean declarativos de derechos puedan ser revisados de oficio durante cuatro años. Pero, en fin, al menos en este caso la revisión está sometida a plazo, aunque sea muy amplio.

Por todo lo expuesto, considero conveniente seguir buscando una interpretación que permita delimitar los supuestos en los que resulta

(49) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 605; J. J. LAVILLA RUBIRA, *Nulidad...*, cit., pág. 411; C. CHINCHILLA MARÍN, *Nulidad...*, cit., pág. 200; R. ENRÍQUEZ SANCHO, *Comentario sistemático...*, págs. 270-271.

(50) La inseguridad jurídica —como ya se ha advertido en el texto— es una de las razones que lleva a F. GARRIDO FALLA (*Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 175) a descartar una interpretación amplia de esta causa de nulidad.

de aplicación esta causa de nulidad. Una de las propuestas más interesantes es la formulada por C. CHINCHILLA MARÍN. Aun reconociendo que la determinación de lo que haya de entenderse por requisito esencial es algo que sólo puede hacerse en los casos concretos, esta autora ha ofrecido un criterio que puede ayudar a encontrar el sentido a este oscuro precepto. En su opinión, el apartado f) del artículo 62.1 de la LAP comprendería todos aquellos casos en los que un acto administrativo está viciado en su contenido, pero no encaja en los supuestos extremos de acto de contenido imposible, constitutivo de infracción penal o vulnerador de derechos fundamentales. Con lo cual, considera esta causa aplicable a todos los supuestos en los que sin incurrir en ninguno de los vicios mencionados, la declaración contenida en el acto infringe gravemente el ordenamiento jurídico (51).

Tal interpretación me parece acertada, pues de este modo se logra evitar que actos cuyo contenido se encuentra gravemente viciado pueda conservarse por no haber sido impugnado en plazo. Pero todavía es necesario precisar más, pues, de otro modo, cualquier acto en cuyo contenido se pueda apreciar una ilegalidad sería nulo de pleno derecho, con lo cual terminarían también por confundirse ambas categorías.

En mi opinión, este apartado del artículo 62 se refiere a los supuestos en los que el *acto atribuye un derecho o facultad que resulte incompatible con el ordenamiento jurídico*. De este modo, esta causa de nulidad resultaría de aplicación en aquellos casos en los que el acto se opusiese frontalmente al Derecho. Téngase en cuenta que los actos en virtud de los cuales se otorgan derechos o facultades pueden ser inválidos, bien porque en sí mismos sean antijurídicos —lo que ocurrirá cuando los derechos o facultades reconocidos por el mismo sean contrarios a Derecho—, o bien porque limiten o restrinjan los derechos o facultades que el ordenamiento reconoce a su destinatario. En este último supuesto el acto sería inválido (supone una limitación o privación de esos derechos o facultades que el ordenamiento otorga al titular del acto), pero sería simplemente anulable, pues el vicio en el que el mismo incurre no determina por sí solo su antijuridicidad. Lo que lo invalida es la ilegítima restricción de derechos o facultades que efectúa, ya que el acto no contradice ninguna norma jurídica. De ahí que sólo en la medida que el destinatario se considere perjudicado se pueda considerar inválido.

Con un ejemplo se verá más claramente. Piénsese en el supuesto de que se otorgue una licencia para construir ocho alturas cuando lo permitido por el plan sea solamente cuatro. Es evidente que el acto

(51) Véase C. CHINCHILLA, *Nulidad...*, cit., pág. 200.

carece de los requisitos esenciales (en este caso, requisitos objetivos), pues se opone abiertamente a lo dispuesto en las normas urbanísticas. Con lo cual la licencia será nula de pleno derecho. No ocurriría lo mismo, sin embargo, en el supuesto de que el acto fuese inválido por reconocer una edificabilidad menor a la permitida. En este caso, el acto sería contrario a Derecho por otorgar un derecho con un contenido menor que el reconocido por el ordenamiento; invalidez que determinaría su anulabilidad ya que al no ser el acto, en sí mismo considerado, contrario a la ordenación urbana, no carece de ningún requisito esencial. En este caso la infracción del ordenamiento se produce como consecuencia de haber restringido antijurídicamente un derecho del solicitante de la licencia, lo que determina el nacimiento de un derecho subjetivo reaccional a que se le otorgue el derecho en la extensión que el ordenamiento le reconoce.

Pero no sólo procedería la aplicación de esta causa de nulidad de pleno derecho en el supuesto descrito. Además de en los casos en los que un acto carece de los requisitos *objetivos* esenciales, también cabría entender dentro de la misma los supuestos en los que falten los presupuestos fácticos del acto —tal y como anteriormente se ha advertido— o también cuando carezca de los requisitos *subjetivos*. Piénsese en el caso de unas oposiciones en cuya convocatoria se exigiese una titulación menor que las exigidas por el ordenamiento. Por ejemplo, se pide título de bachiller cuando lo exigido es el de licenciado. Esa convocatoria sería en sí misma contraria a Derecho por vulnerar la norma que impone como requisito necesario o, lo que es lo mismo, como requisito esencial, estar en posesión del título de licenciado. Por el contrario, si la convocatoria exigiese una titulación de doctor, cuando lo previsto en la norma reguladora fuera la de licenciado, esa convocatoria sería inválida, pero no por infringir frontalmente la norma —todo doctor está en posesión del título de licenciado o equivalente— sino por restringir antijurídicamente los derechos de los opositores. En este caso, a mi juicio, el acto sería anulable, ya que es contrario al ordenamiento jurídico (limita ilegítimamente el derecho de los licenciados a presentarse a la oposición) pero no carece de ningún requisito esencial (52).

Y para terminar con los supuestos de nulidad de pleno derecho recogidos en el artículo 62 de la LAP, conviene referirse a la posibilidad prevista por la Ley de que las leyes especiales puedan contemplar otras causas diferentes de nulidad. Previsión legal, que si bien

(52) Ejemplos muy parecidos nos ofrecen los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cuando explican en qué supuestos resulta de aplicación esta causa de nulidad (véase su *Curso...*, I, cit., pág. 605).

resulta innecesaria en cuanto que una ley puede siempre ser modificada por otra ley, sistemáticamente resulta aconsejable, al contemplarse desde la propia ley la posibilidad —como por lo demás viene siendo habitual en nuestro derecho— de que existan supuestos de nulidad consagrados en leyes especiales.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De todo cuanto se ha expuesto, podría concluirse que la nulidad y la anulabilidad son categorías jurídicas que en cada sector del ordenamiento tienen un sentido y funcionalidad diferente. No obstante, de las mismas se puede deducir una idea común: la necesidad de impedir que los actos que afectan al orden público puedan consolidarse en el mundo del Derecho por no haber sido impugnados en plazo. De ahí el carácter imprescriptible de la acción de nulidad. Este es el núcleo esencial que permite identificar estas categorías en los distintos sectores del ordenamiento. Pero fuera de este dato, la configuración legal de las mismas poco tiene en común.

Ya se ha visto cómo en el Derecho privado la nulidad es la regla general (cualquier infracción del ordenamiento jurídico se considera contraria al orden público), y la anulabilidad la excepción (sólo se consideran anulables los actos o negocios en los que se ha incurrido en un vicio del consentimiento o se actuó sin la capacidad exigida por la Ley). Anulabilidad, además, que sólo determina la invalidez del acto si el perjudicado por el vicio así lo exige. En definitiva, la existencia de esta dualidad de regímenes jurídicos encuentra su fundamento —tal y como ya se ha señalado— en la necesidad de proteger a los distintos sujetos intervinientes en el negocio.

No ocurre lo mismo en el Derecho administrativo. En este sector del ordenamiento la nulidad es la excepción. El carácter de orden público sólo se reconoce a aquellas infracciones que por su especial gravedad el legislador les ha otorgado esta calificación. Lo que sí es igual es la consecuencia que se deriva de la nulidad: la posibilidad de que estos actos tan gravemente viciados puedan ser expulsados en cualquier momento del ordenamiento jurídico. Y para ello se permite que tanto la Administración como los perjudicados por la misma, puedan exigir en todo tiempo que se declare formalmente su invalidez y su correlativa pérdida de eficacia. Por el contrario, los actos anulables son actos que, si bien son contrarios a derecho, su invalidez sólo se puede hacer valer durante un tiempo determinado. Transcurrido el cual se convierte en válido. De la no impugnación en los plazos señalados por la ley, el ordenamiento deduce que los perjudi-

cados consienten el acto, y como la infracción cometida no es de las que el ordenamiento considera más graves, se considera preferible la conservación del acto pese a su ilegalidad, que el remover situaciones consolidadas. La legalidad cede a favor de la seguridad.

Tal conclusión no impide reconocer que en el Derecho administrativo, la configuración legal de estas categorías tiende a diluir su identidad y razón. Por un lado, la tipificación de los supuestos de nulidad no es, ni mucho menos, clara. En concreto, se ha visto cómo para reconocer una cierta sustantividad a la causa de nulidad regulada en el apartado *f*) del artículo 62.1 respecto de la anulabilidad es necesario realizar un gran esfuerzo interpretativo. Y por otro, las consecuencias que se derivan de considerar un acto nulo o anulable son cada vez menores. Se viene insistiendo en que la trascendencia que tiene el que un acto sea nulo de pleno derecho o anulable es simplemente que en el caso de la nulidad puede ser impugnado en cualquier momento; mientras que los actos anulables sólo se pueden revisar en el plazo otorgado por la ley. No obstante, ahora, ni siquiera esta diferencia está tan clara, pues desde que entró en vigor la LAP, los interesados tienen derecho a exigir, no sólo la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, sino también la de los anulables (el carácter facultativo de la revisión de oficio está absolutamente descartado, como desde hace tiempo vienen señalando tanto la doctrina y la jurisprudencia). Con lo cual, los actos anulables no se convierten en firmes hasta que no transcurran cuatro años desde que se dictaron. Y dada la amplitud del plazo, las diferencias reales entre ambas categorías van a ser muy escasas. Raros serán los casos en los que se inicia una revisión de oficio transcurridos más de cuatro años. No obstante, conviene tener en cuenta que la posibilidad de que los particulares puedan exigir la revisión de oficio de los actos anulables se reduce por expresa disposición legal a los actos declarativos de derecho (limitación que —como ya se ha dicho— no parece que tenga una clara justificación), por lo que en los actos que no tengan este carácter sí que tendrá relevancia esta calificación, pues este tipo de actos sólo podrán impugnarse en los breves plazos de recurso.

En cualquier caso, todas estas consideraciones obligan a cuestionar la conveniencia de seguir configurando el régimen de la invalidez de los actos administrativos en torno a estas dos categorías. Ciertamente, la nulidad y la anulabilidad tienen un respaldo histórico del que gozan pocas instituciones en nuestro Derecho. Sin embargo, en este caso la tradición no juega a su favor, pues, como se ha tratado de demostrar, la construcción convencional de la teoría de las nulidades carece hoy en día de apoyo en nuestro derecho positivo. A pe-

sar de ello, los viejos dogmas, movidos por la inercia de los años, se superponen al régimen jurídico que define el derecho vigente creando una distorsionada teoría de la invalidez.

Esta falta de apoyo de la teoría de las nulidades en la realidad, unida al hecho de que siempre trata de demostrar su vigencia actual en su pretendido carácter histórico, pudiera hacernos pensar que nos encontramos en presencia de uno de lo que se viene llamando *mitos jurídicos*.

La existencia de mitos en el Derecho es algo perfectamente conocido (53). Sin embargo, no siempre se habla de ellos en el mismo sentido. Desde luego, siempre que se acude a este concepto es para designar un fenómeno que presenta como incuestionable ideas que carecen de todo apoyo en la realidad, y que, a pesar de ello, son aceptadas pacíficamente por la comunidad jurídica. Pero partiendo de esta idea común, en unos casos se habla de mitos jurídicos para referirse a conceptos imaginarios que sirven para dar respuesta a aquello que la realidad no es capaz de explicar (54), y en otros, para aludir a instituciones que en la actualidad carecen de razón de ser, pero que a pesar de ello se mantienen vivas en la conciencia jurídica debido a la fuerte carga histórica que se encuentra tras de ellas (55). Carga histórica que —como V. FAIREN ha señalado— suele carecer de

(53) Sobre los mismos puede verse SANTI ROMANO, «Mitología jurídica», en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè-editore, Milán, 1953; V. FAIREN GUILLÉN, *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, en «Revista de Derecho Privado», T. XXXV, pág. 382; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El dogma de la reversión de las concesiones», en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Tecnos, 1974, págs. 121 y ss.; H. DÉROCHE, *Les mythes administratifs*, Presses Universitaires de France, 1966, en especial págs. 7 a 28.

(54) SANTI ROMANO («Mitología jurídica», cit., pág. 127) los define como «universales fantásticos» que nacen de la necesidad de entender aquello que no se entiende y de expresarlo con imágenes, al no poder ser expresado con términos propios. Estos mitos a los que alude ROMANO difícilmente plantearán problemas, porque *nunca tratan de demostrar o hacer creer la veracidad de sus postulados*. Si algo les caracteriza es porque no esconden su componente imaginario (piénsese, por ejemplo, en el llamado «estado de naturaleza» como estado en el que se encuentra el hombre cuando no existe ningún tipo de ordenamiento jurídico, o en el tan conocido «contrato social» al que aquél se encuentra indefectiblemente unido, por señalar algunos de los mitos aludidos por el autor citado). De ahí que SANTI ROMANO concluya su trabajo sobre mitología jurídica poniendo de relieve lo que el Derecho debe a este tipo de mitos, pues han servido, y sirven, no sólo para conocer la realidad, sino también para crearla. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los derechos fundamentales: de la mítica concepción de los derechos innatos se ha pasado a un catálogo de derechos y libertades, no sólo reconocidos, sino además garantizados en todos los países democráticos; o, por citar otro de los ejemplos aludidos por el profesor italiano, la soberanía popular es un mito si un gobernante trata de justificar sus poderes absolutos en una imaginaria delegación popular de tales potestades, pero, obviamente, deja de serlo, en los casos en los que el ejercicio del poder tiene una legitimación democrática.

(55) Precisamente a estos mitos se refiere E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «El dogma de la reversión en las concesiones», en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Tecnos, 1974, pág. 21, y los define como los residuos históricos que pueden sorprenderse enquistados en las relaciones actuales como restos singulares de concepciones que en su generalidad fueron arrumbadas definitivamente.

toda fiabilidad. Curiosamente, en la mayoría de las ocasiones, los mitos tienen su origen en los graves errores originados por los deficientes métodos de investigación utilizados (56). En estos casos, una falta de rigor histórico ha permitido dotar de toda la fuerza de la tradición a instituciones que nada tienen que ver con aquellas que tratan de identificarse, envolviéndolas en una aureola mítica que les ha permitido subsistir «sin conciencia final de la función que cumplen» (57).

Pues bien, un ejemplo claro de este tipo de mitos lo constituye la nulidad y la anulabilidad, ya que no sólo carecen de apoyo en la realidad (o, lo que a estos efectos es lo mismo, en nuestro ordenamiento jurídico actual), sino que además pretenden deducir sus características de las notas que históricamente se han atribuido a esta institución. Notas que, como demostró SANTAMARÍA, no responden a las que en su momento justificaron la existencia de estas categorías. Con lo cual, una errónea interpretación de las fuentes antiguas ha hecho pervivir figuras con un significado muy distinto al que tuvieron en sus orígenes. Y lo que es más grave, en clara contraposición con el sentido que hoy día inspira el régimen de invalidez de los actos administrativos.

De ahí que, una vez reconocido el mito, y dados los efectos tan perturbadores que tiene en nuestro derecho (58), lo lógico sería tratar de destruirlo e intentar construir una institución coherente con su sentido actual. Por ello considero que estamos en el momento de replantearnos la utilidad de seguir manteniendo la nulidad y la anulabilidad como las categorías sobre las que se vertebra la invalidez de los actos administrativos. Y si, como aquí se sostiene, la calificación de un acto como nulo de pleno derecho no tiene otro sentido que el permitir que ese acto pueda ser impugnado en cualquier momento, quizá fuera mejor que el Derecho administrativo se olvidara para siempre de estas categorías, y simplemente permitiera a los actos que incurren en las infracciones más graves que pudieran ser impugnados en cualquier tiempo. Así se conseguiría cumplir la finalidad propia de la nulidad sin que por ello hubiese que pagar el tributo histórico de seguir articulando la teoría de la invalidez sobre las viejas máximas que en sus orígenes se fundamentó la teoría de las

(56) Véase V. FAIREN GUILLÉN, *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, en «Revista de Derecho Privado», T. XXXV, págs. 382 y ss.

(57) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El dogma de la reversión en las concesiones*, cit., pág. 21.

(58) En este sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*El dogma de la reversión de las concesiones*, cit., pág. 22) ha afirmado que su influencia (la de los mitos) es «siempre dañosa por su propia autonomía mítica». Sobre esta cuestión véase también V. FAIREN GUILLÉN, *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, cit., págs. 382 y ss.

nulidades. La destrucción del mito de la nulidad y de la anulabilidad permitiría clarificar, de una vez por todas, el régimen de invalidez de los actos administrativos y actualizar una de las más importantes instituciones de la teoría general del Derecho administrativo.

