

NULIDAD DE PLENO DERECHO DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

SUMARIO: 1. La Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960: razones y síntesis.—2. Competencia para solicitar la declaración de nulidad.—3. Naturaleza de la declaración de que no debe declararse la nulidad de una disposición administrativa.—4. Efectos de la no declaración de nulidad de una disposición administrativa.—5. Conclusiones.

1. Por Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre último (1) se han regulado las normas de procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas, completando de esta forma los preceptos contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo con relación a su artículo 47 (2). En efecto, la nulidad de pleno derecho de una disposición administrativa podía hasta la fecha declararse:

a) De oficio por la Administración, previo dictamen del Consejo de Estado en sentido favorable.

b) A instancia del particular, bien en vía administrativa o en contenciosa.

Se entendía, sin embargo, en el primer caso que el órgano facultado para declarar la nulidad del acto era el que lo había dictado: faltaba, por tanto, la regulación del procedimiento de declaración de nulidad por este mismo órgano, pero a instancias de otro de la Administración.

(1) B. O. del E. del 17 siguiente.

(2) La Exposición de Motivos alude tan sólo al artículo 47; párrafo 2; pero se trata de un error: este segundo párrafo se refiere exclusivamente a los casos de nulidad plena de disposiciones administrativas por contravenir a cualquiera de los artículos 23 a 27 de la Ley de Régimen Jurídico, conforme establece el artículo 28 de la misma. La lectura del número 1.º de la Orden estudiada no deja lugar a dudas sobre su aplicabilidad: «Cuando un Ministerio... considere que una disposición administrativa... es nula de pleno derecho, a tenor del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo...» Lo que sucede es que la presente Orden contempla tan sólo el supuesto de disposiciones, a que se restringe también el apartado 2.º del citado artículo 47, en tanto que el 1.º se refiere al más general de actos; pero, lógicamente, las disposiciones que sean nulas en virtud del artículo 47, apartado 1.º (y no en virtud del 47, apartado 2.º) quedan también sujetas al trámite de declaración de nulidad establecido por la presente Orden.

El procedimiento que establece a estos efectos la Orden aludida es en síntesis el siguiente :

El Ministerio que considere incurso en una de las causas de nulidad absoluta a una disposición administrativa dictada por otro órgano de la Administración deberá remitir escrito fundamentado haciéndolo constar así al Ministro (o Ministros) de que emanó la disposición, señalando la obligación que este último tiene, en virtud del número 2.º de esta misma Orden, de emitir el informe correspondiente y enviarlo juntamente con el expediente de la disposición debatida a la Presidencia del Gobierno, en un plazo de quince días. Igualmente el Ministerio impugnante deberá elevar otro escrito a la Presidencia fundamentando las razones de su solicitud y declarando expresamente haber cumplido el trámite anterior respecto del Ministerio—o Ministerios—interesados.

La Presidencia del Gobierno enviará, en el plazo de ocho días desde que recibiese la petición de declaración de nulidad de la disposición (3), la misma y los antecedentes de que disponga al Consejo de Estado para su dictamen. Si el informe del Ministerio (o los de los Departamentos respectivos) afectado admite la procedencia de la declaración de nulidad de la disposición, se procederá a dejar a ésta en suspenso por Orden de la Presidencia si la norma impugnada tenía carácter de Orden ministerial o inferior; si se trata de Decretos o de Ordenes acordadas en Consejo de Ministros o Comisión delegada del Gobierno, se someterá por la Presidencia al órgano que aprobó la disposición una propuesta de suspensión para que, en su caso, dicte otra de igual rango, haciendo público el acuerdo (número 3.º).

El dictamen del Consejo de Estado tiene carácter vinculante cuando no es favorable a la declaración de nulidad, dándose en este caso por concluido el expediente y poniéndose fin a la suspensión de la disposición debatida, en el supuesto de haberse declarado. En cambio, el dictamen favorable a la declaración de nulidad tiene distintas consecuencias según la jerarquía de la disposición de que se trate :

a) Si se trata de Orden ministerial y el Ministerio, o Ministerios, que la dictó está de acuerdo con su declaración de nulidad, se ve obligado a hacerlo así por otra Orden dentro del plazo de ocho días desde la recepción de la copia del informe del Consejo de Estado (párrafo 5.º).

b) Si se trata de Decreto, Orden acordada en Consejo de Ministros u Orden ministerial respecto de la cual el Departamento que la dictó estima que no es procedente la declaración de su nulidad—o, simplemente, deja transcurrir el plazo de ocho días mencionado—, la Presi-

(3) Por consiguiente, antes de que se cumpla el plazo de que dispone el Ministerio que dictó el acto denunciado para emitir su informe, y que, como acaba de decirse, es de quince días. Si en esos ocho días la Presidencia del Gobierno hubiese recibido antecedentes de la disposición—o el mismo informe del Ministerio competente—, deberá unirlos al expediente que remita al Consejo de Estado.

lencia del Gobierno elevará el expediente al Consejo de Ministros para su resolución definitiva.

c) Si se trata de Orden acordada por una de las Comisiones delegadas del Gobierno, el expediente se elevará a esta última, debiendo estar presentes en la sesión de la Comisión en que se discuta el asunto tanto el Ministro que solicitase la declaración de nulidad como el o los Ministros que instasen en su día la aprobación.

En todo caso (párrafo 8.º), si el Consejo de Ministros (o la Comisión delegada del Gobierno) declaran la no procedencia de la declaración de nulidad de la disposición debatida y ésta estuviese en suspenso, se hará constar su puesta en vigor nuevamente en la misma resolución que resuelva la cuestión.

La Orden indica además (apartado 9.º) el procedimiento a seguir para la declaración de nulidad de oficio por el propio Ministerio que emanó una disposición así viciada: deberá comunicar su apreciación fundamentadamente al Consejo de Estado, y sólo si el dictamen de este alto Cuerpo consultivo es favorable a la declaración de nulidad podrá hacerlo, si bien mientras se evacúa el citado trámite puede, por disposición de igual rango, acordar la suspensión de la disposición de cuya validez se duda.

2. La Orden estudiada concluye (apartado 10) señalando que «las dudas que pudiera suscitar la aplicación de la presente Orden se resolverán por la Presidencia del Gobierno, teniendo en cuenta los preceptos que ofrezcan analogía de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales». Por desgracia, es dudoso que esta última Ley ofrezca criterios suficientes para disipar todas las dudas que la mencionada Orden suscita. La primera de ellas es la de determinar la competencia para impugnar las disposiciones administrativas de los demás Ministerios que se reconoce a cada Departamento de la Administración Central. Evidentemente hay supuestos en los que la legitimación o, si se quiere, «el interés legítimo» de otros Ministerios respecto de una disposición viciada de nulidad y dictada por uno de sus colegas, es evidente; por ejemplo, cuando la disposición incide en materias que afectan directamente a sus intereses y, desde luego, en los casos de incompetencia manifiesta, por el órgano que sea realmente competente. Pero el problema radica en saber si cualquier órgano ministerial puede en todo momento solicitar la declaración de nulidad de una disposición emanada por otro Ministerio y por remoto que sea el interés que en ello pueda tener, estableciéndose así un auténtico control de la actividad administrativa de unos órganos por otros. La extensión analógica de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales lleva sin duda a la contestación negativa que es de toda lógica (4), pero frente a ella

(4) Ley de Conflictos Jurisdiccionales, art. 9.º: «Sólo las Autoridades y Tribunales expresados en los dos artículos anteriores podrán promover cuestiones de competencia, y únicamente las suscitarán para reclamar el conocimiento de los negocios en que, por virtud de dis-

cabe elevar la tajante redacción del apartado 1.º de la Orden en cuestión, donde se habla expresamente del «deber» de todo Ministerio comunicar su parecer de nulidad a la Presidencia del Gobierno y al Ministerio respectivo (5). Ello es tanto más grave cuanto que la simple comunicación implica ya la obligación del Ministerio a elevar el informe correspondiente a la Presidencia, y a la de este último organismo a remitir el expediente al Consejo de Estado. en virtud de los apartados 2.º y 3.º

La fiscalización recíproca que este sistema así entendido viene a suponer no parece, ciertamente, recomendable. En la práctica, cada Departamento sólo velará por aquellas disposiciones que le afecten más o menos directamente, ignorando las demás, entre otras razones porque, a menos que se monte toda una organización *ad hoc*, nadie—salvo tal vez la propia Presidencia del Gobierno—es capaz de analizar la profusión de Reglamentos que diariamente sacan a la luz todos y cada uno de los Departamentos ministeriales. Por otra parte, cuando se trate de Decretos u Ordenes que llevan aparejada la deliberación en Consejo de Ministros (o en Comisiones delegadas) resulta un tanto sorprendente que pueda cometerse con el consenso de tan altas autoridades un vicio de tanta gravedad como los que determinan su nulidad absoluta. Si de Ordenes ministeriales se trata, la sencillez del procedimiento de autodeclaración de nulidad, establecido en el apartado 9.º de esta misma Orden y las garantías que los particulares tienen establecidas en virtud de las Leyes de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción Contenciosa, hacen que la utilidad de este nuevo trámite no aparezca muy evidente; y, sobre todo, siempre quedará en pie la pregunta de en virtud de qué fundamento legal o doctrinal puede un órgano de la Administración del Estado fiscalizar la actuación de otro órgano, su igual jerárquico y por completo autónomo, en algo que no le afecte directamente (6). Es éste

posición expresa, corresponda entender bien a ellos mismos, bien a las Autoridades... que de ellos dependen, bien a la Administración pública en los respectivos ramos que las primeras representan».

(5) Compárese con la nota anterior el apartado 1.º de la Orden de 12 de diciembre de 1960: «Cuando un Ministerio, previo el asesoramiento jurídico pertinente, *considere* que una disposición administrativa dictada por otro órgano de la Administración es nula de pleno derecho, a tenor del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, *deberá comunicar este parecer* (obsérvese que no se requiere siquiera que se demande la declaración de nulidad), mediante escrito fundamentado, al Ministerio del que emanó la disposición y a la Presidencia del Gobierno».

(6) Por ejemplo, las Ordenes ministeriales de 9 de septiembre de 1959, dictadas por el Ministerio de la Vivienda en desarrollo de los preceptos de la Ley de 30 de julio de 1959, de plantillas de ese Ministerio, estaban viciadas de nulidad de pleno derecho (reconocida por el Consejo de Estado) por incompetencia (el desarrollo de la Ley citada correspondía, por expreso mandato de su disposición final 3.ª, a la Presidencia del Gobierno). La nulidad fué declarada de oficio por el propio Ministerio (Orden de 30 de julio de 1960). Con relación a la Orden que se examina, es incuestionable que la Presidencia del Gobierno tenía interés directo en suscitarse la declaración de nulidad de esas Ordenes; pero ¿cabe decir lo mismo del Ministerio de Asuntos Exteriores o del de Industria? ¿En virtud de qué atribuciones funcionales podría admitirse una ingerencia en asuntos internos de otro Departamento de esta índole?

un punto, por tanto, en el que cabe fundadamente esperar una aclaración de la disposición examinada.

3. No es la anterior, con todo, la cuestión más difícil planteada por la Orden que estamos examinando. Lo que indudablemente va a suscitar mayores problemas en la práctica y en la doctrina es la naturaleza de la declaración en virtud de la cual no procede que una disposición administrativa impugnada sea declarada nula de pleno derecho. A este objeto hay que señalar tres notas importantes:

a) No cabe duda que tal declaración es posible: el apartado 8.º de la Orden de la Presidencia señala, sin lugar a dudas, que «si la resolución del Consejo de Ministros o de la Comisión delegada del Gobierno estableciera que *no deberá declararse* la nulidad de la disposición debatida y ésta estuviera en suspenso, se la pondrá en vigor, disponiéndose así en la misma resolución que resuelva la cuestión de nulidad».

b) Esta declaración se hará siempre «oído el Consejo de Estado», es decir, en contra del parecer de este órgano consultivo, ya que si el informe del mismo no es favorable a la declaración de nulidad, se habrá dado por concluido el expediente en una etapa anterior, en virtud del apartado 5.º de la misma Orden.

c) La resolución no entra en el fondo del asunto: se limita a establecer «que no debe declararse» la nulidad de la disposición administrativa impugnada—y en este sentido debe interpretarse el por demás ambiguo inciso final del citado apartado 8.º—, pero sin que ello equivalga a declarar que la disposición impugnada es lícita y válida. Lo que en definitiva se anuncia es que la Administración, de oficio, no está dispuesta a reconocer la nulidad de ese acto, y en consecuencia la disposición discutida seguirá en vigor mientras no sea impugnada por otros medios.

Naturalmente, esta conclusión abre dos grandes interrogantes: el primero es el de saber si la Administración puede, sin más, desconocer la nulidad radical de una disposición suya, impugnada por uno de los Departamentos ministeriales y reconocida como nula por el propio Consejo de Estado. La segunda cuestión es la de conocer los efectos que ese desconocimiento de la nulidad de una disposición puede tener sobre la disposición misma y sobre terceros.

La contestación a la primera pregunta supone replantear, en la práctica, toda la dogmática jurídica del Estado de Derecho. La simple posibilidad (7) de que la Administración decida mantener en vigor una dis-

(7) Se dirá, ciertamente, que los supuestos extremos de reducción al absurdo a que puede llegarse en virtud de la presente Orden no serán frecuentes en la realidad. Esto podrá ser consolador, pero no obsta a que consideremos de suma gravedad que la posibilidad de una actuación administrativa en ese sentido esté siempre abierta a la disposición de las veleidades políticas, personales o circunstanciales imperantes en cada momento.

posición nula de pleno derecho supone una quiebra de indiscutibles repercusiones en el sistema de garantías de los administrados: se admite tácitamente que por su sola potestad de imperio puede hacer ejecutivas disposiciones que carecen de los requisitos mínimos de validez, que no pueden ser siquiera convalidadas porque no se trata de anulabilidad, sino de nulidad plena. Así, por ejemplo, el Reglamento o Circular que sin habilitación legal expresa imponga penalidades o exacciones—nulo de pleno derecho, según el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico—podrá ser restablecido en su vigencia por esta decisión administrativa y, en su virtud, el particular deberá sufrir una pena o satisfacer una tasa absolutamente ilícita. Claro es que siempre quedará el largo camino de la impugnación contenciosa, que, como revisora, decidirá *a posteriori*, pero no es menos cierto que la Administración habrá actuado en plena vía de hecho y que el particular tiene, moralmente, un auténtico derecho de resistencia frente a los actos de aplicación y ejecución de una disposición administrativa que a la propia Administración le ha suscitado dudas su validez, que el Consejo de Estado ha declarado nula, pero que la Administración no ha juzgado oportuno dejar sin efectos.

Frente a la solución a que es posible llegar en virtud de la presente Orden, hay que mantener la imposibilidad, por parte de la Administración, de seguir aplicando este tipo de disposiciones. Si la Administración puede, una vez dictada una disposición nula, mantenerla en vigor, se está admitiendo simultáneamente la posibilidad de dictar y aplicar sin más disposiciones nulas. Llevando al extremo la solución del artículo 8.º de la Orden que se examina, la Administración podrá decidir que no procede declarar la nulidad de una disposición administrativa a pesar de que su contenido sea constitutivo de delito, o regule una materia de competencia exclusiva de las Cortes. Se deja, en definitiva, al elástico sistema de la oportunidad de cada caso concreto la adecuación de la Administración a Derecho o su libre deambular por los dominios de la ilegalidad.

No es, naturalmente, que este supuesto vaya a darse en la práctica con mucha o poca frecuencia; pero es preciso insistir en que su previsión por una norma reglamentaria es contraria a toda lógica. Como lo es el no haber dado valor vinculante al dictamen del Consejo de Estado en una materia de pura técnica jurídicoadministrativa.

4. Aunque en principio, como ha quedado ya dicho, la resolución del Consejo de Ministros (o, en su caso, de la Comisión delegada) se limita a estimar que no debe declararse la nulidad de la disposición debatida, es incuestionable que esta resolución puede tener efectos importantes tanto sobre la disposición en sí como frente a terceros.

En primer lugar, no es necesario repetir que en modo alguno puede pretenderse una convalidación de la disposición nula: la convalidación sólo procede respecto de los actos (y disposiciones) anulables; la nulidad

radical o absoluta no puede sino ser declarada para que una nueva norma restituya a la inválida. La redacción del apartado 8.º es confusa, según se ha tenido ocasión de señalar, pero incluso esta falta de precisión es un argumento más en favor de la interpretación restrictiva, que es la única pensable en buena lógica.

Sin embargo, los efectos que la resolución en virtud de la cual se estima improcedente la declaración de nulidad de una disposición administrativa tiene sobre ésta son muy complejos. Por lo pronto, supone una confirmación inequívoca de la vigencia y ejecutoriedad de la disposición—hasta el punto que si ésta se hallaba en suspenso, debe ser puesta de nuevo en vigor—en contra de la opinión de, al menos, un Departamento ministerial y el propio Consejo de Estado. Con ello se crea una presunción de legitimidad que hace incuestionablemente más difícil su impugnación en vía contenciosa, y se cierra simultáneamente el camino a una revisión de oficio, especialmente si la disposición primitiva era declarativa de derechos—derechos revocables de oficio, puesto que no son protegibles los que nazcan al amparo de una disposición nula, pero protegidos ahora por esta nueva resolución—. En algún caso incluso puede hablarse de una auténtica convalidación, con todas las reservas antes apuntadas. Esto ocurrirá notoriamente en los casos de incompetencia absoluta en la que un Ministerio invada materias de la exclusiva competencia de otro: la confirmación de la vigencia de esa disposición por el Consejo de Ministros puede interpretarse como convalidación por el superior jerárquico de una norma viciada, no ya de incompetencia absoluta, sino simplemente relativa, lo que determina tan sólo la anulabilidad de la disposición, como es bien conocido (8). En algunos casos esta interpretación vendrá reforzada por las circunstancias hasta hacerla imperiosa (9). Lo mismo puede ocurrir en algunas nulidades producidas por vicios substanciales de procedimiento o por defectos de formación de voluntad de los órganos colegiados.

Mucho más grave, evidentemente, es la posibilidad de poder prorrogar la vigencia de disposiciones que vulneren los preceptos de otra de grado superior, contraviniendo el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, que regulen materias de la exclusiva competencia de las Cortes o que impongan penas, tasas o exacciones sin la previa habilitación de Ley votada en Cortes. Sin embargo, todos estos supuestos son dables, a tenor del repetido apartado 8.º Sin duda debería haberse especificado

(8) Así, por ejemplo, la sentencia de 11 de octubre de 1955: las decisiones que adolecen del vicio de incompetencia relativa, esto es, por razón de la jerarquía y no de la materia, son anulables, pero no nulas *per se*.

(9) Por ejemplo, en el citado en la nota 6, *supra*: si el Ministerio de la Vivienda no hubiera acordado la declaración de nulidad de las Ordenes citadas, ¿cómo negar que la Orden de la Presidencia del Gobierno que eventualmente determinase improcedente la declaración de las mismas constituía ya su convalidación plena, cuando precisamente el órgano competente era la propia Presidencia del Gobierno?

que las disposiciones nulas por alguno de estos motivos no podrían prorrogarse en ningún momento.

Los efectos con respecto a terceros se deducen de lo antes dicho. En la práctica, la impugnación administrativa de esas disposiciones será superflua desde el momento en que la Administración anuncie su propósito de no declarar la nulidad de esas disposiciones. En algún caso se producirá una convalidación que pondrá en peligro su impugnación contenciosa. Pero, sobre todo, el particular se hallará en la extraña situación de velar por la pureza de las disposiciones administrativas mucho más que la propia Administración, o en la no menos anómala de verse obligado a cumplir una norma cuya *ultima ratio* como tal norma jurídica no es sino la persistencia de la Administración en imponer su criterio por encima de toda regulación.

5. La finalidad de la Orden estudiada era plenamente loable; la forma en que pretende lograrla lo es mucho menos. Sin ignorar que en la práctica su aplicación se limitará a supuestos inocuos y de acuerdo con principios ortodoxos, no cabe desconocer que deja abierta la posibilidad de resoluciones intempestivas y peligrosas que antes perjudican que favorecen a la propia Administración, sin que dicha posibilidad venga justificada en razones auténticas—de hecho, no se justifica en absoluto—. Es de esperar que pronto se dicten las disposiciones complementarias y aclaratorias que disipen definitivamente todas las dudas que la presente redacción suscita.

M. PÉREZ OLEA.