

LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO ESTABLECIDOS AL MARGEN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO COMÚN

Por

JAVIER GARCÍA LUENGO
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE CAUSAS DE NULIDAD.—III. SUPUESTOS CONCRETOS DE NULIDAD RECOGIDOS EN LA NORMATIVA ESTATAL: a) *La nulidad de los actos contrarios a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.* b) *La nulidad de los actos administrativos que impliquen compromisos de gasto superiores a los créditos autorizados en los estados de gastos.* c) *La nulidad de los actos que contradicen la propiedad demanial y estatal de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre. Nulidad de los actos que infringen la inalienabilidad del dominio público.* d) *La nulidad de las licencias u órdenes que se otorguen con infracción de la zonificación o del uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres.* e) *La nulidad de pleno derecho de las reservas de dispensación. ¿Un supuesto aplicable a los actos administrativos?* f) *Las causas de invalidez de los actos de preparación o adjudicación de los contratos administrativos.* g) *Especialidades en la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la legislación local.* h) *La nulidad de los actos administrativos dictados por los Colegios Profesionales.* i) *¿Nulidad por la infracción de cualquier precepto constitucional?* j) *¿Nulidad de los actos dictados mediando fraude de ley?*

I. INTRODUCCIÓN

En el Estado de Derecho, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo viene a determinar el umbral del deber de obediencia del ciudadano a los mandatos administrativos no normativos (1).

La necesidad de cumplir con este objetivo, respetando la función de otorgar seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, que constituye la esencia misma de la institución del acto administrativo, impone la reserva de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos para aquellas infracciones del ordenamiento que se caractericen por su especial gravedad y su carácter evidente (2).

Por tanto, en nuestro ordenamiento, al igual que en los sistemas

(1) Para la relación entre el límite de la obediencia y la nulidad de pleno derecho en el Estado de Derecho puede consultarse G. ERBEL, *Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten*, Athenäum, Frankfurt a.M., 1972, págs. 109 y 110. Entre nosotros, R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 106 a 109. Para una exposición similar, más detallada, nuestro trabajo *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, especialmente el primer epígrafe del capítulo cuarto.

(2) Al respecto, la propuesta de R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 183 y ss. En el mismo sentido, nuestra obra *La nulidad...*, cit., capítulo segundo.

de nuestro entorno (3) que parten de los mismos principios constitucionales, la determinación de los supuestos de nulidad debe hacerse teniendo en cuenta los postulados de la teoría de la evidencia (4).

La exigencia de que la infracción causante de nulidad sea especialmente grave se cumplirá cuando el acto atente contra los principios fundamentales del sistema (5), pero, más allá de aquellos supuestos en los que la Constitución configura una concreta situación jurídica como absolutamente imprescriptible, la determinación de los supuestos de infracción grave causante de nulidad corresponde al legislador (6), ya que dicha determinación implica una valoración

(3) La teoría de la evidencia (*Evidenztheorie*) era ya antes de su codificación definitiva, como cláusula general para la determinación de los supuestos de nulidad, en el § 44.I de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) alemana, el criterio de distinción entre nulidad y mera anulabilidad propuesto por la mayor parte de la doctrina germana y aplicado por la jurisprudencia (vid., al respecto, la propia fundamentación oficial de la VwVfG en Deutscher Bundestag, Drucksache 7/910, pág. 63). El criterio de la evidencia de la infracción como requisito para la determinación de los supuestos de nulidad de pleno derecho cuenta, además, con una larga tradición entre los autores franceses (así puede citarse a L. ALCINDOR, *Essai d'une théorie des nullités en Droit Administratif*, Giard et Brière, París, 1912, especialmente pág. 8, o a M. J. DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Bernard, París, 1941, en concreto págs. 62 y 63; el Consejo de Estado galo ha utilizado claramente este criterio al menos en el asunto *Zamma*, resuelto el 4 de julio de 1980 [vid. M. A. FEFFER y M. PANAU, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA, 1980, 12, págs. 640 a 651, especialmente pág. 641]) y entre la doctrina de otros sistemas continentales (así, entre la doctrina nórdica, P. ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe*, Bensheimer, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1927 [traducción al alemán del original danés de 1924], págs. 66 y 67; dentro de la doctrina suiza, B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing und Lichtenhahn, Basel-Frankfurt a.M., 1983, págs. 111 y 165-166, con más referencias; en el ámbito austriaco, G. WINKLER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1960, págs. 31 y ss.). Nuestra mejor doctrina tampoco se ha distanciado de los postulados de la *Evidenztheorie*, pudiendo citarse al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que en su obra clásica *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEA, Madrid, 1956 (reimpr., Civitas, Madrid, 1989), especialmente pág. 102, consideraba, citando a ALCINDOR y a BENDER, el cumplimiento «con manifiesta y flagrante irregularidad» como el criterio para determinar que un acto sea nulo de pleno derecho, ya que en tal caso cesa la presunción de legitimidad (vid. *op. cit.*, págs. 103 y 104). Recientemente, en el mismo sentido, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 183 a 185. También nuestra obra *La nulidad...*, cit., capítulo segundo.

(4) De hecho, en nuestro propio sistema la teoría de la evidencia ha sido asumida completamente por el TJCE a la hora de delimitar los supuestos de inexistencia (figura que coincide con la nulidad de pleno derecho del Derecho de producción nacional). En tal sentido, entre otras, la sentencia del citado órgano judicial de 26 de febrero de 1987, asunto 15/85, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo Vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. I, págs. 1005 y ss., en concreto pág. 1036 (apartado 10), o, más recientemente, la sentencia de 22 de marzo de 2001, asunto 261/99, *Comisión de las Comunidades Europeas Vs. República Francesa*, Rec. I, págs. 2537 y ss., en concreto pág. 2555 (apartado 19).

(5) Para esta conclusión en el ordenamiento jurídico alemán puede consultarse a F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2000, en concreto pág. 902 (§ 44, 8). En la jurisprudencia debe destacarse la sentencia del BVerwG de 22 de febrero de 1985 (DVBl, 1985, págs. 624 y 625). Ya antes de la VwVfG, en esta misma línea se situaba G. ERBEL, *Die Unmöglichkeit...*, cit., pág. 110.

(6) Sobre la potestad de configuración del legislador en la determinación de los supuestos de nulidad, H. MAURER, «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gestzverstößen der Verwaltung?», en la obra colectiva, dirigida por H. HILL, *Zustand und Perspektiven der Gesetzge-*

que es difícil someter a criterios técnicos y que depende, salvo aquellos supuestos en los que la Constitución resuelve la cuestión, de una apreciación de carácter político (7).

El segundo elemento de la definición de las causas de nulidad viene determinado por las exigencias de la garantía constitucional de la seguridad jurídica que obliga a una reinterpretación de los supuestos de nulidad, limitándolos a aquellos supuestos en los que un ciudadano medio, con conocimiento de todas las circunstancias del caso concreto (8), puede apreciar la gravedad de la infracción de que adolece el acto a él dirigido.

El juego de estos dos presupuestos de la nulidad, dada su estirpe constitucional, obliga a una reinterpretación institucional de las causas concretas que nuestro sistema positivo recoge, siendo precisamente el objetivo de este trabajo realizar un intento de análisis institucional de los supuestos de nulidad que se encuentran recogidos con carácter general al margen de la LPC.

II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE CAUSAS DE NULIDAD

La LPC ha establecido, como novedad frente a la LPA de 1958, la posibilidad de que, al margen de las causas de nulidad que ella consagra en su artículo 62, se puedan tipificar otros supuestos de nulidad de pleno derecho siempre que, y aquí reside la verdadera novedad del precepto, se haga expresamente y en normas con rango de ley.

La necesidad de una expresa consignación legal de estas causas de nulidad extravagantes nos parece particularmente plausible, ya que supone la reserva al legislador de la apreciación de los supuestos más graves de infracción que afecten a cada sector concreto del ordenamiento en orden a su configuración como causas de nulidad de pleno derecho, evitándose que el reglamento pueda entrar a jugar aquí papel alguno. Debiendo considerarse nulos de pleno derecho los supuestos de tipificación de causas de nulidad por normas reglamen-

bung, Duncker und Humblot, Berlín, 1989, págs. 233 a 240, en concreto pág. 236. También, M. SACHS, «§ 43 Wirksamkeit des Verwaltungsaktes», en la obra colectiva, dirigida por P. STELKENS, H. J. BONK y M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 6.ª ed., C. H. Beck, München, 2001, págs. 1411 a 1492, en concreto pág. 1416 (§ 43 13).

(7) Ya advertía al respecto H. KELSEN, *Über Staatsunrecht*, GrünhZ, 1914, 1, págs. 1 a 114, en concreto pág. 69.

(8) Sobre este criterio, en cuyo mecanismo de aplicación no podemos entrar en este momento, nos remitimos a nuestra obra *La nulidad...*, cit., capítulo segundo. Una buena exposición, en D. KIENAPFEL, *Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungsakte nach dem Bundesbaugesetz und Bundesfernstrassengesetz. Zugleich ein Beitrag zur Evidenztheorie*, DöV, 1963, 3, págs. 96 a 102, en concreto pág. 100.

tarias tras la aprobación de la LPC (9). Sin embargo, en aplicación del criterio general sobre no retroactividad de las exigencias formales en materia de producción normativa, la doctrina (10) considera, con razón, que no cabe entender derogadas las normas reglamentarias, anteriores a la LPC, que contienen algún supuesto de nulidad sin contar con respaldo legal.

Podría llegar a plantearse si el legislador autonómico puede añadir nuevas causas de nulidad a la lista del artículo 62 LPC, dado el carácter básico de la normativa estatal sobre el procedimiento administrativo.

En nuestra opinión, esta última cuestión debería contestarse afirmativamente ya que si la LPC remite a otras normas de su rango la configuración de causas de nulidad es porque entiende que es el legislador sectorial el que está en mejor situación para apreciar cuándo una vulneración de su normativa tiene un efecto más perjudicial a los fines que se tratan de alcanzar (11). El propio sentido de las causas de nulidad como causas de orden público, en la expresión tan querida a nuestra doctrina, debe llevarnos a afirmar la competencia del legislador sectorial y, por tanto, también del autonómico para su fijación (12). Finalmente, es un hecho que la legislación autonómica ha establecido algunas causas de nulidad en ámbitos propicios a este tipo de calificaciones como es el Derecho urbanístico (13). Se puede

(9) El caso más significativo vendría representado por el artículo 32 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 365/1995, que declara nulas de pleno derecho las propuestas de aprobados que propongan a más candidatos que el número de plazas convocadas. Afirma también aquí la nulidad del citado precepto, por infringir lo dispuesto en el artículo 62.1.g) LPC, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 179.

(10) En tal sentido, J. M. TRAYTER, «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en la obra, coordinada por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 831 a 868, en concreto pág. 868; J. J. LAVILLA RUBIRA, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos (artículos 62 a 67)», en la obra colectiva, coordinada por B. PENDÁS GARCÍA, *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, págs. 483 a 523, en concreto pág. 514. En contra, consideran que han de entenderse derogados los reglamentos que establecían supuestos de nulidad de pleno derecho con anterioridad a la LPC, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, págs. 216 y 217.

(11) Vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, cit., págs. 180 y 181.

(12) En este mismo sentido, J. J. LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., págs. 495 y 513.

(13) Así, por ejemplo, la Ley del Principado de Asturias 3/1987, de 8 de abril, Reguladora de la Disciplina Urbanística, dispone en su artículo 2.5, en la redacción dada por la Disposición Adicional cuarta, apartado tercero, de la Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística, que «serán nulas de pleno derecho las licencias concedidas con inobservancia total de los trámites de información pública y aprobación de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias cuando fuesen necesarios con arreglo a la normativa vigente».

alegar que esta competencia llevaría a una gran inseguridad al desplazar el conocimiento total del sistema lejos de la LPC (14). Pero ni este fenómeno es nuevo (basta con pensar en la multitud de supuestos de nulidad previstos ya antes de la LPC en leyes sectoriales) ni supone un atentado a la seguridad jurídica, ya que el ciudadano, por no hablar del funcionario que la aplica, está más próximo a la legislación sectorial que le afecta.

La doctrina ha considerado también posible la tipificación de causas de nulidad en la legislación comunitaria (15). Considerando que esta normativa cubriría la necesidad de ley formal del artículo 62.1.g) LPC. Dada la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario, no cabe duda que esta interpretación es razonable, pero el legislador comunitario ha rehuído el establecimiento de un listado de supuestos de nulidad ante las dificultades de armonización de regímenes que ello supondría (16), lo que se suple, en el ámbito comunitario, con el juego de la cláusula general. En los supuestos de aplicación nacional del Derecho comunitario, el régimen de la antijuridici-

Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, públicos o privados, así como del suelo no urbanizable de especial protección y del suelo no urbanizable de costas, serán nulas de pleno derecho...».

La legislación urbanística catalana también contiene, en el artículo 202 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, un supuesto de nulidad de pleno derecho que sigue el esquema tradicional de las leyes del Estado, aunque extiende la nulidad a las licencias y órdenes de ejecución que permitan construir en suelo no urbanizable.

(14) Así, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *op. cit.*, pág. 216, expresan su disconformidad con la existencia de supuestos de nulidad previstos en las leyes autonómicas, ya que esto puede producir una «confusión e innecesaria complejidad... en uno de los aspectos más esenciales del régimen de los actos, como es el de su invalidez, de modo que lo que sea anulable en Andalucía puede ser nulo en Cantabria o en Cataluña». Sin embargo, este argumento podría utilizarse contra cualquier otra previsión de la legislación autonómica. Si se asume el Estado complejo que diseña la Constitución debe asumirse que el mismo va a suponer la existencia de distintas políticas legislativas. La experiencia demuestra, por otra parte, que las legislaciones autonómicas sectoriales se limitan, normalmente, a seguir los pasos de la legislación estatal que vienen a sustituir en lo que a la definición de supuestos de nulidad de pleno derecho respecta.

(15) En tal sentido, J. J. LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», *cit.*, pág. 513.

(16) En el contexto de la normativa comunitaria, aunque aplicable a actos de las Administraciones de los Estados miembros, el proyecto del Código aduanero comunitario presentado por la Comisión el 21 de marzo de 1990 («DOCE», 1990, C 128/1, de 23 de mayo) contenía en el artículo 9 una lista completa de los supuestos de nulidad, pero dicha propuesta no fue asumida en el texto finalmente aprobado por las dificultades de adaptarla a los distintos sistemas nacionales de determinación de los efectos de la ineficacia (al respecto, S. ALEXANDER, «Zollrechtliche Entscheidungen», en la obra colectiva, dirigida por P. WITTE, *Zollkodex. Kommentar*, 2.ª ed., C. H. Beck y Linde, München-Wien, 1998, págs. 84 a 127, en concreto pág. 107). En todo caso, los dos supuestos que contemplaba el proyecto de artículo 9 se ajustaban perfectamente a las exigencias de la teoría de la evidencia. En concreto, el citado artículo hubiese establecido que: «1. La decisión será nula cuando: a) esté desprovista de forma evidente de todo fundamento jurídico, o b) haya sido adoptada por una autoridad que, de forma manifiesta, carecía de cualquier competencia en la materia».

dad de los actos es el propio de cada sistema estatal (17). Debiendo rechazarse, por otra parte, las propuestas doctrinales (18) que quieren ver en la infracción de las reglas comunitarias sobre notificación de ayudas de Estado una causa de nulidad de pleno derecho (19).

Al margen de los problemas derivados de la ejecución del Derecho comunitario, el principal obstáculo interpretativo a la hora de analizar el artículo 62.1.g) de la LPC es la falta de precisión del legislador, que se refiere en multitud de ocasiones a actos nulos sin establecer con claridad si la nulidad equivale en el caso concreto a mera anulabilidad o a la nulidad de pleno derecho (20). Lo que obliga, a la hora de interpretar estos supuestos, a valorar el efecto que se produciría sobre la seguridad en el tráfico si se tratase de causas de nulidad absoluta.

Precisamente por la enorme inseguridad que generaría, el Consejo de Estado se niega a atribuir la condición de acto nulo de pleno derecho al que simplemente infringe lo dispuesto en un reglamento, a pesar de la ambigua redacción del artículo 23.4 de la Ley del Gobierno (21).

Del mismo modo, nos parece impropio considerar nulos de pleno derecho los acuerdos dictados por una Corporación local y que no hayan sido debidamente consignados en el libro de actas, a pesar de que se hayan comunicado ya a sus destinatarios, ya que el cumplimiento de estas formalidades dista de poder ser apreciado por el

(17) Vid., al respecto, entre otros, M. SACHS, «§ 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes», en la obra colectiva, dirigida por P. STELKENS, H. J. BONK y M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, cit., págs. 1492 a 1549, en concreto pág. 1497 (§ 44.7).

(18) Vid., en tal sentido, J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *Revisión de oficio de los actos dictados con infracción del Derecho Comunitario*, esta REVISTA, 1991, 125, págs. 281 a 316, esp. págs. 304 y ss. Del mismo autor, *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: nihil novum sub sole*, NUE, 2002, 2, págs. 55 a 60, en concreto pág. 58 —el autor admite también la posibilidad, en este trabajo, de que la nulidad se funde no sólo en la falta de notificación, y por lo tanto en la causa tipificada en el apartado e) del artículo 62.1 LPC, sino también en otras causas como las previstas en los apartados f) o g)—. A la hora de valorar esta posición doctrinal debe tenerse en cuenta que la solución legislativa, en caso de mera anulabilidad, pasa en nuestro sistema por el planteamiento de un proceso de lesividad que es claramente incompatible con la celeridad requerida para dar cumplimiento al mandato de retirada de la Comisión, como ha destacado R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 220.

(19) Sobre este tema, en el que no podemos entrar en este momento, vid. nuestro trabajo *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 301 a 325. También, R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, págs. 218 y ss. Debe tenerse en cuenta no sólo que la falta de notificación no produce automáticamente la decisión de retirada a nivel comunitario, sino también que la misma no justifica una declaración de nulidad desde la perspectiva de la teoría de la evidencia, que es la que maneja también el TJCE. En tal sentido, J. KOKOTT, *Nationale Subventionsrecht im Schatten der EGV*, DVBl, 1993, 22, págs. 1235 a 1240, en concreto pág. 1237.

(20) Cfr. R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 180.

(21) Vid. el Dictamen de 22 de enero de 1998, núm. 5356/97, Rec. 1998, págs. 34 a 109, en concreto págs. 79 y 80.

público. Por lo que la infracción a la regla que contiene el artículo 52 del TRRL (22) debe entenderse, en nuestra opinión (23), como constitutiva, en su caso, de mera anulabilidad.

No podemos extendernos aquí en un análisis pormenorizado de todos los supuestos de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que se pueden encontrar en las leyes especiales, pero conviene referirse a la hora de proponer una interpretación institucional de la nulidad, siquiera brevemente, a los supuestos de mayor importancia práctica o que tengan un carácter paradigmático en cuanto representan un modelo de un tipo de causas especiales de nulidad. El estudio se limita al ámbito de las causas de nulidad recogidas en la legislación del Estado, ya que los supuestos de nulidad previstos en la normativa autonómica (en materia urbanística o presupuestaria) siguen generalmente un esquema similar y nos obligarían a una innecesaria duplicación de la exposición.

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE NULIDAD RECOGIDOS EN LA NORMATIVA ESTATAL

a) *La nulidad de los actos contrarios a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales*

El artículo 103 de la LJ 1998 declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias judiciales que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. La justificación de este precepto viene fácilmente dada por la necesidad de impedir que la autotutela administrativa deje sin efecto práctico las declaraciones judiciales mediante la simple reproducción de los actos que habían sido impugnados y anulados en vía judicial.

Su encuadramiento en los principios institucionales que presiden la nulidad de pleno derecho tampoco sería difícil, ya que la contravención del mandato que representa la resolución judicial nunca podrá generar seguridad jurídica, sino, al contrario, es también un atentado a la misma, de cuya gravedad no parece que deba dudarse.

(22) El artículo 52 del TRRL dispone que: «1. El libro de actas tiene la consideración de instrumento público solemne, y deberá llevar en todas sus hojas, debidamente foliadas, la rúbrica del Presidente y el sello de la Corporación.

2. No serán válidos los acuerdos no reflejados en el correspondiente libro de actas que reúna los requisitos expresados en el apartado anterior».

(23) Sin embargo, enumeran este supuesto entre las causas especiales de nulidad de pleno derecho E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 10.ª ed., Civitas, 2000, págs. 624 y 625, o J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, en concreto pág. 150.

El problema es, como HUERGO LORA ha destacado recientemente en un brillante artículo (24), que este precepto es perfectamente superfluo (25) porque en puridad supone una especificación del artículo 62.1.a) LPC en cuanto el acto que incumple con el mandato de una resolución judicial es una violación del derecho a la ejecución de dichas resoluciones en sus propios términos que, a su vez, es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y no sólo resulta superfluo sino que vendría de hecho a reducir la esfera de aplicación del artículo 62.1.a) en cuanto exige, dada su redacción, un *animus doli* en la actividad de la Administración al limitar la nulidad a aquellos actos «que se dicten con la finalidad de eludir» el cumplimiento de las resoluciones judiciales (26).

Esta limitación no es admisible en una causa de nulidad que, como es el caso de la contenida en el artículo 62.1.a), tiene un claro origen constitucional que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones, y tampoco se puede sostener desde una interpretación de la legislación ordinaria, puesto que ni el artículo 103.4 LJ puede considerarse, en puridad, un precepto especial ni cabe afirmar su posterioridad en el tiempo a la LPC, ya que la Ley 4/1999, de 13 de enero, es norma posterior a la LJ y ha ampliado el ámbito de aplicación del artículo 62.1.a) LPC al admitir cualquier lesión de los derechos fundamentales con independencia de que afecte o no a su contenido esencial. Estamos, por tanto, ante un precepto distorsionante y que carece de todo valor práctico.

b) *La nulidad de los actos administrativos que impliquen compromisos de gasto superiores a los créditos autorizados en los estados de gastos*

Esta causa de nulidad, que se encuentra recogida tanto en el artículo 60 de la LGP como en el artículo 154.5 de la LHL, constituye un buen ejemplo de la puesta al servicio de la nulidad de pleno derecho de una finalidad que no puede cumplir y de cómo la tipificación como supuesto de nulidad de las infracciones que se producen por la torpeza de la propia Administración, y cuyo conocimiento atesorará

(24) A. HUERGO LORA, *La permanencia de un viejo problema: la reiteración de los actos administrativos anulados como forma de incumplimiento indirecto de las sentencias, con especial referencia a los efectos de los recursos de casación en interés de Ley*, esta REVISTA, 2001, págs. 283 a 306, esp. págs. 294 y ss.

(25) Vid. A. HUERGO LORA, *últ. op. cit.*, pág. 296. También, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 181.

(26) Al respecto, A. HUERGO LORA, *op. cit.*, págs. 296 y 299, y R. BOCANEGRA, *últ. op. cit.*, *loc. cit.*

normalmente sólo ella, se puede convertir en una trampa para el ciudadano que ha confiado en la estabilidad del acto administrativo que le favoreció.

El objetivo del legislador es que la Administración respete el principio presupuestario de especialidad cuantitativa (27). Lo que se busca, por tanto, es que la Administración se ajuste a la legalidad presupuestaria y no se incremente el gasto más allá de lo expresamente autorizado en el presupuesto, pero para alcanzar esta finalidad se determina la nulidad de todos los actos que se dicten sin el respaldo de la correspondiente partida, actos que pueden atender a necesidades legalmente previstas, como la de responder por los daños causados por la Administración pública en su actuación, y que, una vez notificados y dictados sin sombra alguna de ilegalidad en su contenido material, deberán estar amparados por el principio de seguridad jurídica. Por otra parte, la entidad que cometió el exceso tiene a su disposición un amplio sistema de medidas para alterar las partidas originales del presupuesto y para «convalidar» el acto nulo (en contra de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho) (28).

El actual sistema viene en la práctica a ser un arma en contra del particular (29) que tiene derechos patrimoniales frente a las Haciendas públicas y que haya confiado legítimamente en la legalidad del acto.

Parece innegable la necesidad de un entendimiento del Derecho presupuestario como un instrumento para el control y la dirección de la Administración por el legislador, que es especialmente importante en aquellos ámbitos de actuación en los que la dirección legal tradicional no resulta tan efectiva (30), pero esta necesidad de potenciar la figura no puede hacerse a costa de las garantías de los particulares, que asistirán a la infracción como meros espectadores y, eso sí, como los mayores perjudicados.

(27) Vid., por ejemplo, F. PÉREZ ROYO, *Derecho Financiero y Tributario. Parte general*, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 375.

(28) Vid. la completa exposición de B. SESMA SÁNCHEZ, *La aparente nulidad de los gastos contratados sin crédito: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa*, «REDF», 1999, 101, págs. 35 a 70, en concreto págs. 56 y ss. También, F. PÉREZ ROYO, *op. cit.*, págs. 375 y ss. Entre las técnicas, algunas de ellas de más que dudosa legalidad, que la Administración emplea para evitar la nulidad por esta causa están la aprobación de créditos extraordinarios o suplementos de créditos para afrontar obligaciones ya contraídas (con lo que se pretende convalidar un acto que según la Ley es nulo de pleno derecho), el uso de anticipos de tesorería según el artículo 65 de la LGP, ampliaciones de crédito del artículo 66 LGP o las transferencias de créditos de los artículos 67 a 70 LGP. En cuanto estas técnicas se emplean para «convalidar» un acto nulo de pleno derecho resultan claramente criticables y rompen la legalidad presupuestaria y la potestad de dirección que, mediante la aprobación del presupuesto, se reserva al Parlamento (en este sentido, debe consultarse a B. SESMA SÁNCHEZ, *últ. op. cit.*, esp. pág. 57).

(29) En este sentido, B. SESMA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 67.

(30) Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe*, Springer, Berlín-Heidelberg-New York, 1998, pág. 84.

La causa de nulidad así configurada carece de sentido alguno y es directamente contraria a los postulados del principio de seguridad jurídica (y de su derivado el principio de protección de la confianza), por lo que debe ser estrictamente limitada en su interpretación (31) por la garantía de este principio previsto en el artículo 9.3 de la Constitución.

En la aplicación práctica del artículo 60 alternan sentencias que han enervado sus consecuencias alegando la buena fe o el principio de enriquecimiento injusto (32) (especialmente en el ámbito de la contratación administrativa) (33), junto a otras que lo han aplicado sin consideraciones sobre sus consecuencias (34).

Aparte de una apelación a la derogación de esta norma, debe hacerse hincapié en la necesidad de que su aplicación se haga con respeto al principio de seguridad jurídica, lo que implica la necesidad

(31) No son infrecuentes en la doctrina presupuestaria interpretaciones que tratan de evitar la inaceptable lesión de los derechos del ciudadano que supone la aplicación del artículo 60 LGP. Especialmente interesante es la interpretación que ofrecen J. MARTÍN QUERAIT, C. LOZANO SERRANO, G. CASADO OLLERO y J. M. TEJERIZO LÓPEZ en su *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 706 y 707, que parte de la interpretación de lo que realmente sanciona con la nulidad el citado artículo, que no es otra cosa que el llamado «compromiso de gasto», que los autores identifican no con el contenido del acto o norma que reconocen la obligación económica en contra de la Administración, sino con la disposición del gasto, que es un acto del procedimiento de ejecución del gasto «por el que la Administración se vincula por cuantía exacta y determinado con un tercero». Lo que permite a los citados autores concluir que: «... se impide por el artículo 60 LGP que la Administración se vincule a la realización de un gasto..., pero no que surja a su cargo una obligación, lo que vendrá determinado por la Ley, norma reglamentaria o acto administrativo que la establece, y que será perfecta y válida si se ha atendido al procedimiento administrativo o a las normas jurídico-privadas que habilitan para la emanación de ese acto-fuente. No hay, por tanto, a tenor de estas consideraciones, un motivo de nulidad añadido por la legislación presupuestaria a la normativa sustancial que regula dicha emanación, ya que el compromiso de gasto conduce a la realización del mismo, pero no incide ni tiene influencia sobre la validez o existencia de la obligación en cumplimiento de la cual debe realizarse ese gasto». A una conclusión parecida llega F. SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho financiero*, 6.ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988, págs. 428 y ss. (esp. pág. 425), en cuanto para él la infracción del artículo 60 LGP no tendría como consecuencia la nulidad de la obligación de pago, sino su mera inexigibilidad.

(32) El reconocimiento del enriquecimiento injusto desvela, una vez más, el disparate técnico que esta causa de nulidad supone. Merece la pena reproducir la acertada reflexión sobre el artículo 60 LGP que hace el profesor REBOLLO PUIG en el contexto de la contratación administrativa: «... esta causa de nulidad presenta consecuencias manifiestamente injustas, cuando no absurdas: recaen sobre el contratista los efectos negativos de las omisiones administrativas y si, para evitarlo, se condena a la Administración por enriquecimiento injusto, tendrá que incluir *a posteriori* un crédito en el presupuesto, igual que si la hubiese condenado simplemente a cumplir el contrato (o a convalidarlo), cuyo único defecto era esa falta presupuestaria. Todo esto tal vez podría llevar al legislador español a reconsiderar en el futuro si establecer esta causa de nulidad es realmente el mejor modo de proteger la Hacienda pública» (vid. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 391 y 392).

(33) Vid., *infra*, nota 62.

(34) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990 (Ar. 640, ponente: J. Barrio Iglesias), Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia apelada, que se acepta, y primero de los del Tribunal Supremo.

de admitir sólo como supuestos de nulidad aquellos en los que la infracción de la exigencia de consignación presupuestaria sea notoria y, por tanto, evidente para un ciudadano medio que tenga un conocimiento de las circunstancias como el que ha podido alcanzar el destinatario del acto.

Ello no significa que la violación a la legislación presupuestaria deba quedar impune, sino que la exigencia de responsabilidad, junto a otras medidas para racionalizar la ejecución presupuestaria, se deberá centrar en los administradores, que deberán responder con sus propios patrimonios y sus cargos de las irregularidades que hayan cometido (35). Camino por el que se inició en nuestro sistema la lucha contra las alteraciones del presupuesto y que hoy, superados los obstáculos históricos a las exigencias de responsabilidad a las autoridades y funcionarios, debe reemprenderse.

Desde luego, cabe pensar en algunos casos en los que la infracción sea tan notoria, por la cuantía desproporcionada del gasto en relación con los recursos de la Administración actuante, en los que cabe aplicar este precepto sin lesión de la seguridad jurídica, pero en general estamos ante una causa de nulidad que resulta muy opinable institucional y constitucionalmente y que exige una interpretación consecuente.

Por otra parte, al igual que en otras infracciones no sustantivas, si el ciudadano tiene derecho a la prestación pecuniaria, la nulidad de la resolución que se la reconoció al margen del crédito disponible le llevará a una exigencia judicial de su derecho y la sentencia que se lo reconozca será título suficiente para exigir el pago (art. 43 LGP). Por lo tanto, ¿tiene sentido esta causa de nulidad?

c) *La nulidad de los actos que contradicen la propiedad demanial y estatal de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre. Nulidad de los actos que infringen la inalienabilidad del dominio público*

Esta causa de nulidad, tipificada en el artículo 9 de la Ley de Costas de 1988, responde a la necesidad de proteger el fin primordial de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988: evitar el despojo por parte de los particulares de una zona de dominio público tan sensible y de tanta importancia para el país como las costas. El medio empleado, la nulidad de pleno derecho, queda aquí justificado por la necesidad de evitar la prescripción y posibilitar una revisión de oficio en todo tiempo.

(35) Vid. B. SESMA SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 69 y 70.

Por otra parte, el propio carácter esencial en la lógica de la Ley de Costas de la finalidad perseguida por esta causa de nulidad, la clara y tajante definición de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre y el propio contraste con la situación de los demás predios que estas pertenencias privadas vendrían a suponer, nos llevan a afirmar que sería difícil apreciar aquí razones de seguridad jurídica en contra de la aplicación de esta norma.

La doctrina ha destacado en relación con este precepto que resulta reiterativo (36), ya que un acto administrativo que reconociese titularidades privadas en el dominio público, al margen de los supuestos excepcionales que la Ley reconoce, sería nulo de pleno derecho bien por ser constitutivo de delito, bien por proceder de órgano manifiestamente incompetente, bien por tener un contenido imposible.

El supuesto de que estos actos fuesen constitutivos de delito sería más bien excepcional y plantearía, además, problemas de prejudicialidad penal (37).

En cuanto al caso de incompetencia manifiesta, por muy bien definidas que estén las competencias en la Ley de Costas en materia de desafectación (38), puede haber multitud de supuestos en los que, dado el entramado competencial sobre el litoral, no sería difícil que un acto de otra autoridad reconociese potestades a un particular sobre un bien de dominio público sin que la incompetencia pudiese calificarse de manifiesta.

Pero al margen de los problemas competenciales y por simple error de hecho o de derecho, la autoridad competente puede haber reconocido un enclave en una zona de dominio público marítimo-terrestre. En tales casos esta doctrina señala que tales actos tendrían un contenido imposible por referirse a un objeto, el dominio público, que está fuera del comercio de los hombres (39). Esta interpretación extiende el concepto de acto de contenido imposible hasta el campo de la imposibilidad jurídica, con los problemas de delimitación que dicha extensión plantea e interpretando la imposibilidad en un senti-

(36) En tal sentido, J. R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 471 y ss.; J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico actual de la propiedad de las costas*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 415 y ss., aunque este último autor señala también que, aunque reiterativo, el precepto es útil para despejar cualquier posible duda en cuanto a la nulidad de este tipo de resoluciones (*op. cit.*, pág. 416).

(37) Sobre los problemas de prejudicialidad penal en relación con la causa de nulidad de pleno derecho codificada en el artículo 62.1.d) de la LPC, nos remitimos a nuestra obra *La nulidad...*, cit., capítulo tercero. También, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 176 y 177.

(38) Al respecto, J. R. CALERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 471, y J. GONZÁLEZ SALINAS, *op. cit.*, pág. 416.

(39) Vid. J. R. CALERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 471 y ss. y 518. También, J. GONZÁLEZ SALINAS, *op. cit.*, pág. 416.

do que no parece adecuado a la sistemática del propio artículo 62.1 LPC (40).

No obstante, coincidimos en el fondo con estos autores en cuanto al carácter nulo de todo acto que atenta contra la inalienabilidad del demanio, ya que la propia configuración constitucional de los bienes de dominio público como bienes imprescriptibles nos obliga a que entendamos que un acto administrativo que ampara un despojo privado a dichas propiedades supone el reconocimiento de un derecho (la propiedad) cuando falta un requisito esencial (el carácter disponible del bien). Siendo además, por regla general, este tipo de actos manifiestamente antijurídicos en cuanto afecten al demanio natural. Por lo que estos supuestos podrían encuadrarse, con normalidad, en la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 62.1 LPC.

d) *La nulidad de las licencias u órdenes que se otorguen con infracción de la zonificación o del uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres*

Esta causa de nulidad está prevista, con carácter general, en el artículo 255.2 del TRLS de 1992 (41), que permanece vigente al no haber sido afectado por las sucesivas declaraciones de nulidad de dicha norma ni por la Disposición Derogatoria de la LS de 1998, tratándose de un supuesto de nulidad de pleno derecho de carácter material con implicaciones dogmáticas similares al anterior.

No siendo discutible aquí la gravedad de la infracción así tipificada, su evidencia dependerá de la extensión de la infracción y de las circunstancias del caso concreto, pero, con carácter general, parece evidente que una urbanización que no deja o reduce al mínimo los espacios libres o zonas verdes está muy alejada del concepto social

(40) En cuanto el propio artículo 62.1, en su apartado d), tipifica como causa de nulidad el supuesto de imposibilidad jurídica que puede considerarse más grave (los actos que tienen un objeto delictivo), parece que debe interpretarse la cláusula del apartado c) como una referencia a la imposibilidad material. Interpretación que, además, es la propia del Derecho comparado y tiene un importante respaldo doctrinal y jurisprudencial en nuestro sistema. Al respecto, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 175. En el mismo sentido y en extenso, nuestro trabajo *La nulidad...*, cit., capítulo tercero.

(41) El citado artículo 255.2 TRLS 1992 establece que: «Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho. Mientras las obras estuvieren en curso de ejecución se procederá a la suspensión de los efectos de la licencia y la adopción de las demás medidas previstas en el artículo 253 [hoy deberemos estar a lo previsto en las leyes del suelo autonómicas en materia de medidas para la restauración de la legalidad urbanística y, en su defecto, en el TRLS de 1976]. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo [hoy art. 102 de la LPC]».

de ciudad imperante en nuestro tiempo y puede apreciarse como anti-jurídica por el ciudadano medio, que es consciente de la existencia de intereses especulativos que subyacería a este tipo de actuaciones. Siendo público el contenido del planeamiento urbanístico, que se refleja en planos de fácil comprensión, no parece razonable afirmar que el conocimiento de los presupuestos fácticos de la infracción fuese difícil para un ciudadano medio, y menos para un profesional como será el destinatario de la licencia en la mayor parte de los supuestos.

Por otra parte, la actual redacción ha superado los problemas que planteaba este precepto en la redacción original de la Ley del Suelo de 1956 al asociar la declaración de nulidad con la indemnización de los daños al titular de la licencia u orden de ejecución y obligar, por lo tanto, al Ayuntamiento a pagar el daño patrimonial sufrido por el destinatario de la licencia si aprovechó la misma e inició los trabajos de construcción. Lo que en la práctica hacía que el Ayuntamiento no promoviese la nulidad para evitar el coste de la misma (42), aunque en puridad estaba obligado a la declaración de nulidad (43).

Hoy estos supuestos están sometidos al régimen general de responsabilidad administrativa (44). Lo que supone que siempre que la licencia sea manifiestamente ilegal y, por tanto, nula, la declaración de nulidad no producirá derecho alguno a la indemnización ya que el titular de la licencia debía conocer dicha ilegalidad, y si se ocasionaron daños patrimoniales fue por su negligencia al confiar en un acto nulo de pleno derecho o, más frecuentemente, por

(42) Así lo había destacado el profesor R. GÓMEZ-FERRER, *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 73 y 74: «El titular no tiene interés en la anulación de la licencia ya que se ajusta a sus intereses patrimoniales consistentes en construir en los espacios libres proyectados. Y la Administración concedente tampoco tiene interés, puesto que la anulación le impone la responsabilidad de indemnizar al titular de los daños que se le causen; como la anulación se efectúa transcurrido un lapso de tiempo desde el otorgamiento, en el cual pueden haberse verificado las obras o gran parte de ellas, la Corporación se encuentra ante la eventualidad de que le suponga un cuantioso desembolso económico; resulta, pues, evidente que tal anulación iría contra los intereses patrimoniales del municipio lo que, dada la escasez de medios de que disponen normalmente estas entidades, explica que este sistema de revisión de oficio no sea verdaderamente eficaz». Coincidía también en este análisis R. MARTÍN MATEO, *La reacción frente a las licencias ilegales para la construcción en zonas verdes*, «RDU», 1975, 42, págs. 57 a 77, especialmente pág. 70.

(43) La obligación de proceder a la declaración de nulidad, que hoy establece inequívocamente el artículo 102.1 LPC al señalar que «las Administraciones Públicas... declararán de oficio la nulidad de actos administrativos... en los supuestos previstos en el artículo 62.1», era también afirmada antes de la actual redacción legal por la doctrina mayoritaria, que se basaba, con razón, en el régimen jurídico propio de las nulidades de pleno derecho. Así, por todos, R. BOCANEGRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, págs. 231 y ss.

(44) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto refundido de 1992)*, III, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, en concreto pág. 1973.

su mala fe (45). No cabe en tales supuestos, por tanto, indemnización alguna (46).

- e) *La nulidad de pleno derecho de las reservas de dispensación. ¿Un supuesto aplicable a los actos administrativos?*

El artículo 57.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, vigente con carácter supletorio, establece que: «Serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren» (47).

La doctrina más cualificada clasifica esta norma entre los supuestos de leyes especiales que dan lugar a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo (48) o, cuando menos, ve en este precep-

(45) Ha de tenerse en cuenta que quienes deberán afrontar las consecuencias de la revisión de la licencia son profesionales que deben tener un conocimiento del Derecho propio de su tráfico mayor que el propio de un ciudadano medio, por lo que la regla no es excesiva.

(46) Hoy esta conclusión está claramente expresada en el artículo 44.2 de la Ley del Suelo de 1998, que establece que: «Cuando se produzca la anulación de una licencia... los perjudicados podrán reclamar de la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». Este precepto debe interpretarse, además, como una alusión a los supuestos de daños derivados del acto anulado y no como una indemnización derivada del acto de anulación. En tal sentido, y en relación con la legislación general, R. BOCANEGRA, *La revisión...*, cit., págs. 271 y ss. También, nuestro trabajo *El principio...*, cit., págs. 452 y ss.

(47) A la hora de valorar este precepto ha de tenerse en cuenta que su antecedente en la Ley del Suelo de 1956, el artículo 46.1, estaba redactado en términos más ambiguos en cuanto a la sanción de nulidad y permitía la dispensa del contenido de los planes y ordenanzas cuando se tratase de «edificios singulares» (el tenor literal del precepto era: «Serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren, salvo que lo fueran para edificios monumentales o singulares»). En la reforma operada por la Ley 19/1975 se suprimió esta posibilidad de dispensa para determinados edificios, ya que en la práctica había dado lugar a numerosos abusos. Vid. A. CANCELLER FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, 4.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1989, pág. 258.

(48) En tal sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... I*, pág. 625; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pág. 1608; J. M. TRAYTER, «Las causas de nulidad...», cit., pág. 868, en nota. También, A. BLASCO ESTEVE, *Las dispensas y reservas de dispensación contenidas en los planes de urbanismo*, «RDU», 1991, 126, págs. 81 a 92, esp. págs. 83 y 84, entiende que el artículo 57.3 TRLS de 1976 es aplicable tanto a las reservas de dispensación contenidas en los planes como a las otorgadas por actos de aplicación de la norma, si bien centra su estudio en las primeras. En la jurisprudencia reciente, admiten que las dispensas se otorguen por actos de aplicación singular, si bien *obiter dicta*, las sentencias de 15 de julio de 1996 (Ar. 7381, ponente: J. M. Sanz Bayón), Fundamento de Derecho cuarto, y de 22 de enero de 1998 (Ar. 581, ponente: R. Enríquez Sancho), Fundamento de Derecho quinto *in fine* de la sentencia apelada, que se acepta.

to una confirmación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (49), establecido hoy, con carácter general, en el artículo 23.4 de la Ley del Gobierno, que prohíbe la infracción de un reglamento por un acto administrativo aunque éste haya sido emitido por la misma autoridad que dictó la norma o por otra superior (50).

En nuestra opinión, sin embargo, el citado precepto no tiene otro contenido que una prohibición legal que se impone a cualquier tipo de reglamento y que impide que estas normas puedan permitir a los actos singulares alterar pro futuro (51) la regulación jurídica que ellas mismas establecen. Es decir, lo que se prohíbe no es la mera derogación singular que se produciría si un acto de aplicación contraviene el reglamento, sino la autorización por el propio reglamento para que un acto administrativo altere su contenido regulatorio general (52).

Propugnar la aplicación de este precepto a los actos administrativos no nos parece correcto, puesto que en puridad cualquier acto que contraviene el plan «dispensa» de dicha regulación a sus destinatarios (53), con lo que toda licencia u orden contra plan sería nula

(49) Sobre la conexión entre las reservas de dispensación y el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, puede consultarse a J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1976, págs. 402 y ss.; A. CANCELLER FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 257 y 258; A. BLASCO ESTEVE, *op. cit.*, págs. 81 y 82. En la jurisprudencia puede verse la ya citada sentencia de 15 de julio de 1996 (Ar. 7381, ponente: J. M. Sanz Bayón), Fundamento de Derecho cuarto, o la anterior de 18 de julio de 1993 (Ar. 5578, ponente: P. Esteban Álamo), Fundamento de Derecho cuarto, del Tribunal Supremo. En la doctrina, J. M. CORELLA MONEDERO, *Edificios singulares, reservas de dispensación y dispensas en la Ley del Suelo*, «RDU», 1970, 20, págs. 61 a 85, en concreto págs. 69 y 70, niega, a nuestro juicio con razón, que estemos realmente ante supuestos de aplicación del principio de inderogabilidad, ya que si el plan aprueba la dispensa (y éste es el supuesto, como veremos, al que ha de referirse el artículo 57.3 del TRLS 1976) el acto singular simplemente va a aplicar dicho reglamento.

(50) A nivel local, el principio está también consagrado en el artículo 11.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que se refiere expresamente a la imposibilidad de que dichas Corporaciones dispensen individualmente la observancia de ordenanzas y reglamentos.

(51) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989 (Ar. 3954, ponente: P. Esteban Álamo), Fundamento de Derecho quinto, define con claridad lo que, en nuestra opinión, es el contenido normativo del artículo 57.3 del TRLS de 1976: «lo que se prohíbe es el establecimiento de una normativa urbanística proyectada al futuro que pueda ser aplicada de forma totalmente dispar según tenga a bien en cada caso el Ayuntamiento ordenante, supuesto distinto al de autos que contempla el caso de un edificio, ya construido, y al que se acepta en sus características constructivas y arquitectónicas declarándolo compatible con la nueva normativa por vía de excepción».

(52) En realidad, con la reserva de dispensación establecida en el reglamento o plan aplicable, el acto singular que dispensa la normativa generalmente aplicable cumple la normativa que ya contempla esta posibilidad de apartamiento singular. Sobre este aspecto ya, J. M. CORELLA MONEDERO, *Edificios...*, cit., pág. 69.

(53) Así resulta clara la exposición de A. BLASCO ESTEVE, *op. cit.*, pág. 84, cuando señala que: «Ya hemos dicho que las dispensas y las reservas de dispensación pueden estar contenidas en actos singulares o pueden estar establecidas por el propio plan. Aquéllas son las más típicas y frecuentes, y en ellas el acto singular de aplicación de la norma concede lo que la norma no permite. Es el caso de las licencias de edificación que conceden más altura o volumen de lo permitido por el Plan con carácter general en una determinada zona».

de pleno derecho, mientras que, por ejemplo, el acto administrativo que contraviniese una disposición legal de directa aplicación sería, en principio, anulable a pesar de que dichas normas contienen los mínimos jurídicos exigibles en el ámbito urbanístico.

Por lo tanto, cuando la Ley se refiere a «reservas de dispensación» concedidas «con independencia» de los planes u ordenanzas, debe ser entendida no como una referencia a actos administrativos, sino como una alusión a otros reglamentos aplicables en el ámbito urbanístico y que permitiesen la alteración de su contenido o del propio del planeamiento por un acto de ejecución. El propio término «reserva de dispensación» parece sugerir esta idea (54), que además es coherente con la necesidad de no hipertrofiar la nulidad al margen, de admitirse la nulidad de todos los actos dictados contraviniendo el plan o las ordenanzas, de verdaderas exigencias institucionales.

f) *Las causas de invalidez de los actos de preparación o adjudicación de los contratos administrativos*

La nulidad de pleno derecho en el ámbito de la contratación administrativa depende, en nuestro sistema, de una compleja regulación que parte de la distinción entre causas de nulidad de Derecho administrativo y causas de nulidad de Derecho civil. Estableciendo la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 62 de su Texto Refundido, que supuestos de nulidad de Derecho administrativo hay que considerar y remitiendo para la determinación de las causas de Derecho civil (55) a cuantos supuestos de nulidad reconoce esta rama del ordenamiento en cuanto resulten de aplicación a la contratación administrativa, con lo que se atenta de forma notoria contra la seguridad jurídica en un campo suma-

(54) Así, J. M. CORELLA MONEDERO, *op. cit.*, págs. 68 y ss., parece reservar el término reservas de dispensación a las contenidas en los planes: «... la reserva de dispensación es norma de planificación, con el mismo carácter y contenido que el resto de las normas y prevenciones del Plan» (*op. cit.*, pág. 68). Mientras que cuando se refiere a los supuestos de actos administrativos que se apartan del contenido de planes u ordenanzas prefiere hablar de dispensa a secas.

(55) La propia determinación de los supuestos de nulidad con referencia a dos de las ramas en las que se divide el Derecho para su estudio ya es un aspecto sumamente criticable y que entorpece la determinación práctica de las cláusulas de Derecho civil, puesto que las administrativas están enumeradas por la propia Ley. Para una certera crítica de esta distinción, señalando las numerosas contradicciones en las que, además, incurre el legislador, debe consultarse J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La invalidez de los contratos públicos», en la obra colectiva, dirigida por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 291 a 322, en concreto págs. 305 y 306.

mente delicado como el de la determinación de los supuestos de nulidad (56).

Centrándonos, dado el objeto de este estudio, en las causas de nulidad de carácter administrativo, se ha planteado por la doctrina si las mismas, dada la actual redacción legal (57), afectan sólo a los actos de preparación o de adjudicación del contrato o si también resultan de aplicación al propio contenido del contrato (58). La aplicación de las causas de nulidad a las cláusulas del contrato es, en nuestra opinión, innegable ya que todo contrato administrativo constituye un contrato de adhesión en cuanto la Administración determina en último término el contenido del contrato, aprobado por ella al menos en el acto de adjudicación, y el particular lo debe asumir por completo. Cualquier infracción que se detecte en dicho contenido tendrá su origen en algún acto singular de la Administración que habrá determinado, aunque sea por remisión a las cláusulas generales previamente aprobadas, o asumido el mismo, no cabe la posibilidad de hablar de un contenido ilegal del contrato siendo legales los actos que lo han precedido (59).

A la hora de valorar en qué supuestos la nulidad de un acto de preparación traerá consigo la del contrato que entrará en la fase de liquidación, la Ley parece pronunciarse de forma categórica al indicar que los contratos «serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación». Esta afirmación debe, sin embargo, matizarse conforme a las reglas generales que regulan la conservación de actos válidos sucesivos siempre que sean independientes (art. 64.1 LPC) y de nulidad parcial (arts. 64.2

(56) Las dificultades de esta tarea llevan a SANTAMARÍA PASTOR («La invalidez...», cit., pág. 313) a afirmar, en un tono inequívocamente irónico, que: «Evidentemente, la tarea de determinar cuáles y de qué tipos sean estas causas de invalidez [se refiere a las de Derecho civil] que el legislador ha endosado a los intérpretes no ofrece dificultades insalvables; pero sí plantea algunos problemas complejos, en cuya resolución los llamados operadores jurídicos hubieran agradecido alguna pequeña ayuda».

(57) El actual artículo 61 del TRLCAP establece que: «Los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sean alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes». Por contra, el artículo 40 del Reglamento General de Contratación del Estado (RD 3410/1975, de 25 de noviembre), ya derogado, establecía que: «Los contratos regulados en el presente Libro serán inválidos cuando lo sean los actos administrativos que les sirven de soporte o alguno de ellos, o cuando la invalidez derive de su propio clausulado».

(58) Entienden, en este contexto, que las causas de nulidad deben predicarse también del clausulado del contrato, y no sólo de los actos de preparación o de adjudicación, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La invalidez de los contratos públicos», cit., págs. 295 y ss., y A. PALOMAR OLMEDA, «Comentario al artículo 61», en la obra colectiva, coordinada por E. JIMÉNEZ APARICIO, *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 562 a 574, en concreto pág. 569.

(59) En tal sentido, con meridiana claridad, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... I*, cit., pág. 749.

y 66 LPC) (60). Además, debe tenerse en cuenta que no cabe afirmar la nulidad y tampoco la anulabilidad en aquellos supuestos en que en el propio procedimiento se hayan podido subsanar los vicios procedimentales cometidos (61).

En cuanto al contenido de las causas de nulidad de pleno derecho aplicables a los actos de preparación o adjudicación del contrato, vienen reguladas en el artículo 62 del TRLCAP, que contiene, de una parte, una remisión a los artículos 62.1 de la LPC y 60 de la LGP (62), que produce una traslación automática de la doctrina general aplicable a cualquier acto administrativo a aquellos actos que se dictan en el procedimiento de contratación, lo que no plantea ningún problema distinto a los propios de cada uno de los supuestos de nulidad contenidos en dichos artículos.

Pero, de otra parte, el artículo 62 TRLCAP contiene tres supuestos de nulidad específicos del ámbito de la contratación administrativa:

(60) Para un análisis del juego de estos preceptos nos remitimos a nuestro trabajo *La nulidad de pleno derecho...*, cit., capítulo cuarto.

(61) Rechaza una lectura literal de la Ley y destaca la necesidad de contar en este tema con las exigencias del principio de conservación de actos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La invalidez...», cit., págs. 298 y 299.

(62) En el campo de la contratación administrativa, el absurdo que representa esta causa de nulidad es especialmente visible. De una parte, dado que la responsabilidad de esta infracción está siempre en el ámbito de la Administración, la jurisprudencia aplica, en numerosas ocasiones, la buena fe o la doctrina del enriquecimiento injusto para enervar su operatividad. (Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1981 [Ar. 1354, ponente: E. Medina Balmaseda], considerando primero de la sentencia apelada, que se acepta, y tercero de los del Tribunal Supremo. Más recientemente, tampoco admite la alegación de nulidad hecha por la Administración por un incumplimiento debido a la misma la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1988 [Ar. 7441, ponente: M. de Oro-Pulido López], Fundamento de Derecho segundo. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999 [Ar. 5199, ponente: R. Trillo Torres], Fundamento de Derecho segundo, no niega la exigibilidad de la consignación presupuestaria, pero acepta que la misma no se haya previsto al iniciarse el procedimiento de contratación, siempre que ya exista al tiempo de la adjudicación.) En la doctrina, analiza la problemática de este precepto en relación a los contratos A. PALOMAR OLMEDA, «Comentario al artículo 62», en la obra colectiva, coordinada por E. JIMÉNEZ APARICIO, *Comentarios a la legislación...*, cit., págs. 575 a 592, en concreto págs. 587 y ss. Para Manuel REBOLLO PUIG, esta jurisprudencia no es de recibo puesto que considera que es más adecuada, dada la clara exigencia normativa, la declaración de nulidad y la condena a la Administración por enriquecimiento injusto, aunque reconoce que para hacer efectiva la declaración de dicho enriquecimiento la Administración tendrá que incluir un nuevo crédito presupuestario igual al que tenía que haber consignado originariamente (vid. *El enriquecimiento...*, cit., págs. 391 y ss.) De otra parte, la legislación excepciona expresamente esta regla en algunos tipos de contratos; en concreto, en el contrato de obras bajo la modalidad de abono total del precio y en el contrato de concesión de construcción, conservación y explotación de obras e infraestructuras hidráulicas —la primera modalidad regulada en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, concretamente en el artículo 147 [para la exclusión del artículo 63.c), vid el apartado 3.b)], y la segunda está hoy regulada en los artículos 133 y ss. de la Ley de Aguas [para la exclusión, artículo 134.1.C)]—, con lo que se aumentan las ya de por sí generosas vías de excepcionar esta regla.

- La falta de capacidad de obrar del contratista.
- Su falta de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada.
- Estar incurso el contratista en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades del artículo 20 del TRLCAP.

En cuanto a la falta de capacidad, como ha señalado SANTAMARÍA PASTOR (63), resulta cuando menos curioso que se califique de causa de nulidad de Derecho público la que deriva de la infracción de las normas privadas que regulan la capacidad de obrar, por lo que este autor propone una interpretación limitada al caso de los requisitos de capacidad que la propia Ley de Contratos establece. Sin embargo, dado que, como el propio SANTAMARÍA PASTOR reconoce (64), la aplicación a la falta de capacidad del régimen de nulidad estaría justificada por el afán del legislador de conferir una especial relevancia a las condiciones subjetivas de los contratantes, parece razonable someter cualquier causa de incapacidad de obrar, y no sólo las contenidas en el TRLCAP, al régimen propio de la nulidad administrativa.

La existencia de prohibiciones o incompatibilidades en el contratista como causa de nulidad es plenamente plausible, aunque obliga a una remisión al complejo régimen previsto en los artículos 20 y 21 del TRLCAP.

En cuanto a la falta de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la Ley adopta una perspectiva más formal, ya que parece que basta la falta de acreditación en la forma que la Ley establece de este requisito para activar la nulidad. Puesto que la clasificación del contratista es una forma de acreditación de la capacidad exigible para determinados contratos, es evidente que la falta de la misma provocará también la nulidad en tales supuestos (65).

Estas causas específicas de nulidad vienen a ser una especificación para el ámbito contractual de la regla general de nulidad de los actos por los que se adquieren facultades careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, aunque su concreción resulte plausible dada la general confusión sobre el contenido de las nulidades. No obstante, debe insistirse en la necesidad de que estos supues-

(63) Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La invalidez...», cit., pág. 309.

(64) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *últ. op. cit., loc. cit.*

(65) Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, pudiendo citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1986 (Ar. 1809, ponente: J. L. Ruiz Sánchez), especialmente en el Fundamento de Derecho segundo. Más recientemente y en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 (Ar. 8598, ponente: J. J. González Rivas), Fundamentos de Derecho tercero, cuarto y quinto. En la doctrina, se pronuncia en este sentido J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La invalidez de los contratos públicos», cit., págs. 309 y 310.

tos de nulidad se tamicen por la exigencia del carácter manifiesto de la infracción, ya que aunque es cierto que en el seno de una relación bilateral, fruto de un procedimiento marcado por la concurrencia y la formalidad, este aspecto posiblemente será más fácil de apreciar, también las consecuencias de la nulidad en una relación sinalagmática son especialmente graves y se deben reservar para los casos más groseros de infracción (66). La utilidad de la consideración de las infracciones más notorias como supuestos de nulidad de pleno derecho se refleja también en la posibilidad de una tutela cautelar más expeditiva y sometida al criterio del *fumus boni iuris*, que el Tribunal Supremo reserva a los supuestos de nulidad más ostensibles y evidentes (67).

Una última apreciación debe hacerse en relación con el artículo 65.3 del TRLCAP, que dispone que: «Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».

Se trata de una norma impuesta por la necesidad de asegurar el principio de continuidad de los servicios públicos y que, por tanto, no debe ser aplicada al margen de los contratos que tienen por objeto dichos servicios. La redacción del precepto es desafortunada en su aplicación a los supuestos de nulidad de pleno derecho, en cuanto somete la continuidad a las mismas cláusulas que tenía la apariencia de contrato, con lo que parece admitir la posibilidad de que quien nunca debió lucrarse con el contrato lo siga haciendo, aunque sea por un periodo de tiempo que ha de ser reducido. Puesto que en el contratista que se ha aprovechado de un contrato manifiestamente antijurídico siempre hay una conducta cuando menos negligente, no creemos que deba excepcionarse en estos supuestos la regla de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza. Por lo que las reglas de liquidación del artículo 65.1 TRLCAP deben aplicarse también con todo rigor a este periodo transitorio.

9

(66) De otra forma, además, la nulidad se convierte en una declaración inútil (en tal sentido, A. PALOMAR OLMEDA, «Comentario al artículo 62», cit., esp. pág. 586), dado el juego del enriquecimiento injusto, que sólo quedaría enervado en los supuestos de una notoria infracción que dan lugar a una situación en la que nadie puede confiar.

(67) Así, en relación a un supuesto de contratación, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 (Ar. 6204, ponente: J. Barrio Iglesias), Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia apelada, que se acepta. Sobre la relación entre tutela cautelar y nulidad, vid. nuestra obra *La nulidad...*, cit., capítulo cuarto.

g) *Especialidades en la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la legislación local*

El legislador ha mantenido tradicionalmente en la esfera local algunos supuestos de nulidad de carácter adjetivo que deben someterse a las reglas comunes a este tipo de causas de nulidad, y muy especialmente al principio según el cual no cabe afirmar una nulidad cuando la infracción procedimental no tiene consecuencias en el resultado material del procedimiento (68).

En este sentido debe citarse el artículo 51 del TRRL, que tipifica como causa de nulidad la adopción de acuerdos en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria y los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias que tampoco estén recogidas en el orden del día, salvo que previamente se haya declarado su urgencia con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación de que se trate.

Estamos ante una mera especificación del supuesto contemplado en el artículo 62.1.e) LPC (69) en cuanto declara nulos los actos adoptados por los órganos colegiados sin respetar las reglas esenciales para la formación de su voluntad, y que debe ser objeto de las mismas críticas que cabe hacer respecto a la nulidad de los actos por infracciones de carácter meramente formal, en cuanto suponen una sanción (en sentido amplio) al particular que ha confiado en la estabilidad del acto, cuando la responsabilidad de la nulidad está plenamente en el ámbito de responsabilidad de la propia Administración (70). Debiendo reservarse su aplicación a aquellos supuestos en los que la infracción sea manifiesta e impida valorar si el acto adoptado es o no correcto materialmente o suponga grave y manifiesta infracción de las reglas sobre competencia.

(68) Al respecto, nos parece plenamente vigente, en lo esencial, la clásica exposición de T. R. FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, en especial págs. 129 y ss.

(69) De hecho, aunque el artículo 26.3 LPC, que establece paralelamente que: «No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría», no hace referencia al grado de invalidez que comporta su infracción, la doctrina suele señalar que la infracción de esta norma también trae consigo la nulidad de pleno derecho. Así, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados*, BOE y CEPC, Madrid, 1999, pág. 260, o R. ENRÍQUEZ SANCHO, «De las disposiciones y actos administrativos (Título V - Capítulo IV)», en la obra colectiva, realizada por SANTAMARÍA PASTOR y otros, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993, págs. 259 a 275, en concreto pág. 270.

(70) Vid. la idea básica en T. R. FERNÁNDEZ, *La doctrina...*, cit., esp. págs. 174 y ss. También, nuestro trabajo *La nulidad...*, cit., capítulo tercero.

Otros preceptos de la legislación local tienen una gran ambigüedad en su redacción, que obliga a plantearse si nos encontramos ante supuestos de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad; al caso del artículo 52 del TRRL, que ya analizábamos arriba, hemos de sumar aquí el artículo 81 del RBEL, que establece que: «Serán nulas las concesiones que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto por ellos, en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales». Puesto que los artículos siguientes del citado Reglamento regulan el procedimiento de otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público de titularidad local, entender la citada norma como la consagración de un supuesto de nulidad de pleno derecho supone una considerable extensión de la nulidad formal que no tendría referente alguno ni en la legislación estatal sobre el dominio público ni en ningún principio de los que rigen el sistema general de nulidades del artículo 62 de la LPC. Por estas razones y por lo inadecuado de una extensión de las nulidades puramente formales, parece que cuando el precepto se refiere a concesiones «nulas» debe entenderse como meramente anulables y no como nulas de pleno derecho. Máxime cuando para la protección del demanio no es necesario hipertrofiar las consecuencias de las infracciones formales, puesto que la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la LPC presta un servicio mucho más efectivo y matizado a este fin.

h) *La nulidad de los actos administrativos dictados por los Colegios Profesionales*

El artículo 8.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, incluye entre las causas de nulidad de los actos colegiales (debe entenderse, dado el contexto normativo del artículo, en cuanto dichos actos están sometidos al Derecho administrativo) la mera violación manifiesta de la Ley. Siendo ésta la única especialidad relevante de esta norma respecto al artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente al tiempo de aprobarse esta norma especial (71).

Es evidente que esta causa de nulidad cumple con exactitud las

(71) J. J. LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., pág. 514, ha propuesto entender automáticamente adaptada la definición de las causas de nulidad de este artículo 8.3 de la Ley de Colegios Profesionales a lo dispuesto en el artículo 62.1 LPC, dada la similitud de la regulación y la vocación de generalidad de la LPC. Desde luego, esta apreciación no nos parece aplicable al supuesto de nulidad que comentamos, que no tiene equivalente en la legislación general.

exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica en cuanto exige expresamente el carácter evidente de la infracción. Sin embargo, puede ser discutible, por razones de política legislativa, el criterio de la gravedad ya que se considera cualquier infracción de la Ley formal como un supuesto de nulidad de pleno derecho, lo que ha sido visto por la mejor doctrina como una forma de intervención estatal en la vida corporativa que no vendría avalada por razón técnica alguna (72). En nuestra opinión, es evidente que una norma tan dura no parece estar justificada cuando, además, otros agentes de la Administración, como pueden ser los concesionarios o las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, no están sometidos a reglas similares.

i) *¿Nulidad por la infracción de cualquier precepto constitucional?*

La pregunta que preside este epígrafe dista de ser retórica, puesto que no es infrecuente encontrarse resoluciones judiciales que vienen a afirmar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por infringir directamente un determinado precepto constitucional o bien, indirectamente, por haber sido dictado como consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley nula de pleno derecho.

En el primer caso se sitúa una peculiar sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de julio de 1995 (Ar. 221, ponente: J. M. Ruiz-Ojeda) que afronta la proclamación del derecho de autodeterminación de Euskalherria por parte de un Ayuntamiento navarro y que declara la nulidad de pleno derecho de dicha declaración utilizando como argumento el artículo 2 de la Constitución, en cuanto proclama la unidad de la nación española.

Dejando a un lado el tema de la utilidad de una declaración de nulidad respecto a un acto que carece de toda trascendencia más allá de la publicidad que le quieran dar quienes lo han promovido, no creemos que el razonamiento *ex* artículo 2 de la Constitución tenga sentido, al no aparecer este artículo entre las causas de nulidad previstas por el legislador, aunque a la misma conclusión se hubiese podido llegar desde el artículo 62.1.b) LPC por encontrarnos ante una manifiesta incompetencia del Ayuntamiento, ya que sería difícilmente imaginable que una Corporación local tuviese potestad para declarar un derecho cuyo reconocimiento en su caso sólo correspondería al poder constituyente.

(72) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... I*, cit., pág. 625.

Más problemática resulta la línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha iniciado con la sentencia de 15 de julio de 2000 (73) (Ar. 7423, ponente: J. E. Peces Morate, Sección 6.^a de la Sala 3.^a) (74) que, partiendo del artículo 40 LOTC, llega a la conclusión de que todos los actos administrativos dictados en aplicación de una ley inconstitucional deben ser considerados nulos de pleno derecho, debiendo la Administración proceder a la revisión de oficio de los mismos (75).

En nuestra opinión, del texto del artículo 40 LOTC no puede deducirse una sanción automática de nulidad para ningún acto singular de aplicación, ya que, por analogía, lo que procederá aquí será el mantenimiento del acto administrativo que haya devenido firme, salvo los supuestos de actos sancionadores. Esto es, mientras el citado artículo no menciona el problema de los actos administrativos, regula un supuesto similar cual es el de las resoluciones judiciales cuyo mantenimiento se justifica en las mismas razones de seguridad jurídica que operan, como el Tribunal Constitucional alemán ha declarado (76), para las resoluciones judiciales.

El efecto *ex tunc* de las sentencias que declaran la nulidad de una norma inconstitucional, que es en sí mismo un principio irrenunciable del Derecho público occidental (77), implica la nulidad radical de

(73) Sentencia que se inserta, a su vez, en una importante, pero criticable, línea jurisprudencial que reconoce la responsabilidad del Estado-Legislador derivada de los daños causados por una ley declarada inconstitucional, y cuyo *leading case* es la sentencia de 29 de febrero de 2000 (Ar. 2730, ponente: J. A. Xiol Ríos).

(74) La doctrina de esta sentencia se vuelve a reproducir en las SSTS de 19 de marzo de 2001 (Ar. 2645, ponente: F. González Navarro), de 27 de marzo de 2001 (Ar. 2665, ponente: P. A. Mateos García) o de 29 de marzo de 2001 (Ar. 2668, ponente: F. González Navarro). Todas ellas de la Sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

(75) Ya apunta una visión crítica de esta doctrina R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 183.

(76) Al respecto, entre otras, la sentencia de 20 de abril de 1982 del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 60, 253, 269 y 270), citada en lo esencial por R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 25 y 26.

(77) Sobre el alcance de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una norma legal es básica la consulta de R. BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 240 a 244. Como indica este autor, se trata de un asunto polémico en Alemania desde hace algunas décadas, concretamente desde la obra de Christoph BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker und Humblot, Berlín, 1966, especialmente págs. 23 y ss., autor que entiende que la Ley Fundamental no parte de un sistema de relaciones jerárquicas basadas en los contenidos, sino sólo de una serie de órganos ordenados formalmente en función del rango, por lo que no puede aplicarse el principio *lex superior derogat legi inferior*. La existencia de un órgano que tiene la competencia exclusiva para la expulsión de las normas legales infraconstitucionales supondría la imposibilidad de afirmar una nulidad *a priori* de la norma a expulsar (*op. cit.*, págs. 61 y 62), por lo que las previsiones sobre la nulidad de las normas legales inconstitucionales serían en sí mismas inconstitucionales (ya antes, KIPP había realizado una propuesta a favor de la consideración de la mera anulabilidad de las leyes inconstitucionales, según la noticia que ofrece H. MAURER, *Die Verfassungswidrige Bundestagswahl*, Gehlen, Bad Homburg v.d.H.-Berlín-Zürich, 1969, pág. 16 y, especialmen-

toda norma contraria al texto fundamental, efecto que desde la perspectiva de la seguridad jurídica queda amparado por el principio de que debe confiarse antes en la Constitución que en las normas de rango inferior.

Ahora bien, respecto a las resoluciones singulares de aplicación,

te, pág. 28). Más matizada es la posición de H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidriger von Gesetzen?*, Athenäum, Frankfurt a.M., 1974, autor que entiende que la decisión sobre la nulidad o mera anulabilidad de la Ley inconstitucional está en manos del legislador ordinario al no existir una clara exigencia constitucional en uno u otro sentido, pero apela por razones prácticas a una solución tendente a la mera anulabilidad (vid. esp. págs. 48 y ss.). Ya en la doctrina anterior, entre otros, G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das Verfassungswidrige Gesetz*, JZ, 1961, 7, págs. 193 a 205, en concreto pág. 198. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se pronuncia por la existencia de una exigencia constitucional y lógico-jurídica en favor de la nulidad de pleno derecho de las normas legales inconstitucionales, siendo el argumento más extendido la necesidad de mantener el principio de unidad del ordenamiento que impone la necesidad de que no existan dos mandatos jurídicos contradictorios, de forma que si se produce el conflicto debe resolverse a favor de la norma de mayor rango. Sostener una opinión contraria sería tanto como negar un valor jurídico permanente a la norma superior, ya que la misma quedaría suspendida o derogada mientras la inferior mantuviese su vigencia. Ya en el año 1803, el *Chief Justice Marshall* expresó esta idea de una forma nítida en el famoso caso *Marbury Vs. Madison* con los siguientes términos: «If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution and not such ordinary act, must govern the place to which they both apply», para concluir más abajo que: «that a law repugnant to the constitution is void» (cit. por H. SCHOLZEN, *Nichtigkeit oder Vernichtigkeit verfassungswidriger Rechtsnormen*, tesis, Köln, 1977, pág. 6). No siendo admisible, tampoco, la idea de que la ley inconstitucional es válida porque sólo puede expulsarla el Tribunal Constitucional, ya que los tribunales ordinarios no tienen la obligación de aplicar la norma nula al tener en sus manos la cuestión de inconstitucionalidad. Entre los autores que mantienen como principio general la nulidad de pleno derecho de las normas legales inconstitucionales pueden citarse: H. SCHOLZEN, *Nichtigkeit...*, cit., págs. 9 y ss., para su conclusión en este punto pág. 93 (autor que admite y propone la posibilidad de que en circunstancias excepcionales el Tribunal Constitucional, por razones de índole constitucional como la seguridad jurídica o un grave peligro para el Estado o sus fundamentos fiscales y organizativos, pueda moderar los efectos *ex tunc* de sus sentencias [op. cit., págs. 139 y ss., esp. pág. 146]); K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II*, C. H. Beck, München, 1980, en concreto págs. 988 y 1039 a 1042; del mismo autor, en el primer tomo de la misma obra, publicado en su segunda edición por Beck, München, 1984, págs. 105 y 106, rechazando la doctrina y la jurisprudencia que lleva a poner en duda el dogma de la nulidad de pleno derecho de las leyes inconstitucionales; O. BACHOF, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz*, AöR, 1962, 87-1, págs. 1 a 48, en concreto págs. 32 y ss.; A. ARNDT, *Der Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung*, NJW, 1957, 10, págs. 361 a 363, en concreto pág. 363 (hoy también puede consultarse este trabajo del gran jurista y político alemán en A. ARNDT, *Gesammelte juristische Schriften*, C. H. Beck, München, 1976, págs. 171 a 178, en concreto pág. 177; en esta misma obra se incluye otro trabajo de ARNDT donde se mantiene la misma opinión, «Das nicht erfüllte Grundgesetz», en *Gesammelte...*, cit., págs. 141 a 156, págs. 142 y ss.); del mismo autor, *Nochmals: Welche Folge hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt?*, NJW, 1959, 48, págs. 2145 a 2147, en concreto pág. 2145; H. SIGLOCH, *Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze*, JZ, 1958, 3, págs. 80 a 82, en concreto págs. 80 y 81; J. A. FROWEIN, *Zur Vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, DöV, 1970, 17, págs. 591 a 594, en concreto págs. 592 y 593; del mismo autor, *Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als Rechtsproblem*, DöV, 1971, 23, págs. 793 a 796, en concreto pág. 795. Más recientemente, H. BETHGE, «§ 31 Verbindlichkeit der Entscheidung», en la obra colectiva, dirigida por T. MAUNZ, G. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN y G. ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, actuali-

en particular respecto a los actos administrativos, dicho efecto se traduce en su conversión en actos carentes de fundamento jurídico (*Gesetzloser Verwaltungsakt*), esto es, en actos dictados sin que se pueda encontrar un fundamento legal al que se puedan vincular de una forma razonable (78). Pudiendo encuadrarse bajo esta figura tanto los actos dictados al margen de cualquier norma (por ejemplo, por pura arbitrariedad del órgano actuante) como aquellos que se dictan basándose en una norma nula o, incluso, cuando por error se aplica una norma antes de su entrada en vigor.

Pero a la hora de valorar las consecuencias jurídicas de esta falta de fundamento jurídico, tanto la doctrina (79) como la jurispruden-

zada a junio de 2001, págs. 61 y ss. (la numeración es independiente en cada comentario), §§ 31.142 y ss.; del mismo autor y en el mismo comentario, «§ 79 Wirkung der Entscheidung», cit., págs. 10 y 11 (§§ 79.17 y ss.), aunque el autor opina que en la práctica la distinción entre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* no tendrá mayor relevancia dada la regulación del propio § 79 (muchas más referencias en este sentido, en H. SCHOLZEN, op. cit., pág. 3; también, en H. SÖHN, *Anwendungspflicht...*, cit., págs. 7 y 8). En los Estados Unidos, sistema que sin duda ha acumulado la mayor experiencia práctica sobre los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, pueden encontrarse afirmaciones rotundas del dogma de la nulidad *ex tunc* de las leyes inconstitucionales como la realizada por el Juez Field (en el asunto *Norton Vs. Shelby County*, 118 US 425, 442 [1886]): «An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed». No obstante, es cierto que pueden alegarse multitud de supuestos en los que los tribunales americanos se han apartado del dogma de la nulidad *ex tunc* para alcanzar soluciones más adecuadas a los problemas que plantean los casos en los que existe una red de intereses muy compleja y en los que la inconstitucionalidad *ex tunc* sería una solución poco adecuada a la equidad (es básica la consulta de la obra clásica y todavía sustancialmente vigente de Oliver P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Beard, Washington, 1999, reimprección de la edición original por Minnesota University Press en 1935, esp. las págs. 2 a 12, para la exposición y crítica de las distintas teorías que emplea la jurisprudencia americana, y págs. 90 a 93, para una crítica a la afirmación del Juez Field; a pesar de estas críticas, basadas en su rigidez y dogmatismo, la afirmación del citado Juez es todavía un buen punto de partida para estudiar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en los Estados Unidos [vid., por ejemplo, la exposición de L. H. TRIBE, *American Constitutional Law I*, 3.ª ed., Foundation, New York, 2000, págs. 213 y ss., que propugna una solución ecléctica señalando que las soluciones caso por caso acaban, generalmente, en cuanto se aplican en casos similares, ofreciendo un resultado equivalente al propugnado en la famosa cita del Juez Field], aunque, como es propio del *Common Law*, los tribunales busquen a veces soluciones más ajustadas al caso concreto; en todo caso, el sistema americano no ha sustituido el dogma de la nulidad *ex tunc* por el de la mera anulabilidad de la Ley inconstitucional). En la doctrina española, G. DOMÉNECH PASCUAL, *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales*, esta REVISTA, 155, 2001, págs. 59 a 106, en concreto págs. 90 y ss. En lo fundamental, en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... I*, cit., págs. 172 y 173. Sostiene la posición contraria J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, reimpr. de 1991 de la 1.ª ed. de 1986, pág. 382, aunque admite la nulidad cuando el vicio sea ostensible.

(78) Para la definición del *gesetzloser Verwaltungsakt* pueden consultarse, entre otros: H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht II*, 6.ª ed., C. H. Beck, München, 2000, pág. 107; E. SCHIEDECK, *Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nach § 44 Absatz 1 VwVfG*, tesis, Regensburg, 1993, esp. pág. 122; M. SACHS, «§ 44 Nichtigkeit...», cit., pág. 1522 (§ 44.102), en este caso implícitamente.

(79) Al respecto, entre otros, H. SIGLOCH, *Vorläufige...*, cit., esp. pág. 82; G. (Gottfried) ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, Carl Heymanns,

cia alemanas (80) no ven razón alguna que justifique un régimen especial respecto al propio de cualquier otro acto antijurídico (81). Esta posición es plenamente plausible también desde la perspectiva

Köln-Berlín-Bonn-München, 1967, págs. 113 y 114; O. BACHOF, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts I*, 3.ª ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1966, págs. 75 y 76; del mismo autor, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts II*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1967, pág. 332; M. SACHS, «§ 44 Nichtigkeit...», cit., pág. 1522 (§ 44.102); E. SCHIEDECK, *op. cit.*, págs. 125 y ss.; F. O. KOPF y U. RAMSAUER, *op. cit.*, pág. 912 (§ 44.30); W. SCHÄFER, «§ 44 Nichtigkeit...», cit., pág. 905 (§ 44.43); H. MEYER, «§ 44 Nichtigkeit...», cit., pág. 817 (§ 44.26); U. STEINER, «Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und Unanfechtbare Entscheidungen (§ 79 BVerfGG)», en la obra colectiva, dirigida por Ch. STARCK, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht I*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, págs. 628 a 662, en concreto págs. 640 a 648, con más referencias; H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *op. cit.*, pág. 107. En esta misma línea, al entender comprendidos los actos administrativos en el § 79 de la BVerfGG, que excluye la revisión de los actos firmes de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales salvo los casos de las resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción penal, se sitúa H. BEHTGE, «§ 79. Wirkung der Entscheidung», en la obra colectiva, dirigida por T. MAUNZ, G. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN y G. ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, actualización a junio de 2001, en concreto págs. 19 y ss. (§§ 79.46 y ss.), autor que entiende que en el caso de actos con *Dauervirkung* sí cabría revisión con efectos *ex nunc* para evitar la consagración para el futuro de la regulación que atenta contra la Constitución. La fórmula para esta matizada solución sería, en nuestro sistema, considerar la sentencia un documento en el sentido del artículo 118.1.2.ª de la LPC a los efectos del recurso extraordinario de revisión, cuyos efectos pueden matizarse con las exigencias de la seguridad jurídica. Parcialmente en contra se sitúa G. ERBEL, *op. cit.*, esp. págs. 132 y 133, autor que sostiene que serían nulos de pleno derecho, incluso sin necesidad del carácter manifiesto de la infracción, los actos que vulnerasen directamente un precepto constitucional de carácter prohibitivo; no obstante, los ejemplos que el autor ofrece de normas constitucionales que pueden incluirse en tal categoría se incluirían en nuestro sistema en la previsión del artículo 62.1.a) LPC al tratarse de lesiones del contenido esencial de derechos fundamentales, ya que en tales casos es posible apreciar una prohibición absoluta de inmisión de la actividad estatal. Por lo que esta tesis viene a coincidir con el planteamiento que se mantiene en el texto principal. Se pronuncia abiertamente a favor de la nulidad de los actos dictados en aplicación de una norma legal nula A. ARNDT, *Nochmals: Welche Folge...*, cit., *passim*, pero sostiene que la declaración de dicha nulidad puede estar sometida a plazos u otros presupuestos (pág. 2146), con lo que dibuja una nulidad bastante peculiar.

(80) Los *leading case* en la materia son las sentencias del BVerwG de 7 de noviembre de 1964 (BVerwGE 19, 284, 287), en cuanto afirma que no cabe hacer distinciones en orden a la determinación de las consecuencias de la infracción (nulidad o anulabilidad) entre los distintos supuestos de actos carentes de sustrato jurídico; de 26 de mayo de 1967 (BVerwGE, 27, 141, 143) y, más recientemente, la sentencia de 25 de julio de 1990 (DVBl 1991, págs. 64 y 65).

(81) En los Estados Unidos es difícil determinar, dada la abundante casuística y la dificultad de encontrar categorías equivalentes a las propias del Derecho continental, cuál sea la solución prevalente en estos casos, pero, al menos en cuanto a los tributos ilegalmente recaudados (que es el supuesto que motiva la jurisprudencia española que criticamos), Oliver P. FIELD señalaba que sería de aplicación la misma regla a los casos de tributos recaudados como consecuencia de una ley inconstitucional que a cualquier otro tributo ilegal, procediendo la devolución de lo indebidamente cobrado, en ausencia de norma que regule la materia, sólo cuando el contribuyente pagó el tributo involuntariamente y bajo protesta (vid. O. P. FIELD, *The Effect...*, cit., págs. 251 y ss.).

En Italia, el Consejo de Estado, al declarar la autonomía entre la doctrina de la invalidez del acto administrativo y la aplicable a la ley declarada nula de la que dicho acto era aplicación, viene a adoptar una solución similar a la alemana o la que proponemos para

española (82), ya que, de una parte, la revisión generalizada de los actos supone un atentado a la seguridad jurídica equiparable a estos efectos a la que supondría la anulación de las resoluciones judiciales y, de otra, la normativa española sobre el procedimiento administrativo que ha reconocido la nulidad de los actos que infringen los derechos fundamentales, dado su carácter intrínsecamente imprescriptible e intangible, no permite una extensión de esta regla a otras infracciones constitucionales.

El artículo 63 de la LPC, al referirse, con carácter general, a la infracción del ordenamiento jurídico, incluye las infracciones no calificadas a la Constitución como primera norma del ordenamiento, que hacen, por tanto, meramente anulable al acto administrativo al que afectan. Sin que esto excluya que, cuando el acto suponga una infracción al ordenamiento jurídico que pueda ser calificada en el caso concreto como causa de nulidad, proceda la declaración del mismo como nulo de pleno derecho, conforme a las reglas generales aplicables a cualquier tipo de acto.

Pero, en general, no hay motivo, en nuestro sistema, para ofrecer un trato diferente a los actos dictados sobre la base de una ley inconstitucional que a los dictados por aplicación de un reglamento contrario a la Constitución, la ley u otra norma reglamentaria de rango superior (83) o de un decreto legislativo que hubiese sobrepasado los límites de la delegación.

España. En concreto, en una resolución del pleno que tuvo que resolver las diferentes tesis de las distintas secciones del Consejo, se estableció, tras negar que el acto fuese inexistente, que: «La soluzione deve essere quindi ricercata esclusivamente nel settore amministrativo, tenendo presente bensì la dichiarazione d'inconstituzionalità della legge, ma avendo del pari presente che l'atto amministrativo continua a vivere di vita autonoma, finché non sia rimosso con uno degli instrumenti a ciò idonei, e che persiste quindi l'interesse di chi ne ha già chiesto l'anullamento ad ottenerlo» (Sant'Eufemia. Adunanza plenaria, decisione 8 aprile 1963, n. 8, hoy recogida en G. PASQUINI y A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, en concreto págs. 355 a 366, con un comentario de Andrea PATRONI GRIFFI; para la cita, pág. 361).

(82) Mantiene, sin embargo, en nuestro sistema la nulidad de pleno derecho de los actos dictados al amparo de las normas inconstitucionales, si no encuentran otro amparo jurídico, M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, en concreto pág. 361.

(83) Al respecto, debe recordarse que el artículo 73 de la LJ 1998 establece que: «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente». Entre la multitud de sentencias que consideran que la declaración de nulidad de una norma reglamentaria no trae consigo la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en aplicación de la misma y, por tanto, no autoriza la revisión de dichas resoluciones, pueden citarse las del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1999 (Ar. 52, ponente: J. Rouanet Moscardó), de 26 de enero de 1999 (Ar. 70, ponente: R. Rodríguez Arribas), de 11 de junio de 2001 (Ar. 7239, ponente: A. Gota Losada), de 30 de noviembre de 2001 (Ar. 997, ponente: A. Gota Losada). En contra, enjuiciando, curiosamente, un acto de aplicación de la misma norma nula que había enjuiciado la sentencia de 11 de junio de 2001, la

Por todas estas razones, no podemos estar de acuerdo con la línea jurisprudencial que comentamos y sí con otra serie de resoluciones de la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, enjuiciando el mismo tipo de supuestos de hecho, han llegado a la conclusión de que no cabe un tratamiento diferenciado entre los actos dictados en aplicación de normas declaradas nulas, con independencia del rango de la norma en cuestión. Por lo que los actos que aplicaron leyes inconstitucionales y fueron consentidos no son nulos de pleno derecho. Considerando, con pleno acierto, que esta conclusión viene impuesta por el principio constitucional de seguridad jurídica (84).

Por otra parte, debe aclararse que en el resto de los supuestos de actos carentes de fundamento legal, como pueden ser los actos dictados al margen de toda norma o los que se han dictado aplicando una norma que todavía no estaba vigente (85), no cabe tampoco aplicar la nulidad de pleno derecho salvo coincidencia entre la infracción y

reciente sentencia de 19 de febrero de 2002 (recurso de casación 8765/1996, ponente: J. Mateo Díaz) que entiende, en su Fundamento de Derecho cuarto, que «... una Ordenanza nula no puede servir de soporte a ninguna liquidación practicada a su amparo».

(84) En tal sentido, puede considerarse el *leading case* la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2001 (Ar. 6268, Ponente: J. Mateo Díaz), que establece en su Fundamento de Derecho segundo que: «Ninguno de los supuestos anteriores [los contenidos en el artículo 153 LGT] recoge la revisión de un acto administrativo firme, por consentido, con apoyo en la declaración de nulidad de una norma, efectuada por sentencia, en vía constitucional o jurisdiccional, con posterioridad a haber alcanzado firmeza los actos administrativos en cuestión». Para añadir más abajo, en el mismo Fundamento de Derecho, la misma argumentación que la sentencia de 21 de diciembre de 1996 sostenía para un supuesto de anulación de normas reglamentarias: «La propia Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en su artículo 120.1, establecía —y es precepto aplicable tanto en los casos de recurso administrativo como en los de naturaleza jurisdiccional...—, que la anulación no afectaba a los actos anteriores firmes y consentidos, como no podía ser de otra forma ante la vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica y ante el hecho de que ni siquiera en el caso máximo de nulidad de disposiciones generales, como es el de inconstitucionalidad de los actos con fuerza de ley —artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, pueda aceptarse una solución diferente. Es más, como este último Tribunal ha declarado —STC 45/1989, de 20 de febrero— no sólo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también —por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica—, las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado firmeza, para evitar que resulte de peor condición quien acudió a los Tribunales sin éxito, en impugnación de actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas, con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que quien, teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba». En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 (Ar. 5336, ponente: J. Rouanet Moscardó), en concreto en el Fundamento de Derecho cuarto. Conviene dejar claro que, en contra de lo que esta última sentencia sostiene (en la parte final del citado Fundamento de Derecho cuarto), no se puede establecer una relación entre el mantenimiento de los actos firmes y el carácter *ex tunc* de la declaración de nulidad, ya que la sentencia tendrá carácter *ex tunc* en lo que respecta a los actos no firmes, con independencia de cuándo éstos hayan sido dictados y en cuanto atañe a la aplicación de la ley inconstitucional a supuestos de hecho producidos durante su vigencia.

(85) Vid., por ejemplo, M. SACHS, «§ 44 Nichtigkeit...», cit., pág. 1522 (§ 44.102).

uno de los supuestos legalmente previstos en los que procede el máximo grado de ineficacia (cuando, por ejemplo, el acto constituyese un delito o una lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo) (86).

En el ámbito comunitario, la cuestión de los actos carentes de fundamento jurídico también se ha planteado en relación con los actos que la Comisión ha adoptado completamente al margen de las reglas que establecen su competencia. Alguna añeja sentencia del Tribunal de Justicia relativa a uno de estos supuestos (87) ha podido ser interpretada en el sentido de que tales decisiones serían inexistentes al faltarles todo fundamento jurídico (88). No obstante, esta doctrina ha sido abandonada por el citado Tribunal, que cuando aborda, más recientemente, casos similares se pronuncia por la mera anulabilidad de la decisión en cuestión (89).

Antes de concluir el epígrafe es preciso hacer referencia en relación con los actos que han perdido su fundamento jurídico a una posición, que podemos exponer siguiendo la argumentación de Gottfried ARNDT (90), según la cual cuando resultase concluyente que un acto no tiene tal fundamentación jurídica porque los tribunales hayan declarado la nulidad de la norma que le sirvió de apo-

(86) Entre nosotros mantiene esta opinión R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», 1977, 14, págs. 387 a 400, especialmente pág. 395. En contra, sostiene la nulidad de pleno derecho por regla general, en estos casos, M. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., págs. 330 y 333. Una solución intermedia la propone G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 246 y ss., autor que propone una ponderación entre los principios de legalidad y seguridad jurídica en estos casos, siendo más protegibles los actos dictados al amparo de un reglamento ilegal cuanto mayor es la apariencia de su legalidad y más graves sean los perjuicios de defraudar esa confianza. Sin embargo, no estamos aquí ante un problema de protección de la confianza, sino simplemente de firmeza o no de un acto antijurídico. Las consideraciones desde la perspectiva del principio de protección de la confianza se deberán valorar, en su caso, si la Administración pretende la anulación del acto dentro de plazo. Como acabamos de ver (vid., *supra*, nota 83 de este capítulo), la jurisprudencia mayoritaria apoya claramente la posición expuesta en el texto principal y considera anulables los actos dictados en aplicación de normas reglamentarias nulas siempre que ellos mismos no incurran en una de las causas de nulidad legalmente previstas.

(87) Nos referimos a la sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1969, asuntos acumulados 6 y 11/69, *Comisión Vs. República Francesa*, Rec., págs. 523 y ss., en concreto págs. 539 y 540 (pp. 11 a 13), en la que Francia acusaba a la Comisión de haberse inmiscuido en su política monetaria más allá de las facultades que el Tratado le reconocía.

(88) Al respecto, D. BOOSS, «Art. 230 Weitere Zuständigkeit; Klagefrist», en la obra colectiva, dirigida por E. GRABITZ y M. HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, C. H. Beck, München, actualización núm. 12, 1998, pág. 6 (Art. 230.15).

(89) En tal sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados 281, 283 a 285 y 287/85, *República Federal de Alemania y otros Vs. Comisión*, Rec., págs. 3203 y ss., en concreto pág. 3255 (p. 36), y fallo en la pág. 3258.

(90) Vid. G. ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, cit., págs. 111 a 115. Ya antes se había manifestado a favor de la posición que se expone en el texto principal, aunque con una parca argumentación, K. LÖWER, *Anmerkung zu VGH Kassel, Beschl. v. 20. 3. 1964*, NJW, 1965, 12, págs. 552 y 553.

yo o su inaplicabilidad al caso, no cabe propugnar la anulación del mismo (ya que, como acabamos de ver, estos actos sólo son nulos por excepción) si ya devino firme, por imponerlo así la seguridad jurídica, pero en los supuestos en los que la relación no está concluida al no estar ejecutado el acto, la Administración no puede proceder a la misma sin incurrir en una ilegalidad, que podría ser combatida por el ciudadano afectado. Esta tesis se basa en la consideración de la validez del acto de ejecución de forma independiente a la del acto ejecutado (91), sin tener en cuenta que una vez consentido el acto original de nada serviría afirmar su firmeza si no cabe ejecución del mismo; el daño a la seguridad jurídica de quien confió en el acto sería exactamente idéntico (92). No obstante, dado su tenor supuestamente garantista (93), esta interpretación se ha acabado imponiendo (94), al menos en algunos supues-

(91) Para la relación entre el acto anulable y su ejecución, que será, al igual que el acto que la justifica, sólo válida provisionalmente, es insustituible la exposición de O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1951, especialmente págs. 126 y 127. En opinión de F. HAUZEISEN, *Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts*, NJW, 1960, 42, págs. 1881 a 1885, en concreto pág. 1884, la ejecución de un acto ilegal, siempre que no sea nulo de pleno derecho, es legal en sí misma, sin perjuicio de la reparación que, en su caso, pueda exigir el particular afectado si consigue la anulación del acto.

(92) En la jurisprudencia alemana, el OVG con sede en Münster ya había llegado a la conclusión contraria a Gottfried ARNDT en su sentencia de 20 de enero de 1965 (JZ, 1965, págs. 719 y 720, con un comentario en el mismo sentido de C. F. MENGER, *Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 20.1.1965*, JZ, 1965, 22, págs. 720 a 722). ARNDT cita, sin embargo, jurisprudencia en su favor del OVG con sede en Lüneburg.

(93) Es innegable que esta posición favorece al ciudadano beneficiado por un acto firme cuyo sustrato jurídico se declara nulo antes de su ejecución, pero también lo es que perjudica a otros particulares (en los casos de actos con *Drittwirkung*) o a las personas jurídico-públicas que contaban con una declaración firme a su favor. Sin que la diferenciación del trato que éstas reciben respecto a todas las demás personas amparadas por un acto firme se justifique en la especial lesividad, o en el carácter incompatible con los fundamentos mismos del sistema del acto con el que contaban. Con razón se pregunta BARING, analizando la jurisprudencia alemana que ampara a ARNDT, por qué debe darse un trato igual a quien impugnó en tiempo y forma el acto anulable y a quien simplemente dejó pasar el plazo consintiendo el acto ilegal pero no nulo. Así, M. BARING, *Die «Rechtskraft» der Verwaltungsakte*, NJW, 1952, 28, págs. 1073 a 1076, en concreto pág. 1075.

(94) En tal sentido, F. O. KOPP, *Änderungen im Verwaltungsprozessrecht*, NJW, 1976, 43, págs. 1961 a 1967, en concreto pág. 1965; W. BERG, *Alte und neue Fragen zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle*, DöV, 1981, 23, págs. 889 a 898, en concreto págs. 891 y 892; K. REDEKER, H.-J. v. OERTZEN y M. REDEKER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 12.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1997, especialmente pág. 291 (§ 47.46), autores que señalan la posibilidad que tiene el afectado en estos casos de hacer uso de la acción para oponerse a la ejecución prevista en el § 767 del ZPO (posibilidad que niega, sin embargo, Christian WALDHOF, en su excelente habilitación *Der Verwaltungszwang*, manuscrito, München, 2002, pág. 643); J. SCHMIDT, «§ 47 Sachliche Zuständigkeit des OVG bei der Normenkontrolle», en la obra colectiva, fundada por E. EYERMANN y L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 10.ª ed., C. H. Beck, München, 1998, págs. 329 a 375, en concreto pág. 372 (§ 47.104); F. O. KOPP y W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12.ª ed., C. H. Beck, München, 2000, pág. 1708 (§ 183.5); T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozessrecht*, C. H. Beck, 1998, pág. 208. Con más dudas, F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 4.ª ed., C. H. Beck, 2000, pág. 647.

tos (95), en Alemania, basándose en la aplicación analógica de la regla que para las sentencias contienen diversas disposiciones procesales (96). En lo que respecta a nuestro propio sistema, ésta es la solución por la que ha optado la LJ de 1998 (vid. art. 73) en lo que a los actos sancionadores se refiere, pero hay que entender que en el resto de los supuestos el acto firme puede ser, conforme a las reglas generales, ejecutado.

j) *¿Nulidad de los actos dictados mediando fraude de ley?*

El Consejo de Estado se ha planteado recientemente la posibilidad de declarar nulos de pleno derecho aquellos actos que hayan sido obtenidos por el particular mediante fraude de ley. En concreto, los Dictámenes de 20 de mayo de 1999, de 3 de septiembre de 1999 o de 27 de enero de 2000 (97) han declarado la nulidad de diversos actos por los que se reconocía a oficiales y jefes del Ejército del Aire la excedencia para el cuidado de hijos, ya que dichas excedencias se habían obtenido con la fraudulenta intención de evitar el tiempo de servicio obligatorio necesario para pasar a la situación de excedencia voluntaria por interés particular o para renunciar a la condición de militar y poder prestar servicios profesionales en compañías privadas de aviación.

El órgano consultivo entiende, en estos casos, que el artículo 6.4 del Código Civil, al regular el fraude de ley y exigir la aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir, viene a establecer un supuesto de nulidad de pleno derecho vía artículo 62.1.g) de la LPC ya que se trata de una norma con rango de ley, y si el acto administrativo no se declarase nulo no se podría aplicar la norma que se ha tratado de eludir (98).

(95) Siguiendo a C. F. MENDER (*últ. op. cit., loc. cit.*), F. O. KOPP y W. R. SCHENKE, *últ. op. cit.*, pág. 1707 (§ 183.2), excluyen la aplicación de esta regla a los casos en los que la norma no ha sido declarada nula con carácter general, sino sólo inaplicada de forma incidental. Exclusión importante, dado que en Alemania las posibilidades de recurso directo reguladas en el § 47 VwGO son muy limitadas.

(96) En tal sentido, excluyen la ejecución de una sentencia judicial firme obtenida como consecuencia de una norma declarada nula el § 79 II 2.ª frase de la BVerfGG (que regula los efectos de la declaración de nulidad por el BVerfG) y el § 183 del VwGO (que regula con carácter supletorio los efectos de la declaración de nulidad realizada por los Tribunales Constitucionales de los *Länder*), al que se remite por su parte el § 47 V 3.ª frase del VwGO (que regula el recurso directo contra reglamentos).

(97) Respectivamente, Dictamen de 20 de mayo de 1999, expediente núm. 551/99, Rec. 1999, págs. 519 y ss.; Dictamen de 3 de septiembre de 1999, expediente 837/99, Rec. 1999, págs. 521 y ss., y Dictamen de 27 de enero de 2000, expediente 3507/99 (en www.boc.es/consejoestado/index-ce.html).

(98) El razonamiento del Consejo de Estado (contenido en el citado Dictamen de 20 de mayo de 1999, Rec. 1999, págs. 520 y 521, al que siguen los demás) es, literalmente:

Este razonamiento nos parece excesivo; la seguridad jurídica exige que la norma a la que se remite el artículo 62.1.g) LPC establezca expresamente, así lo señala el propio precepto legal, el carácter nulo del acto que la infrinja, y el artículo 6.4 del Código Civil dista de contener cualquier referencia a la nulidad o la anulabilidad.

Por otra parte, es difícil trazar los límites de esta doctrina que podría suponer una subversión completa de los plazos de recurso (baste pensar en lo que podría producir esta causa de nulidad aplicada al ámbito tributario), cuya función constitucional como expresión del principio de seguridad jurídica no es necesario recordar. Además, la doctrina del fraude de ley no debe emplearse para imponer al ciudadano obligaciones que no están cifradas en la ley, ni es necesaria

«... amparándose en una norma jurídica, establecida con el objetivo de que el padre o la madre, pueda dedicarse al cuidado del hijo, por tiempo no superior a tres años... se elude la aplicación de una norma imperativa, cual es la que establece un número mínimo de años de servicios efectivos para alcanzar la situación de excedencia voluntaria.

Por todo ello, entiende este Consejo que se está en presencia de una resolución administrativa obtenida en fraude de ley, cuya consecuencia no puede ser otra que la prevista en el propio artículo 6.4 del Código Civil que impone en estos casos la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

Ahora bien, para dar efectividad a la previsión del Código Civil es preciso destruir la validez y eficacia jurídica del acto administrativo obtenido en fraude de ley. Sin la anulación de este acto no cabe aplicar —al menos en este supuesto— la norma que se ha pretendido eludir. El Código Civil regula el fraude de ley inmediatamente a continuación de los actos nulos de pleno derecho (art. 6.3), lo que permite considerar que para la aplicación de los efectos del fraude de ley se requiere, por su propia configuración, la anulación del acto en que se manifiesta dicho fraude. Y así lo explica con claridad meridiana la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se aprobó el nuevo Título Preliminar del Código Civil. En el párrafo vigésimo de dicha Exposición se alude a la consecuencia del fraude de ley y se expresa que ésta «no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente. Así pues, la anulación del acto en que se manifiesta el fraude de ley constituye la premisa necesaria, al menos en los casos como el presente, para la aplicación de la norma que se ha pretendido eludir.

... En el presente caso, la revisión de oficio del acto administrativo en el que se aprecia la existencia de fraude de ley, puede encuadrarse en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre... en el cual se abre la posibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho en cualquier otro caso que se establezca expresamente en una disposición de rango de ley, como es el supuesto previsto en el artículo 6.4 del Código Civil. La revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho constituye, pues, a juicio de este Consejo, un medio adecuado para eliminar los efectos jurídicos de un acto administrativo en el que se manifiesta el fraude de ley».

El razonamiento del Consejo de Estado incurre en una notoria imprecisión técnica al asimilar las nulidades propias del Derecho civil con las del Derecho administrativo, si el artículo 6 o la Exposición de Motivos de la reforma del Código Civil relacionan nulidad con infracción de las reglas sobre fraude de ley es porque en el ámbito civil la nulidad se produce cada vez que se infringe una norma de rango legal, como dispone el propio apartado tercero del propio artículo 6 del mismo texto normativo, regla que no se puede trasladar al ámbito administrativo, ya que el artículo 63 de la LPC parte del principio contrario, por la necesidad de defender el efecto «estabilizador» del acto administrativo. Por otra parte, el Consejo no explica las razones, al margen de esta inadecuada referencia al Derecho civil, que llevan a considerar que debe ser precisamente la nulidad la sanción del fraude de ley, ya que con la anulabilidad también se podría haber alcanzado el mismo objetivo de aplicar la norma que se había tratado de eludir.

para hacer cumplir las que se derivan de la misma. En el caso reseñado, los militares se acogen a una posibilidad prevista en la Ley, pero si, como el Consejo de Estado afirma, ya tenían un contrato firmado con una empresa privada estarían incumpliendo las normas sobre incompatibilidades (asunto en el que el Consejo de Estado no entra por ser objeto de otro expediente), ya que la excedencia para el cuidado de hijos no les desvincula de la relación de servicios con la Administración y ello daría lugar a la correspondiente sanción disciplinaria.

Por otra parte, la propia norma aplicable al supuesto, el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, condicionaba el permiso a que el peticionario declare que no desempeña otra actividad que pueda impedir o dificultar el cuidado del hijo menor que debe realizar (99).

Si el militar que solicita el permiso incumple desde el principio esta condición, como parece ser el caso dada la información contenida en los Dictámenes en el sentido de que los militares ya tenían contrato con empresas privadas de aviación, el acto es simplemente ilegal, por otorgarse el permiso a quien no tiene las condiciones y resulta revisable *ex tunc*, con independencia de que lo podamos calificar de nulo de pleno derecho —vía artículo 62.1.f) LPC— o de anulable, ya que, en este último caso, no podrá el destinatario de la excedencia alegar el principio de protección de la confianza (100).

Si, por otra parte, la actividad privada incompatible con la excedencia se provoca más adelante, durante el disfrute del permiso, aplicando la nulidad se está cuestionando el acto de otorgamiento de la excedencia que es irreprochable jurídicamente y olvidando que la infracción, en su caso, surge después, cuando el militar aprovecha la excedencia para emprender una actividad privada. Lo procedente en estos casos sería la revocación de la excedencia, que habría devenido inoportuna por incumplimiento de las condiciones de la misma por parte del beneficiario, con lo que estos casos vienen más bien a demostrar lo insostenible de la deficiente regulación que la revocación

(99) En concreto, el artículo 37.3 del Real Decreto 1385/1990 establecía en relación a la excedencia voluntaria por cuidado de hijo que: «La concesión de esta excedencia se hará previa del peticionario de que no desempeña otra actividad que pueda impedir o menoscabar el cuidado personal del hijo menor».

(100) Ya que ha obtenido el acto mediante una información falsa sobre su situación profesional y esto excluye de raíz la aplicación de la protección de la confianza, como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de enero de 1999 (Ar. 269, ponente: F. Ledesma Bartret), Fundamento de Derecho cuarto. Sobre el tema, para una exposición en profundidad, puede consultarse nuestra obra *El principio...*, cit., págs. 372 y ss. Una atinada síntesis, en R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 226.

tiene en nuestro sistema (101). La solución adoptada por el Consejo de Estado no podría ser en estos supuestos, y desde un punto de vista técnico, menos razonable.

Con independencia de las circunstancias del caso concreto, si el legislador por impericia ha dejado la puerta abierta a una acción contraria a los intereses públicos (tal y como los aprecia el juzgador puesto que la ley, que tiene que definirlos, permite dicha acción), aunque creemos que no es el caso dada la regulación de las incompatibilidades y los propios requisitos del permiso, no puede el juzgador cerrarla con una interpretación *contra cives*, creando obligaciones donde la ley no las reconoce. El principio de legalidad y la seguridad jurídica, que no están reconocidos precisamente en un decreto-ley, imponen esta conclusión. Lo mismo que el Juez penal no puede inventarse un delito porque entienda que una acción es análoga a otra tipificada y debe intervenir el legislador para declarar sancionable la actividad en cuestión, en el Derecho administrativo es necesario que las obligaciones del ciudadano estén claramente tipificadas en la ley, y si la misma otorga un derecho o una facultad que resulta lesiva a los intereses públicos se debe proceder a cambiar la norma, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad que toda interpretación correctora de la ley trae consigo.

(101) En Alemania el supuesto que estamos comentando se podría resolver mediante la revocación del acto en virtud de lo dispuesto, con carácter general, en el § 49 II núm. 3 de la VwVfG, que dispone que: «Un acto administrativo legal y favorable, puede, aun cuando haya adquirido firmeza, ser revocado total o parcialmente, con efectos para el futuro, sólo: ...

3. Cuando sobrevengan circunstancias, por razón de las cuales, el órgano hubiese estado facultado para no dictar el acto, y sin la revocación podría ponerse en peligro el interés público» (la traducción es nuestra).

Puesto que, además, en el caso que comentamos habría sido el interesado el que dio lugar a la circunstancia que justificó la revocación, no cabría protección de la confianza y, en consecuencia, tampoco indemnización (vid. nuestro trabajo *El principio...*, cit., esp. pág. 408, y, en términos similares, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 228 y 229).