

# DE NUEVO SOBRE LA INVALIDEZ EN EL DERECHO PÚBLICO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS (UNA REFLEXIÓN ABIERTA Y ALGUNAS PROPUESTAS)

LUIS MARTÍN REBOLLO  
Universidad de Cantabria

## *Cómo citar/Citation*

Martín Rebollo, L. (2019).  
De nuevo sobre la invalidez en el derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. (Una reflexión abierta y algunas propuestas).  
*Revista de Administración Pública*, 210, 91-122.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.04>

## **Resumen**

El trabajo analiza críticamente la dualidad de modalidades de los vicios de legalidad presentes en nuestro ordenamiento y la construcción teórica que de ellos se ha hecho. Los vicios de invalidez de los actos jurídicos se importan del derecho privado a partir de una regulación dual (nulidad/anulabilidad) que se pretende rígida, pero que la realidad tiende a acercar cuarteando el dogma y las consecuencias teóricas que de aquella dualidad supuestamente se derivan. La aplicación de esos dogmas a los reglamentos ilegales (y especialmente a los planes de urbanismo) resulta particularmente criticable y, por eso, en el texto se apuntan algunas reflexiones y propuestas tendentes a superar esa situación.

## **Palabras clave**

Invalidez de actos y reglamentos; dogmas; conceptos y exigencias de la realidad; propuestas.

**Abstract**

The study reviews the dual modalities of law vices present in our legislation as well as the theoretical construction that has been made of them. Vices of invalidity of legal actions are imported from private law, thereafter a dual regulation (*nulidad / anulabilidad*) which is rigid, but actually it tends to approach by breaking the dogma and the theoretical consequences that are supposedly derived from that duality. The application of these dogmas to illegal regulations (and especially to urban planning) is particularly questionable and, therefore, some reflections and proposals to overcoming this situation are pointed out in the text.

**Keywords**

Invalidity of acts and regulations; Dogmas; Concepts and demands of reality; Proposals.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. LA OPORTUNIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS DOGMAS Y LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO. II. LA INVALIDEZ COMO MODELO TEÓRICO EN EL DERECHO PRIVADO. III. LA INVALIDEZ EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA REGULACIÓN DUAL Y EL CUARTEAMIENTO DE LOS DOGMAS. IV. REFERENCIA A LA INVALIDEZ DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS. V. ALGUNAS PROPUESTAS PARA ABORDAR LA CUESTIÓN DE LA INVALIDEZ POR VICIOS FORMALES DE LOS REGLAMENTOS. EN PARTICULAR, LOS PLANES DE URBANISMO. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

---

### I. INTRODUCCIÓN. LA OPORTUNIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS DOGMAS Y LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO

1. La celebración de un seminario como este me parece que es una buena oportunidad para abordar un asunto de tanta trascendencia práctica como el de la invalidez de los reglamentos y los efectos de su anulación sin el freno que a veces imponen las publicaciones académicas. Quiero decir sin el pequeño lastre que supone rastrear en la bibliografía y elaborar un texto cerrado con pretensiones dogmáticas. Eso es lo que justamente pretendo en esta ponencia que quiere por eso ser un tanto provocadora en el sentido de sugerente de ideas e incitación para otras que vengan después. No pretendo, pues, una elaboración dogmática, ni pasar revista a las muchas y, en general, excelentes aportaciones que se han producido en estos dos o tres últimos años al hilo o con el pretexto de las numerosas decisiones judiciales que han anulado planes de urbanismo, algunos de singular importancia y trascendencia económica y social.

El punto de partida es conocido. Si se parte de que los planes de urbanismo tienen carácter normativo y se concluye y aplica la idea de que la única sanción frente a los reglamentos ilegales es la nulidad y que esta conduce inexorablemente a sus efectos *ex tunc* o retroactivos de la anulación, la conclusión es que los planes de urbanismo que sean considerados ilegales por los tribunales serán declarados nulos de pleno derecho y anulados como tales con efectos desde su propia aprobación.

En teoría esa argumentación parece concluyente y coherente con el planteamiento de fondo que buena parte de la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia actual vienen sosteniendo acerca de la naturaleza de los planes, la sanción de los reglamentos ilegales y el carácter y efectos de esa sanción, esto es, de la nulidad. Pero esa argumentación, que surgió en un determinado momento para primar el protagonismo de la ley (un reglamento ilegal tiene que ser nulo de pleno derecho y esa nulidad tiene que retrotraer sus efectos al momento inicial del vicio so pena de concluir que un reglamento ilegal puede, *de facto*, modificar la ley que desarrolla), puede ser y de hecho es cuestionada cuando se ponen en juego otros criterios, principios y valores que quizá deban tenerse también en cuenta desde una postura realista y no dogmática acerca del papel que el derecho cumple en la sociedad de nuestro tiempo.

Importa destacar este aspecto del carácter o postura realista ante el derecho porque no ha de olvidarse que casi con el mismo texto normativo la jurisprudencia ha dado un giro completo hace unos veinte años, ya que, antes, como luego repetiré, la postura jurisprudencial mayoritaria era bien distinta a la actual, al menos en cuanto a lo que se refiere a la sanción de los reglamentos ilegales por vicios formales y de procedimiento, lo que sugiere la idea de que parte del problema es, ante todo, interpretativo, lo que, a su vez, postularía o bien un cambio de esa interpretación consolidada y la vuelta a las posiciones más flexibles anteriores, o bien una reforma legislativa que aclarara lo que en la actualidad no deja de generar insatisfacción por los efectos desproporcionados que la aplicación de la doctrina, sin matices, de la nulidad de las normas reglamentarias produce.

2. Sin perjuicio, pues, de volver sobre ello quiero insistir en que lo que, a mi juicio, late en el trasfondo del problema es una cuestión interpretativa acerca del papel de los dogmas en nuestro tiempo.

La estructura o, si se quiere, el conocimiento del derecho entre nosotros se suele hacer a partir de conceptos predeterminados que se convierten en referentes deductivos a partir de los cuales se derivan consecuencias. Es lo que se suele denominar la dogmática. La realidad se ubica en un concepto y de este se extrae un régimen jurídico que se pretende coincida con la previsión normativa y, en todo caso, la completa a partir de los postulados del concepto, del dogma. Este modo de proceder y de pensar es útil, desde luego, en momentos en los que la realidad es estable y los conceptos están consolidados y, por ello, recogidos en las normas aunque no hayan sido elaborados por estas. El papel de la doctrina es, así, el de un protagonista importante al ser los autores de dogmas y conceptos los que se han denominado «constructores del sistema» o, mejor, en plural, de sistemas.

Pero en una sociedad cambiante, en la que aparecen realidades nuevas a ritmo vertiginoso, el dogma se tambalea y no sirve o sirve menos para ahorrar la realidad. En esos casos hay que mirar al régimen jurídico que es, en verdad, el determinante. Y, si es el caso, completarlo con principios, pautas, orientaciones y criterios finalistas, más que con dogmas cerrados. Pues bien, tengo para mí que

vivimos en uno de esos momentos en los que los dogmas se tambalean empujados por la realidad. Palabras que significaban cosas y de las que se deducían regímenes ahora cambian parcialmente de sentido y hay que estar a los regímenes concretos, aunque no se correspondan con palabras previas que significaban otra cosa. No es este el momento de insistir en este asunto. Baste citar el cambio de sentido del binomio tradicional concesión-autorización cuando hay supuestas concesiones que no se parecen a lo que el dogma decía antes que eran y actos autorizatorios que se parecen mucho más a concesiones clásicas que a la autorización convencional. Baste recordar la ruptura de la no menos tradicional dicotomía de los contratos públicos en los que no había más que contratos administrativos y contratos privados; dicotomía que ha venido a completarse con otros contratos como los sujetos a regulación armonizada y otros más. La misma idea del servicio público o la de gestión pública y gestión privada de servicios, que ha sido objeto de estudio por el propio Tribunal Constitucional, son conceptos cada vez más evanescentes, imprecisos y lábiles. Al enfrentarse a ello hay que prescindir de las palabras para fijarse, como digo, en el régimen. O dicho de otra manera, hay que considerar que las cosas son lo que son (lo que su régimen jurídico indica) y no lo que dicen que son (lo que su nombre sugiere).

Así, pues, la dogmática sirve mientras resulta útil. Pero no es un fin en sí misma. Pierde sentido cuando es negada por la realidad. Y la realidad niega en no pocas ocasiones las supuestas y no siempre legalmente previstas consecuencias de ciertas declaraciones. Entre ellas, la de la eficacia retroactiva de las anulaciones o declaraciones de nulidad de las normas; ya sean de carácter legal (inconstitucionalidad), ya de carácter reglamentario (invalidez por ilegalidad).

## II. LA INVALIDEZ COMO MODELO TEÓRICO EN EL DERECHO PRIVADO

Para abordar la más concreta cuestión de la nulidad de los reglamentos hay que aludir primero a la idea misma de la nulidad como manifestación de la invalidez. Hay que recordar, así, que la nulidad y la anulabilidad son las dos modalidades en que en el derecho español se desglosa la invalidez de los actos. Dos modalidades de la invalidez a las que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen, en principio, consecuencias diferentes en orden a su eficacia. Pero consecuencias que están llenas de excepciones que modulan y matizan el principio teórico.

La distinción trae causa del derecho civil (en particular de la teoría general de los contratos) y de ahí pasó al derecho administrativo a partir, sobre todo, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con pretensiones a veces más cerradas y dogmáticas que las del propio modelo originario. Recuérdese, no obstante, que, como bien indica J. L. Lacruz Berdejo al abordar este asunto

con carácter general<sup>1</sup>, no se trata de conceptos o categorías lógicas que puedan hacerse deducir pacíficamente de argumentaciones o razonamientos de ese tipo, sino de previsiones normativas que la doctrina y la jurisprudencia han pretendido conceptualizar y deducir de ello consecuencias y resultados concretos. Son más bien, como añade ese autor, modulaciones de un supraconcepto que podríamos denominar «irregularidad». Los negocios jurídicos de cualquier tipo pueden ser irregulares por múltiples razones o vicios en su constitución. Y algunas de esas irregularidades hacen inválido el acto o negocio de que se trate. El ordenamiento anuda ciertas consecuencias a esas irregularidades invalidantes en función de criterios y valores de diferente peso y entidad. De ahí que al contemplar las dos modalidades de la invalidez acuñadas por la doctrina parezca más lógico el carácter excepcional de la nulidad absoluta (como se deduce del adagio francés de que «no hay nulidad sin texto» expreso) y no la previsión del Código Civil, cuyo art. 6.3 generaliza la nulidad de pleno derecho: «[...] los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La conclusión que parecería deducirse es que la sanción general de toda infracción es la nulidad del pleno derecho. Pero, aun así, el propio Lacruz afirma que no cabe «pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales [...] haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad»<sup>2</sup>.

Por lo demás, la agrupación teórica de los supuestos de invalidez (nulidad/anulabilidad) no son en el ámbito civil categorías legales que aparezcan contempladas de igual modo en todo el Código Civil, de manera que nada «autoriza a construir unos términos rígidos de clasificación comunes a cualquier negocio jurídico y aplicables por tanto a todos ellos»<sup>3</sup>. Se trata, pues, de modelos, de modelos teóricos no trasladables miméticamente.

### III. LA INVALIDEZ EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA REGULACIÓN DUAL Y EL CUARTEAMIENTO DE LOS DOGMAS

1. En el ámbito del derecho administrativo sí se pretendió un traslado con pretensiones dogmáticas y generales, en una construcción más cerrada que está presente en la legislación del procedimiento administrativo desde 1958<sup>4</sup>. Una construcción que arranca, al contrario de lo aparentemente previsto en el Código

<sup>1</sup> Véase José Luis Lacruz (1987), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, II, Teoría general del contrato*, 2ª ed., Barcelona, pág. 351.

<sup>2</sup> Véase (1984), *Elementos de Derecho Civil, I, El Derecho subjetivo*, Barcelona, pág. 274.

<sup>3</sup> Véase *Elementos de Derecho Civil, I, El Derecho subjetivo, op. cit.*, pág. 277.

<sup>4</sup> Arts. 47 y ss. de la Ley de Procedimiento de 1958; arts. 62 ss., de la Ley 30/1992 y ahora arts. 47 y ss. de la Ley 39/2015.

Civil, de la excepcionalidad de la nulidad y la previsión general de la anulabilidad para las irregularidades menos graves, con la espita final de la excepción de las llamadas irregularidades no invalidantes.

La doctrina y la jurisprudencia deducen de la nulidad determinadas consecuencias, entre las cuales se aceptan comúnmente que no produce efectos y por tanto su eficacia se retrotrae al pasado (efectos *ex tunc* de la anulación); que no se sana por el transcurso del tiempo y que no es convalidable.

Pero tan rígidas y teóricamente coherentes consecuencias chocan de inmediato con algunos graves obstáculos, entre ellos, y no el menos importante, el principio de seguridad jurídica que está en la base del énfasis que la ley (tanto la de 1958 como la vigente de 2015) pone en la conservación del acto, empleando ahora la expresión en un sentido genérico. Y, en segundo lugar, aparece el principio de autotutela en beneficio de la Administración y al servicio de sus funciones públicas (de los intereses públicos), en virtud del cual las decisiones administrativas se presumen válidas, son eficaces y se pueden ejecutar coactivamente, lo que obliga a recurrir al interesado que considere nulo el acto o la resolución que le afecte. Y ese recurso tiene plazo, de manera que, en la práctica, si el acto supuestamente nulo no se recurre en plazo la decisión se consolida con la única excepción de la llamada acción de nulidad, que no deja de ser una posibilidad marginal.

2. En el derecho administrativo, como digo, la regulación de la doble modalidad de la invalidez se contiene ahora en los arts. 47 a 52 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, pero es la misma que ya estaba en la anterior Ley 30/1992, que traía causa, a su vez, de las previsiones de la Ley de Procedimiento de 1958, que es donde realmente surge la regulación que, en lo esencial, subsiste. Una regulación que aborda, como también he dicho en el punto anterior, una cuestión propia de la teoría general del derecho que halla su plasmación inicial en el derecho privado, de donde la toma el legislador del derecho público, aunque con perfiles y consecuencias diferentes para algunas de las dos manifestaciones de la actividad administrativa (la actividad de gestión a través de actos administrativos y la actividad normativa a través de reglamentos), que es lo que ha generado desde hace tiempo críticas y propuestas superadoras de una realidad que algunos juzgan disfuncional y sin demasiado sentido, pues, en ocasiones, confunde más que aclara.

Son muchos, en efecto, los autores que se han ocupado del tema empezando por aportaciones ya clásicas como la vieja tesis doctoral del profesor Santamaría Pastor<sup>5</sup>, donde defiende la idea de la errónea interpretación funcional de una institución —la invalidez— que hunde sus raíces en el derecho privado y que, trasladada a otros ámbitos y otros contextos, no siempre resulta funcional. También,

---

<sup>5</sup> Cfr. J. Santamaría (1972), *La nulidad en pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos (IEA).

de la misma época, el no menos importante libro de T. R. Fernández<sup>6</sup> y, después, muchas han sido las voces que se han ocupado de este mismo asunto. En particular, para el caso de los reglamentos, el muy ilustrativo libro de G. Doménech<sup>7</sup>. Y, más recientemente, no son pocos los autores que han vuelto sobre el asunto, en parte como consecuencia de la inquietud que han producido las anulaciones de varios planes de urbanismo (como ejemplos, las SSTs de 16 de octubre de 2015 y 8 de noviembre de 2016: planes de la Costa del Sol y de Santander), por más que el problema derive de un más bien radical cambio de jurisprudencia que se produjo hace aproximadamente veinte años<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. T. R. Fernández (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL), en especial, págs. 109 ss., 115 ss., 209 ss.

<sup>7</sup> Cfr. Gabriel Doménech (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>8</sup> No es mi intención, desde luego, exponer aquí la amplia bibliografía que tanto sobre la invalidez como sobre los planes de urbanismo y su carácter normativo ha aparecido en los últimos años. Mencionaré solamente los trabajos que me parecen más destacados y dentro de ellos es necesario mencionar, prioritariamente, dos volúmenes fundamentales. En primer lugar, el coordinado por Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas (2017), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Madrid: INAP), que recoge las Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna en febrero de 2017 bajo el mismo genérico título del citado libro. Y casi coetáneo en el tiempo —y en parte de los autores—, el volumen prácticamente monográfico dedicado a la invalidez de los actos jurídicos, de la revista *Documentación Administrativa*, nueva época, 5 (2018).

Del primero de estos dos volúmenes destaco, sobre todo, los trabajos de M<sup>a</sup> Rosario Alonso Ibañez, «Régimen general de la invalidez de los actos administrativos y sus efectos» (págs. 23-56); Tomás Cano Campos, «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse» (págs. 57-114); Carmen Agoués Mendizábal, «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos» (págs. 361-410) y Andrés M. González Sanfiel, «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento» (págs. 411-459).

Del número de *Documentación Administrativa*, parcialmente coincidente con el texto que acabo de mencionar, destaco los trabajos de T. Cano, «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo» (págs. 16-26); F. López Ramón, «La calificación de los vicios de los reglamentos» (págs. 27-45), publicado también con anterioridad en la *Revista de Administración Pública* (núm. 205, 2018); y A. González Sanfiel, «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto» (págs. 47-68); un texto este que sigue planteamientos de trabajos anteriores del mismo autor y que, por ello, aparece ahora decantado en sus esencias y escrito, además de con gran rigor y solvencia, con pasión y realismo, lo que lo convierte en un ejemplo y referencia más allá del concreto asunto del que trata. Tanto en el texto de T. Cano como en el de A. González Sanfiel puede hallarse una amplia bibliografía complementaria.

Ténganse en cuenta también, entre otros, el libro dirigido por el recientemente fallecido Martín Bassols y Gabriel Soria (2017), *Los efectos de la nulidad de los Instrumentos de Planeamiento Urbanístico*, Pamplona: Ed. Aranzadi, (con textos de algunos de los autores ya citados); el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación del ex ma-



3. No es mi intención, ni es el momento ahora de terciar en el debate teórico que subyace en algunos de los trabajos mencionados. Pretendo algo mucho más sencillo. A saber: recordar las líneas generales del sistema de las ilegalidades de actos y reglamentos (que se contienen en la misma norma) y apuntar luego algunas de sus contradicciones para avanzar finalmente una reflexión general y algunas propuestas de carácter práctico que se sitúan en la idea, apuntada al principio, de que la teoría sirva para entender la realidad; no para que esta se adapte a la teoría. Dicho de otra manera: que también en el derecho, aun siendo importante la dogmática y los conceptos, esa importancia deriva del hecho de que la dogmática sirve de guía y de referencia para entender y sistematizar la realidad, pero no para sobreponerse a la propia realidad cuando esta desmiente tozudamente a aquella. Cuando la realidad desmiente a la teoría hay que concluir que peor para la teoría y que habrá que alumbrar otra nueva. Y no la respuesta de algunos intelectuales que, desde una cierta soberbia, les lleva a decir que, en tales casos, si la teoría es desmentida por la realidad, tanto da: ¡peor para la realidad!

4. Así, pues, como es sabido, la regulación de las ilegalidades de los actos (y reglamentos) se plasma ahora en la ya citada Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común que sigue, en lo sustancial, los planteamientos de la anterior Ley 30/1992 y esta, a su vez, trae causa de las previsiones de la Ley de Procedimiento de 1958 que es la que verdaderamente inicia el planteamiento y consolida la traslación de las previsiones del derecho civil con un planteamiento más dogmático y cerrado. Lo esencial es, sin embargo, que hay una línea de continuidad casi completa en la normativa de 1958 y la vigente de 2015 como para el concreto caso de la ilegalidad de reglamentos ha demostrado en detalle Fernando López Ramón en el trabajo al que ya me he referido anteriormente<sup>9</sup>. Lo que permite analizar la regulación con carácter no coyuntural.

---

gistrado del Tribunal Constitucional, Rafael Gómez Ferrer (con un título aparentemente muy alejado del tema: *Deconstrucción del sistema jurídico y Constitución*, Madrid, 2016); el trabajo del profesor T. R. Fernández (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203 y el estudio de Nuria Ruiz Palazuelos (2018), «Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés», *RAP*, 208, al que más adelante me referiré.

Destaco también, por su originalidad, el libro de Margarita Beladiez (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, así como su trabajo (1994), «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, 133. Y el ya citado libro de Gabriel Doménech, *La invalidez de los reglamentos*.

Estas páginas son deudoras de muchos de estos trabajos y, en particular, del texto de López Ramón, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *op. cit.*, a quien en su momento seguiré de cerca porque me parece un texto muy gráfico con cuyo planteamiento y tesis final coincido.

<sup>9</sup> «La calificación de los vicios de los reglamentos», *cit.*, en particular, págs. 17-21 y luego 38-41.

La ley contempla al mismo tiempo la ilegalidad de los actos y la de las disposiciones reglamentarias, estableciendo para los primeros un planteamiento dual, esto es, las dos modalidades de invalidez que contemplan los arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015: la nulidad y la anulabilidad; y postulando para los segundos la nulidad sin matices cuando los reglamentos se opongan a la Constitución o a las leyes. Es sobre esa cuestión sobre la que cabe reflexionar e intentar matizar una previsión que ha sido objeto de interpretaciones contrapuestas. Pero antes, por razones de claridad y sistemática, interesa recordar el régimen de la invalidez de los actos para destacar la cada vez más difusa raya que separa la nulidad y la anulabilidad en cuanto a su declaración y efectos.

La anulabilidad se erige como la regla general (art. 48.1 LPA: «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico»), al contrario de lo que sucede en el ámbito privado, donde, como ya se ha dicho, la regla general es la nulidad de acuerdo con el art. 6.3 CC. La nulidad en el derecho administrativo es una sanción excepcional que el art. 47 de la ley reserva para los vicios o infracciones supuestamente más graves; vicios que la ley pretende, además, codificar en una lista de siete apartados, por más que el inciso final de la letra g) del apartado 1 («cualquier otro [supuesto] que se establezca expresamente en una disposición con rango de ley») abre la puerta a una ampliación indiscriminada de la nulidad, como efectivamente ha sucedido en numerosos sectores: en el ámbito tributario, en la legislación de contratos, en el urbanismo, en las subvenciones, en la legislación de costas, en el régimen local... Sus leyes reguladoras contemplan supuestos de nulidad (siempre de nulidad «de pleno derecho» y no siempre coincidentes, por cierto, con las infracciones más graves), lo que desmiente el carácter codificador y pretendidamente cerrado del art. 47 de la Ley 39/2015 y al mismo tiempo banaliza un tanto la sanción pretendidamente excepcional.

El art. 37.2 de la ley contiene, además, un supuesto poco comprensible en su literalidad («son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47») porque si son nulas las resoluciones (o sea, los actos) que vulneren un reglamento, sobra todo lo demás, es decir, desaparece la anulabilidad. Toda la teoría de los vicios y de las ilegalidades desaparece y, con ella, la distinción entre nulidad y anulabilidad.

Al margen de esta última cuestión, en la que no voy a entrar ahora, hay que volver a recordar que, además, la distinción nulidad/anulabilidad en principio desaparecería también en los casos de invalidez de los reglamentos, donde, según una interpretación jurisprudencial que ahora es mayoritaria (pero antes no lo fue aun aplicando textos sustancialmente iguales), se pretende que la sanción frente a *cualquier* vicio (ya sea sustancial, ya de forma) sea *siempre* la nulidad. Sobre ello volveré más adelante. Baste decir ahora que la base normativa de esa conclusión deriva del art. 47.2 de la Ley 39/2015 que, en términos idénticos a los contenidos en la Ley 30/1992, dice: «*También* serán nulas de pleno derecho las disposiciones

administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Y la justificación teórica de esa consecuencia parte de la idea de que si se considerara anulable un reglamento viciado, ello podría suponer que el vicio se pudiera sanar con el tiempo (bastaría que nadie lo recurriera en plazo) y el reglamento ilegal se consolidaría aun en el supuesto de que este fuera en contra de la ley. El reglamento nulo, pero sanado por el tiempo, como es propio de la anulabilidad, estaría modificando *de facto* una norma legal. ¿También cabe sostener lo mismo en esos términos en el caso de los vicios formales?

A esta concreta cuestión dedica López Ramón el artículo a que antes me he referido y del que vale la pena dar sustancial cuenta luego.

5. Antes de aludir a los reglamentos conviene también apuntar, todavía en términos generales, si tiene realmente sentido la aparente dicotomía entre las dos manifestaciones de la sanción de la ilicitud. Y adelanto que creo puede afirmarse que esa dicotomía cada vez se difumina más como han apuntado antes otros autores, en particular, Margarita Beladiez en un excelente artículo publicado hace ya algunos años<sup>10</sup> y ahora Tomás Cano<sup>11</sup>, en un texto sólido y muy bien construido que está llamado también a convertirse en referente básico y cuya influencia es de desear trascienda al limitado ámbito académico.

En el planteamiento clásico y convencional, las dos manifestaciones de la ilegalidad (nulidad y anulabilidad) se plasmarían en los efectos prácticos de una y otra de estas dos modalidades de la ilicitud. Según ese planteamiento, la anulabilidad producirá efectos desde su constatación o declaración cuando se anula el acto de que se trate, esto es, tendría efectos *ex nunc*. Y aún más, el vicio se sanaría por el transcurso del tiempo sin haberse recurrido en plazo. La nulidad de pleno derecho, por el contrario, tendría efectos *ex tunc*, esto es, se proyectaría con ca-

<sup>10</sup> Véase M. Beladiez (1994), «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, págs. 155 ss.

<sup>11</sup> Véase T. Cano, «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», *Documentación Administrativa*, cit. Allí, el profesor Cano apunta que: «Frente a la tesis que acentúa la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad o la opinión de quienes diluyen casi por completo la distinción, quizá debería ensayarse un sistema más dúctil y flexible que diversifique el régimen jurídico de la invalidez en función del tipo de irregularidad y no someta todos los supuestos al rígido esquema binario o dual que nos acompaña desde hace tiempo» (pág. 12). Y, poco después, añade: «La propia doctrina civilista ha comenzado ya a cuestionar la concepción dual o bipartita y ha propugnado la formulación de una nulidad de pleno derecho plural y flexible, cuyo régimen jurídico pueda modularse y plegarse al interés protegido por la concreta norma de nulidad; una nulidad que pueda ser relativa, o prescribible, o convalidable o no apreciable de oficio, que permita así encontrar respuestas más adecuadas a cada tipo de vicio o irregularidad» (pág. 12).

rácter retroactivo hacia el pasado y no se sanaría nunca lo que, en teoría, debería permitir su impugnación sin plazo. Algo que, sin embargo, choca con la preclusividad de los plazos cuyo transcurso convierte al acto en firme con la sola y limitada espita de la llamada acción de nulidad y la revisión de oficio prevista en el art. 106 LPA.

Y ahí es donde surgen, justamente, los problemas. O parte de los problemas. Unos problemas que no son exclusivos de nuestro país. Pero que entre nosotros tienen alguna peculiaridad a partir de una dicotomía —la de los dos vicios de ilegalidad a que me he referido— que no en todos los países existe, aunque el problema es el mismo porque allí donde no se da esa dicotomía, el problema sigue siendo el de la eficacia de esa declaración de nulidad y sus efectos.

Desde un punto de vista lógico y prescindiendo de la incidencia de otros principios y criterios, la ilegalidad debería conducir a la solución del derecho privado, es decir, a la nulidad con regla. Y ello porque la razón de la nulidad es la protección del orden público, esto es, *la protección del propio sistema jurídico*. Y desde esos mismos postulados lógicos y en coherencia con ellos toda *invalidez debería tener efectos retroactivos porque lo que es nulo no produce efecto alguno*. Esa consecuencia lógica solo debería ceder cuando estuviera presente un valor superior al de la legalidad (como podría ser, por ejemplo, la seguridad jurídica). Y, efectivamente, veremos que eso es lo que sucede y que la norma rompe la lógica interna del sistema porque, a veces, atiende justamente a esos otros valores. Y rompe la lógica unitaria no solo porque admite excepciones y matices de los efectos retroactivos de la ilegalidad, sino también porque asume la dicotomía de las dos modalidades de ilegalidad, teóricamente, sólo teóricamente, separadas.

6. En el ámbito del derecho administrativo, en efecto, el ordenamiento pretende diferenciar netamente los supuestos de nulidad (una lista abierta con numerosos añadidos en normas sectoriales, más los reglamentos sin matices) y los de anulabilidad. Al ser la nulidad una excepción, los vicios de nulidad se codifican en una lista cuyo eje vertebrador parecen ser los supuestos que a juicio del legislador aparecen como más graves, por más que hay que añadir que el mismo precepto que contempla la nulidad abre una amplia espita a la voluntad legislativa sin criterio o límite preciso alguno.

Lo que en el fondo se está diciendo con esa forma de proceder es que solamente las infracciones graves (o supuestamente graves), esto es, las que enumera el art. 47 de la Ley de Procedimiento y las que prevean en su caso otras leyes solamente esas, son las que vulneran el orden público. Y eso fue lo que destacó hace años con claridad Margarita Beladiez. Partir de la nulidad como excepción —decía esta autora— supone «admitir que en la mayoría de los casos se puede actuar de modo contrario a Derecho *sin que por ello se perjudique el propio sistema*»<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. M. Beladiez, «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», cit., págs. 155 ss. La cita en pág. 165.

En definitiva, el orden público, esto es, el sistema en su conjunto, no resultaría afectado siempre, sino solo cuando la ley lo establezca expresamente (en principio por considerarlo un supuesto grave, aunque a veces esa gravedad resulta cuando menos discutible).

De esa constatación se puede extraer una consecuencia: que en la realidad, más allá de la dualidad de modalidades de los vicios de los actos jurídicos, lo que hay —al menos como tendencia— es una sola sanción de la ilicitud que permite, no obstante, modulaciones y matices; es casi el supraconcepto al que me refería al principio, aunque con el pie forzado de una plasmación legal dual.

7. Y es que, en efecto, aun asumiendo la dualidad de vicios contemplada en el ordenamiento, cabe preguntarse si hay previstas muchas diferencias reales entre las dos categorías de la invalidez. Y creo que puede concluirse que no hay tantas diferencias sustanciales. En primer lugar, porque en el ámbito del derecho público la nulidad no es inmediata y no se puede desconocer, precisamente porque la Administración posee el privilegio de la autotutela en su doble sentido de presunción de validez y eficacia y de posibilidad de hacer ejecutar coactivamente los actos. De modo que esa circunstancia obliga al interesado a impugnar. Y a hacerlo, además, en plazos breves (nada que ver con los plazos civiles) porque si no recurre el acto deviene firme y, en principio, irrecurrible (sin perjuicio de la revisión de oficio y la llamada acción de nulidad que es la espita prevista por el ordenamiento para tratar de mantener, en la ficción teórica, la tesis de que los actos nulos no se convalidan).

Además, el supuesto carácter *ex tunc* de la nulidad frente a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad, que es la otra pauta de diferenciación práctica entre la nulidad y la anulabilidad, se matiza con una serie de previsiones, entre las que destacan las siguientes:

- La regla de la incomunicación de efectos de la nulidad, contemplada en el art. 49 de la Ley 39/2015, según el cual: «La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero».
- El hecho de que la nulidad de una parte del acto no implique necesariamente la de aquellas otras que sean independientes de ella.
- La posibilidad de conversión de los actos viciados en otro tipo de actos, como afirma el art. 50: «[...] los actos nulos que contengan elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste».
- La conservación de los actos y trámites «cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción» (art. 51).

Todo lo cual, unido al hecho de que, como digo, siempre hay que recurrir el acto por muy nulo que lo creamos, matiza mucho la conocida diferencia entre los

supuestos efectos *ex tunc* de los actos nulos y los efectos *ex nunc* de los anulables; diferencia que se antoja así más teórica que real. Así, pues, la diferencia nulidad/anulabilidad se difumina, como ha destacado recientemente Juan Manuel Alegre y antes Margarita Beladiez.

En efecto, los perfiles de la artificial diferencia entre nulidad y anulabilidad se han ido difuminando a pesar de que se mantenga, incólume, la teórica diferenciación. Una diferenciación que, conforme al art. 47.2 de ley procedimental, se pretende que no rijan para las normas reglamentarias (y en el caso de los planes de urbanismo se dice que estos lo son: de ahí derivan algunos de los problemas). En el caso de los reglamentos, en efecto, se pretende que su invalidez conduzca siempre a la nulidad, aunque esa nulidad pueda ser interpretada de manera diferente, como señalaré más adelante.

8. Destacadas así las dos modalidades teóricas de la invalidez hay que volver ahora a la lógica interna de la institución desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Y desde esa lógica abstracta parece que resultaría obligado concluir, como ya he dicho, que la invalidez es un supuesto binario: o se da o no se da; o existe o no existe. Y si se da, sus efectos deberían ser siempre los mismos, al menos desde un planteamiento teórico y abstracto. Sucede como con los conceptos jurídicos indeterminados: o es de noche o no lo es; o hay urgencia o no la hay; o hay buena fe o no. No puede ser «un poco» de noche, «un poco» urgente, o tener «un poco de buena fe» para aplicar o no un determinado régimen. Pues tampoco un acto puede ser «un poco» ilegal. O lo es o no lo es. Y si lo es se le debería aplicar un mismo régimen. De manera que si no se le aplica siempre y en todo caso el mismo régimen jurídico (en cuanto a los efectos, por ejemplo); si efectivamente hay previstas diferencias de consecuencias (convalidación, conversión, incomunicación de efectos...) *es pura y simplemente porque el legislador lo quiso en atención a lo que él ha considerado en cada momento valores preferentes.*

Hay una ruptura de la lógica interna de la institución. Es un poco, siguiendo con el símil anterior, como si la ley matizara y dedujera consecuencias diferentes de una circunstancia que es «relativamente» urgente o porque el hecho se produjera «bien entrada» la noche. Si eso fuera así, como es en el ámbito en el que nos movemos, hay que preguntarse por qué. ¿Por qué las matizaciones? ¿Por qué las excepciones de la ley? ¿Qué significan? Pues, a mi juicio, dos importantes cosas. A saber, que la realidad exige a veces aparcar la lógica cuando aparecen otros valores que deben ser considerados, y que aun siendo la nulidad y la anulabilidad conceptos que pertenecen a la teoría general del derecho, juegan papeles diferentes y tienen matices en cada sector del ordenamiento, precisamente *porque protegen intereses diversos.*

Eso es lo verdaderamente importante. Esa es la razón a la que obedecen las diferencias normativas que se apartan de la lógica interna de la institución. Y porque entre la legalidad y la seguridad del tráfico el legislador —realista— ha optado, en ocasiones, por la seguridad.

El propio ordenamiento, por eso, desmiente al dogma al permitir la conservación de actos, la incomunicación de los efectos de la nulidad o la conversión de los actos viciados. Y si eso es así, como lo es, *es porque el legislador lo quiere al considerar y poner en juego otros valores*. En última instancia y como conclusión general, porque la vida del derecho no es la lógica sino el interés (por más que, luego, en el análisis, hay que buscar una cierta coherencia que no puede desconocer, sin embargo, los datos normativos).

Y es que, como digo, tanto el legislador como la jurisprudencia se ven obligados a romper la teoría cuando esta se aviene mal con la realidad; cuando se impone la fuerza normativa de los hechos o cuando aparece la necesidad de proteger otros valores generales o constitucionales.

9. Llegamos así al meollo de la cuestión. Y desde él lo que cabe hacer es colocar en el debate teórico y práctico una reflexión: la de cuestionar la propia dualidad de la invalidez y la de sus efectos. El carácter mítico de una diferenciación que, al final, no es tal, o lo es cada vez menos. Esa es la razón que conduce a que haya autores que apuestan por suprimir la diferencia y dejarla reducida a la mínima expresión: es decir, simplemente a permitir recurrir los actos potencialmente nulos en un plazo más amplio que el previsto con carácter general que sería, sobre todo, para los anulables.

Acabo de decir que tanto el legislador que impone las diferencias como la jurisprudencia que las interpreta se ven obligados a veces a romper la rigidez de la teoría cuando esta se aviene mal con la realidad. En particular, en lo que hace a los efectos retroactivos de la invalidez declarada. Porque la realidad se impone y rompe la rigidez de los dogmas (que son útiles como pautas y guías, pero no para seguirlos como axiomas inmodificables). La realidad, digo, niega o matiza la drástica diferencia entre nulidad y anulabilidad en lo que hace a los efectos de una y otra. Veamos algunos ejemplos.

A) Recuérdese así, en primer lugar, cómo el propio ordenamiento matiza la nulidad cuando al regular la revisión de oficio de los actos nulos (art. 110 LPAC) dice que: «Las facultades de revisión [...] no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, *por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares* o a las leyes».

Y esa previsión, que ya estaba en la legislación anterior, no cayó en saco roto. Recupero así una importante sentencia del año 2000 que yo mismo he comentado (la de 23 de octubre de 2000) en la que se activa un precepto idéntico al que acabo de mencionar y para un caso en el que se pretendía ejercer la acción de nulidad cuatro años después de la adjudicación de un contrato. El tribunal dice que la revisión no es posible porque, de admitirse la anulación del contrato pese al tiempo transcurrido, ello acarrearía nota-

bles perjuicios. Y pugnaría, además, con el principio de seguridad jurídica. La sentencia añade:

«La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes [...] pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares [...] como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración».

- B) En la misma línea cabe citar la previsión del art. 73 de la Ley Jurisdiccional según el cual las sentencias 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», lo que, en opinión de Juan M. Alegre, que comparto, supone diluir la distinción entre nulidad y anulabilidad (y la dicotomía *ex tunc* y *ex nunc*).
- C) En materia de contratos, la nulidad radical de un contrato no siempre impide ciertos efectos de ese mismo contrato, como una amplia jurisprudencia que yo mismo he estudiado hace tiempo demuestra<sup>13</sup>. El argumento del *enriquecimiento injusto* se impone casi siempre que ha habido prestaciones llevadas a cabo con buena fe, a pesar de que el contrato haya sido declarado nulo.
- D) En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional ha hecho lo mismo a la hora de aplicar el art. 39 de su Ley orgánica en el que se dice que al declarar la inconstitucionalidad de una ley se declarará también su nulidad, lo que, en teoría y siguiendo los postulados clásicos, supondría la nulidad de los preceptos impugnados con efectos *ex tunc*. Pues bien, a pesar de esa previ-

<sup>13</sup> Cfr. mis trabajos (1996), «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en el libro dirigido por R. Gómez-Ferrer, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid: Ed. Civitas, págs. 457 ss. Con el mismo título, una versión enteramente nueva y ampliada, en la segunda edición de ese mismo libro (Madrid, 2004, págs. 575 ss.) Y después, más ampliamente (2009), «La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)», *Revista Española de la función consultiva*, 12, págs. 41-105.



sión, el TC no ha proyectado siempre los efectos de la nulidad hacia el pasado. Ha alumbrado las llamadas sentencias «prospectivas», que suponen que la declaración de nulidad solo tiene efectos hacia el futuro, conservándose los efectos producidos por la ley declarada inconstitucional; una modalidad de sentencias que García de Enterría justifica desde la experiencia similar de otros tribunales (constitucionales o no) y porque la «nulidad retroactiva de una ley plantea problemas muy graves»<sup>14</sup>.

En la importante STC 45/1989, de 20 de febrero, a propósito de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, llega a una conclusión muy novedosa. Dice: Ni la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es siempre necesaria, «*ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley*, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, *dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento*».

En la STC 195/1998, de 1 octubre, se declara inconstitucional por falta de competencia la Ley estatal 6/1992, que declaró Reserva Natural las marismas de Santoña y Noja, en Cantabria. Las razones de la inconstitucionalidad fueron la falta de competencia estatal. Constatada esta y declarada por tanto la inconstitucionalidad de la ley, lo que importa subrayar es la doctrina acerca de la eficacia del fallo. En las circunstancias del caso —dice el TC— «la nulidad inmediata de la Ley 6/1992 podría producir graves perjuicios» para una zona que trasciende el plano nacional «como lo demuestra el contenido de la Sentencia de 2 de agosto de 1993, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE) por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las marismas de Santoña como zona de protección especial», incumpliendo así directivas comunitarias. Si él declarara la invalidez *ex tunc* de la ley se podrían producir, en efecto, graves perjuicios, ya que la marisma quedaría desprotegida hasta que la comunidad autónoma no ejerciera la competencia que se le reconoce. Y eso supondría, además, el incumplimiento de la directiva comunitaria. Por eso, la sentencia afirma que «*la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido*».

Esta importante sentencia, por cierto, no solo incide en el concepto de la nulidad, sino también en el de la supletoriedad del derecho estatal porque pospo-

<sup>14</sup> Véase E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª ed. (y otras en el mismo sentido), Madrid: Ed. Civitas, pág. 197. En ese mismo texto los autores concluyen diciendo que «en todo caso, conviene tener en cuenta que, aun sin esa declaración explícita de prospectividad, la nulidad de una ley declarada por una Sentencia constitucional no implica una retroactividad ilimitada y absoluta. Juega aquí el principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución [...]».

ner los efectos anulatorios del fallo al momento indeterminado en que la comunidad dicte su propia normativa, prácticamente significa atribuir eficacia supletoria a una ley estatal dictada sobre ámbitos de competencia autonómica.

En otras sentencias del mismo Tribunal Constitucional se aplica de nuevo el criterio de la llamada prospectividad.

- E) En el ámbito de la justicia civil, la conocida STS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), sobre las cláusulas suelo, menciona la dogmática tradicional (según la cual la nulidad tiene eficacia retroactiva), pero razona en el sentido de *limitarla con fundamento en los principios generales del derecho*. Sin perjuicio de lo que después dijo la jurisprudencia del TJUE, la sentencia del Tribunal Supremo español plantea frontalmente la posibilidad de limitar la retroactividad, utilizando incluso ese mismo rótulo en el parágrafo donde consta la *ratio decidendi*. Y lo hace con cita de otras sentencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo e incluso el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>15</sup>. En el Fundamento Jurídico (FJ) 7, bajo el rótulo «Eficacia no retroactiva de la Sentencia» y el subtítulo «2.3 La posibilidad de limitar la retroactividad», la sentencia dice así:

«287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)—, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que «[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

<sup>15</sup> A la existencia de sentencias prospectivas en el ámbito del TJ de la Unión Europea se había referido ya, tempranamente, Edorta Cobreros Mendazona (2002), «Las Sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, 4, págs. 631 ss. El fundamento en todos esos casos —dice el autor— es siempre la existencia de «imperiosas consideraciones de seguridad jurídica»; un principio, el de seguridad, que, por lo demás, es inherente al ordenamiento jurídico comunitario (pág. 635), como lo es también, según se ha dicho, del ordenamiento español.

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 de junio, 281/1995 de 23 de octubre, 185/1995, de 14 de diciembre, 22/1996 de 12 de febrero y 38/2011 de 28 de marzo.

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que *«[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley»*.

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que *«[l]a “restitutio” no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad»* (STS 118/2012, de 13 de marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que *«[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-000, apartado 59)»*.

La sentencia concluye diciendo que: *«Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas»*. Procede, pues —dice el TS—, *«declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»*.

Así, pues, la retroactividad se matiza, atendiendo al tipo de infracción, a las circunstancias del caso, a la idea de Estado social... Es la misma tesis que defendió el exmagistrado del TC, Rafael Gómez-Ferrer, en su discurso de ingreso en la

Academia de Jurisprudencia con cita expresa de esta misma sentencia de la Sala 1ª del TS de 2013<sup>16</sup>. Desde esa constatación cabe también preguntarse por qué lo que es posible en el ámbito de la jurisdicción constitucional —las sentencias prospectivas cuando se anula una ley— no lo puede ser también como criterio interpretativo en el ámbito de la jurisdicción contenciosa habida cuenta que las consecuencias de la nulidad son planteamientos dogmáticos que no derivan de ninguna previsión normativa expresamente imperativa. Y aunque, en efecto, hay algunos supuestos que se pueden citar, son, en todo caso, supuestos excepcionales no generalizados, ni tampoco excesivamente teorizados<sup>17</sup>.

10. Hay, pues, una cierta tensión entre las exigencias de los dogmas (en particular, la pretendida eficacia *ex tunc* de las declaraciones de nulidad de pleno Derecho) y los condicionantes de la realidad; en definitiva, entre el principio de legalidad y el de seguridad. Y aunque hay numerosos ejemplos, como los que acabo de señalar, en los que el dogma de la nulidad se matiza y modula en cuanto a su eficacia y efectos, hay que reconocer que en otras ocasiones los tribunales se han mostrado muy formalistas a ese respecto. Es justamente lo que está sucediendo en el ámbito urbanístico, donde últimamente se vienen anulando planes por motivos varios, pero entre ellos, sobre todo, por razones formales (ausencia de informes, carencias en el principio participativo, insuficiente motivación, cambios sobrevenidos después de la aprobación del plan)... A partir de los postulados clásicos de que los planes tienen un componente normativo y de que cualquier vicio entonces supone la nulidad, se dice que esa nulidad tiene efectos *ex tunc* y no es convalidable, lo que genera no pocos problemas cuando el plan, quizá, lleva ya años aplicándose.

Se plantea así el problema de la modulación de los efectos anulatorios. Y la aplicación a estos casos de algunas de las reflexiones anteriores acerca de lo apodíctico de los dogmas tradicionales y de cómo las consecuencias teóricas no siempre están justificadas por la realidad cuando aparecen otros valores a considerar. Y todo ello avala la reflexión más atrás apuntada tanto por civilistas (Lacruz, entre otros) como por administrativistas (por ejemplo, Cano Campos) de que es necesario ir a un sistema más flexible y no binario «que diversifique el régimen jurídico de la invalidez en función del tipo de irregularidad»; un sistema más

<sup>16</sup> Cfr. «Deconstrucción del sistema jurídico y Constitución», *RAJyL*, cit., Madrid, 2016.

<sup>17</sup> Cfr. por ejemplo, las SSTs de 22 y 23 de abril de 2014 que cita J. M<sup>a</sup> Baño en su trabajo «Invalidez de los Reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento», en esta misma Revista y expuesto en el mismo seminario del que trae causa esta ponencia. En dichas sentencias el autor comenta cómo, pese a anular la norma reglamentaria por vicios formales, las sentencias mantienen la eficacia de las servidumbres aeronáuticas contempladas en el decreto anulado. También cabe mencionar la STS de 25 de junio 2011 de la que me informa G. Fernández Farreres. Y alguna otra. Pero son, en todo caso, supuestos excepcionales no generalizados, ni excesivamente teorizados.

abierto y cuyo régimen pueda modular caso por caso el juez en función del tipo de intereses en presencia. Un sistema si se quiere más complejo, pero a la postre más realista en vez del modelo teóricamente rígido, pero que luego, en otras ocasiones, en la práctica lo es menos.

#### IV. REFERENCIA A LA INVALIDEZ DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS

Volviendo ahora a la cuestión principal de los reglamentos, cabe preguntarse si, con independencia de lo que se acaba de decir, esto es, con independencia de la modulación o flexibilización de la nulidad en general, con los datos normativos vigentes los reglamentos son siempre y necesariamente nulos. Si la nulidad de pleno derecho con las consecuencias tradicionales de la misma es aplicable siempre a las normas reglamentarias que contengan vicios que incidan en los llamados límites formales y materiales de los reglamentos, ¿hay o puede haber matices?

El art. 47.2 de la Ley 39/2015, después de enumerar en el apdo. 1 los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y dejar abierta la puerta a que otra ley añada nuevos supuestos, dice que «también» serán nulas de pleno derechos las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución y las leyes, así como otras disposiciones de rango superior, las que regulen materias reservadas o establezcan la retroactividad de disposiciones no favorables.

Sin cuestionar ahora la ambivalencia del concepto de nulidad, sus teóricas consecuencias y sus no pocas excepciones en relación a sus efectos, baste decir que hasta no hace mucho tiempo la tesis jurisprudencial mayoritaria en lo relativo a los reglamentos ilegales se mostraba flexible y concluía en términos prácticos admitiendo matices a la citada nulidad. Es decir, sin llegar a aplicar en toda su extensión el régimen de los actos administrativos (esto es, admitiendo tanto la nulidad como la anulabilidad), la jurisprudencia se mostraba flexible, llena de matices y distinguiendo de manera clara los supuestos en los que el vicio era de carácter sustantivo y material de aquellos otros vicios de carácter formal o procedimental. En el primer caso, la nulidad se imponía con consecuencias fuertes, aunque también se admitieron nulidades parciales lo que suponía mantener la vigencia del reglamento en todo lo no afectado por la ilegalidad parcial. En el segundo caso, esto es, cuando se estaba en presencia de vicios formales, la consecuencia era mucho más matizada: dependía de la gravedad del trámite omitido<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> J. Santamaría, al analizar el procedimiento de aprobación de reglamentos al final de la década de los años ochenta del pasado siglo, se refirió a una «situación de incumplimiento generalizado» que provocó «una acusada relativización jurisprudencial de los trámites establecidos por las leyes: una pérdida de eficacia vinculante en el plano de los hechos forzada por la necesidad de evitar declaraciones masivas de nulidad». Y añadía: «Si los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sancionaran con un mínimo de rigor la inobservancia de los trámites del procedimiento reglamentario impuesto por las leyes, la inmensa

Fernando López Ramón ha estudiado recientemente<sup>19</sup> en detalle el origen del problema del alcance de los vicios de los reglamentos y su evolución doctrinal y jurisprudencial para defender la vuelta a esa jurisprudencia a la que me acabo de referir. Se trata de un excelente análisis que merece la pena reiterar porque coincide con sus planteamientos. Sigo, pues, de cerca ahora ese trabajo que parte de una constatación incontestable: el origen de todo el debate trae causa del art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, que contemplaba la nulidad de los reglamentos que incurrieran en vicios de legalidad, pero —y esto es importante— únicamente en los casos que ese mismo precepto enumeraba cuando establecía que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores». Y los artículos anteriores se referían al principio de jerarquía (art. 23: «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior»), competencia (arts. 24 y 25) y materias reservadas a la ley (arts. 26 y 27). El art. 47.2 de la posterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 reitera el mismo planteamiento con remisión al art. 28 de la LRJ («También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado»). De todo ello López Ramón deduce que la nulidad «no comprendía todas las infracciones de la legalidad»<sup>20</sup> porque «si todas las infracciones de la legalidad fueran constitutivas de nulidad de pleno derecho, carecería de sentido enumerar algunas, pues hubiera bastado con haber establecido la regla general»<sup>21</sup>. La conclusión sería que la nulidad se refería a una muy concreta lista de vicios; no a todos. Los no incluidos no darían lugar a la nulidad. Y, en particular, las infracciones de procedimiento; infracciones a las que se les aplicaría «siquiera fuera por analogía», la misma gradación de vicios de los actos administrativos.

Y, efectivamente, esa fue la tesis seguida por la jurisprudencia sobre la base, en especial, de un argumento que resurge de nuevo en la actualidad: el de la

---

mayoría de los reglamentos impugnados ante aquellos tendrían que ser declarados nulos. El trastorno que ello ocasionaría ha impuesto a la jurisprudencia una actitud de tolerancia ante esta situación de incumplimiento habitual». Y más adelante concluye diciendo: «Una actitud prudente, secundada por el silencio (parcial) de la doctrina». Véase (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 805.

Un elenco detallado de la jurisprudencia que analiza el procedimiento de elaboración de los reglamentos y que avala esa afirmación anterior en J. Santamaría Pastor y L. Parejo (1989), *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 82 ss.

<sup>19</sup> Cfr. el ya citado trabajo de F. López Ramón (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», *RAP*, 205, págs. 13 ss. y en *Documentación Administrativa*, 5 (2018), págs. 27 ss.

<sup>20</sup> «La calificación...», cit., pág. 18.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 19.

seguridad jurídica<sup>22</sup>. Una amplia muestra de esa jurisprudencia, constatando ese aserto, se puede consultar en el ya citado trabajo de J. Santamaría y L. Parejo<sup>23</sup> donde se da cuenta de numerosas sentencias con interpretaciones flexibles y tolerantes en la exigencia de muchos de los trámites previstos en el procedimiento de elaboración de reglamentos. Incluso un trámite tan esencial como el dictamen del Consejo de Estado, cuya ausencia cuando es exigible se entiende efectivamente que da lugar a la nulidad del reglamento, fue interpretado a veces de manera flexible y matizada de manera que su ausencia no daría lugar a la nulidad del reglamento cuando, por ejemplo, fuera esencialmente reproductorio de otros anteriores; cuando faltara un segundo dictamen si el proyecto de reglamento, ya dictaminado, sufre modificaciones de importancia; cuando se trata de reglamentos autoconsiderados independientes o cuando se está en presencia de un reglamento que completa otros reglamentos ejecutivos previos. Supuestos todos ellos en los que puede hallarse jurisprudencia no excesivamente exigente en relación con la ausencia del dictamen del Consejo<sup>24</sup>.

En este sentido, tanto Santamaría como López Ramón se refieren a una Sentencia de 17 de junio 1974 (Arz. 2847) como paradigmática y referente de todas las posteriores. Su autorizado ponente fue quien unos años después acabaría ocupando la Vicepresidencia del Tribunal Constitucional: Jerónimo Arozamena. La tesis central de la sentencia es que la nulidad de los reglamentos es una sanción que debe quedar reservada solamente para las disposiciones que en su contenido son contrarias a las leyes porque una excesiva extensión de esa sanción afectaría al principio de proporcionalidad dado que, en ese caso, se tratarían por igual todo tipo de infracciones cuando estas, al ser de distinto alcance y entidad, reclaman una respuesta y una valoración también de diferente alcance y entidad. Por ello, hay que concluir que los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales atienden a una escala que debe recibir las mismas soluciones que la ley predica para los actos administrativos; escala que va desde las irregularidades no invalidantes hasta la nulidad pasando por la anulabilidad.

Este planteamiento, que estaba jurisprudencialmente consolidado, sufrió alguna tímida objeción doctrinal que luego se convirtió en crítica frontal en la obra de Eduardo García de Enterría, quien, bien tempranamente, en varios de sus trabajos y, finalmente, en el *Curso de Derecho Administrativo* que, desde 1974, publica junto con T. R. Fernández, sostuvo que la sanción de los reglamentos ilegales es siempre la nulidad de pleno derecho, ya se trate de infracciones de los

<sup>22</sup> Cfr. en esa línea, Gabriel Doménech (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 226 ss. y *passim*.

<sup>23</sup> Cfr. *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, en particular, págs. 85 a 98.

<sup>24</sup> V. J. Santamaría y L. Parejo, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 93. También, Santamaría, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 810.

llamados límites materiales de los reglamentos, ya de los límites formales<sup>25</sup>. Fue una interpretación que se consolidó pronto en sede académica, pero no en sede jurisprudencial, como ya se ha dicho, donde la utilización de los principios de conservación, proporcionalidad y seguridad fueron los puntales de un planteamiento matizado acerca de la trascendencia de los vicios formales y procedimentales de los reglamentos<sup>26</sup>.

Esa matizada tesis jurisprudencial, ese mayoritario planteamiento, estuvo básicamente vigente hasta principios de este nuevo siglo, es decir, hasta hace más o menos veinte años. El cambio se produciría justamente en esos años, cuando la jurisprudencia asume lo que López Ramón denomina la tesis unitaria, esto es, la sanción de nulidad, sin matices, de cualquier vicio material o formal de los reglamentos. Una tesis que no dejó de tener críticos y detractores, no solo en la jurisprudencia de los veinte últimos años del siglo XX, sino también en algu-

<sup>25</sup> La afirmación, en términos contundentes y sin matices, consta desde la primera edición del citado *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Ed. Revista de Occidente, 1974, pág. 147), en un capítulo cuya redacción base se debe personalmente a García de Enterría, como se informa en las primeras páginas del libro. Desde entonces las sucesivas ediciones, ya en Civitas, reiteran el mismo planteamiento. Hasta la 18ª edición, de 2017, en la que aparece un matiz discrepante de la actual línea jurisprudencial dominante. Se dice ahora, en un párrafo nuevo incrustado en el epígrafe correspondiente a los reglamentos ilegales, que «para evitar eventuales excesos» parece conveniente comprobar la efectiva trascendencia de los vicios de procedimiento, «su real incidencia sobre el contenido de la regulación material que el reglamento contiene». Y ello para «descartar el efecto invalidatorio de las infracciones de procedimiento realmente intrascendentes y, por supuesto, el de las meras irregularidades formales carentes de verdadera relevancia» (I, pág. 255), añadiendo que «esas observaciones son particularmente pertinentes en relación con los planes de ordenación urbana, de los que se predica con carácter general su naturaleza reglamentaria sin reparar en la diversidad de su contenido» (págs. 255 s.). La sanción de nulidad absoluta ante un defecto formal en estos casos ha dado lugar «todos los años a multitud de sentencias anulatorias por motivos más bien banales», lo que avala «la inexcusable necesidad de introducir las matizaciones apuntadas» (p. 256).

Aunque todo el resto del epígrafe continúa igual que en anteriores ediciones, estos dos párrafos que parcialmente reproduzco suponen una auténtica rectificación y parecen así alinearse ahora en las tesis que López Ramón denomina gradualistas; las tesis que asumió la jurisprudencia mayoritaria durante casi cuarenta años, hasta el año 2000, y que, a la postre, supone distinguir, como se indica en el texto, entre ilegalidades materiales y formales. Pero se trata también de una rectificación parcial, ya que no da el paso definitivo de aceptar explícitamente bien que en los vicios formales puede haber anulabilidades y no solo nulidad absoluta, bien que algunos vicios formales son irregularidades no invalidantes (y otros nulidades, habría que entender, si no se acepta la anulabilidad). En todo caso, el cambio —o el matiz— es bien significativo.

<sup>26</sup> Cfr. G. Doménech, *La invalidez de los reglamentos, op. cit.*, que resume esa jurisprudencia al tiempo que critica la tesis de que cualquier infracción legal conlleve siempre la nulidad de pleno derecho.



na destacada doctrina (Garrido, Entrena, Villar...) que aportaba argumentos de diversa índole y, entre ellos, el de que los reglamentos se sujetan también a los requisitos de los actos pues actos, y reglamentos son todos ellos actos jurídicos de la Administración y en el plano formal, al menos, se les debe aplicar el régimen y la sanción de la ilegalidad prevista para los actos<sup>27</sup>.

Pero, como digo, la jurisprudencia viró sin que ese giro viniera impuesto por ningún cambio de carácter legislativo y, en consecuencia, sin que se justificara o explicara ese cambio. La Ley 30/1992, como la vigente Ley 39/2015, no dicen nada sustancialmente diferente de lo que decía la Ley de Procedimiento de 1958. Por ello, López Ramón concluye reafirmando el planteamiento que estuvo vigente durante más de cuarenta años y que, en definitiva, consiste en afirmar que «las únicas vulneraciones de la legalidad determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos, en la dicción de la norma, sigue siendo únicamente las de tipo material o sustantivo»<sup>28</sup>. Planteamiento del que se derivaría como consecuencia más evidente la posibilidad de aplicar la convalidación y conservación de trámites y otras previsiones propias de los actos que infrinjan formas no sustanciales. Y ello, como afirma López Ramón, por razones contextuales, históricas y estrictamente normativas. Una interpretación posible sin necesidad de reformas legislativas que, además —añado—, estaría avalada también por la experiencia comparada reciente<sup>29</sup>, a una parte de la cual luego me refiero.

¿Qué cabe concluir o proponer en este punto? Pues que aun cuando se admita que los reglamentos y planes ilegales sean nulos de pleno derecho, esa nulidad se predique solamente de los vicios materiales, de los supuestos de superación de los llamados límites materiales, es decir, de los casos en los que la norma inferior —el reglamento, el plan— se opone a la norma legal, pero que se considere anulable o incluso no invalidante las irregularidades formales de escasa entidad, como venía sucediendo en la jurisprudencia tradicional, como defiende la doctrina que mantiene la llamada tesis gradual e incluso como ahora se apunta en una de las obras que durante más de treinta años venía sosteniendo una posición sin los matices que ahora ella misma incluye<sup>30</sup>. Es una cuestión interpretativa,

<sup>27</sup> Véase, «La calificación...», cit., pág. 32.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pág. 41.

<sup>29</sup> Cfr. A. González Sanfiel, «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo...», cit., págs. 51-53, da cuenta de las medidas adoptadas en otros países para abordar el mismo problema que nos ocupa. Entre ellas la relativización de los vicios formales o de procedimiento (cuestión que luego desgrena en detalle contemplando diversos supuestos: págs. 57-59), la ampliación de los poderes del juez, la previsión de subsanar vicios otorgando a la Administración plazos concretos para ello, la previsión de nulidades parciales acotándolas a partes de la norma de que se trate y otras similares que son las que también cabe propugnar se implanten entre nosotros, bien por vía interpretativa, bien, si es necesario, mediante reformas legales.

<sup>30</sup> Cfr. E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo, I*, en la 18ª ed., (2017), págs. 255-256, como se indica más atrás en nota 25.

por más que se puede —y seguramente debe— ir más allá y romper el dualismo teórico y normativo de la nulidad/anulabilidad que hoy plantea más problemas de los que resuelve al dificultar soluciones matizadas a los casos complejos que la realidad plantea. Ese salto adelante debe ser más meditado y supone reformas legislativas que superen, como digo, unos planteamientos dogmáticos que la realidad ha venido con frecuencia a desmentir.

## V. ALGUNAS PROPUESTAS PARA ABORDAR LA CUESTIÓN DE LA INVALIDEZ POR VICIOS FORMALES DE LOS REGLAMENTOS. EN PARTICULAR, LOS PLANES DE URBANISMO

Llegados a este punto me gustaría apuntar algunas posibles líneas de tendencia para abordar el problema general de la invalidez formal de los reglamentos. Y, en particular, la cuestión de la anulación de planes de urbanismo que es donde se han manifestado las consecuencias insatisfactorias de las soluciones jurisprudenciales monistas. Líneas de tendencia, pues, que no son sino plasmación concreta de los planteamientos generales anteriores. Veámoslo.

1. Un primer planteamiento se centraría, sobre todo, en el tema concreto de los planes de urbanismo para cuestionar su hasta ahora generalizada concepción normativa. Es un planteamiento que, en principio, no pone en cuestión la dicotomía nulidad/anulabilidad ni sus efectos convencionales, sino que centra la atención, como digo, en la reconversión del carácter o naturaleza de los planes. Si estos no se consideran normas o se afirma que tienen carácter dual (esto es, que tienen una parte normativa y otra que no lo es) en todo lo que no sean normas cabrán los vicios de anulabilidad y sus consecuencias tradicionales: conservación de actos y trámites no afectados, posibilidad de anulaciones parciales, eficacia profuturo de la anulación...

Es el planteamiento que propugnaba un anteproyecto de ley que hizo circular el anterior Ministerio de Fomento en los últimos meses de 2017 y que se paralizó tras el cambio de Gobierno, aunque fue rescatado tal cual por el Partido Popular como proposición de ley «de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística»<sup>31</sup>; proposición que decayó con la legislatura sin llegar a debatirse.

Era una solución de compromiso que trataba de resolver el grave problema que supone la anulación total de planes de urbanismo con los efectos perjudiciales que ello supone cuando esa anulación trae causa de vicios procedimentales —algunos de escasa entidad— en el proceso de su elaboración. Se trata de un

<sup>31</sup> Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B, núm. 319-1, de 15 de octubre 2018.

problema que se ha puesto de actualidad, como ya se ha dicho, a raíz de algunas destacadas sentencias bien conocidas.

El anteproyecto y luego la proposición de ley se movían, en síntesis, en torno a tres órdenes de consideraciones. De un lado, limitaba el ejercicio de la acción popular; asunto en el que ahora no interesa insistir. De otro, diferenciaba entre los instrumentos de ordenación considerados en su conjunto y las normas urbanísticas insertas en ellos para deducir de esa diferenciación una distinta naturaleza jurídica. Según ese planteamiento, solamente las normas propiamente dichas tendrían carácter reglamentario, siendo el resto del contenido de los instrumentos de ordenación meros actos administrativos generales. De esa diferenciación se deduciría una consecuencia importante: que si bien las normas que incurrieran en algún vicio legal podrían ser declaradas nulas, el Plan como tal, al no ser un reglamento, podría eventualmente ser declarado anulable, con lo que ello supondría en orden a la eficacia de esa anulación y la conservación de los efectos pasados. El tercer orden de cuestiones afectaba a las sentencias que eventualmente anularan actos o normas; sentencias que, en lo posible, deberían limitar sus efectos al concreto ámbito afectado por el vicio de que se tratara, deberían conservar los elementos conservables y si se tratara de defectos formales deberían otorgar un plazo al planificador para solventar los eventuales defectos.

Los objetivos del anteproyecto, que fue informado por la Comisión General de Codificación en términos, en general, positivos, aunque proponiendo algunos cambios, eran, a mi juicio, plausibles y trataban de afrontar un problema cuya solución hasta ahora —la anulación sin matices del Plan en su conjunto— podía producir más efectos negativos que los que resolvía y se mostraba en ocasiones como una solución desproporcionada.

De entre las propuestas que el texto incorporaba, la que me parece de mayor recorrido era la que apelaba al contenido de las sentencias que, como digo, se preveía que limitarían sus efectos al ámbito afectado, conservarían los actos que merecieran o pudieran conservarse y, en su caso, otorgaran plazos para la subsanación de los defectos formales observados. Y me parece la propuesta más directa porque se puede mantener al margen de la calificación de los vicios de que se trate. Una solución que ponía énfasis en el papel del juez y que me parece plausible en la línea de lo que se ha venido sosteniendo en el epígrafe anterior de este mismo trabajo. Y, por lo demás, coherente con algunas recomendaciones del Consejo de Europa, como la Recomendación (2004) 20<sup>32</sup>, en cuyo epígrafe 5, sobre efectividad del control judicial, se propone que el tribunal que considera ilegal una resolución administrativa deberá tener el poder de corregir la situación «para hacerla compatible con la ley», además, por supuesto, de poder anular la de-

<sup>32</sup> Cfr. (2005), *Le contrôle juridictionnel des actes de l'administration*, Recommandation Rec (2004), 20, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 15 décembre 2004, et préparée par le Groupe de projet sur le droit administratif (CJ-DA), sous l'auto-rité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Ed. du Conseil de l'Europe.

cisión y, «si fuera necesario», reenviar la causa a la autoridad administrativa para que esta adopte una nueva decisión *conforme a la decisión jurisdiccional*. Deberá ser igualmente competente para exigir a la Administración la consecución de una obligación de hacer. Es decir, adoptar, como enseguida diré, un papel más activo que el de la simple anulación revisora.

En todo caso, era, como digo, una «solución» de compromiso por el expediente de definir legalmente naturalezas y conceptos, por más que no dejara de plantear otros problemas como, por ejemplo, la oportunidad de que sea la ley la que defina contenidos y naturalezas que, de ordinario, se tienen que deducir de lo que las cosas efectivamente son, esto es, de su régimen y no de su *nomen iuris*. O, también, la dificultad de delimitar y separar lo que sea acto y lo que tenga contenido normativo en algunos planes de escasa entidad, como los proyectos de delimitación del suelo urbano. Además, podía suponer la división competencial de los recursos frente a planes que correspondería a diferentes tribunales al ser una parte norma y otra acto.

Era —es—, según se indica, una línea de tendencia atendible a partir de la cual pudiera quizá ahondarse aún más en el futuro desde la propia perspectiva del sentido, carácter y contenido de los planes de urbanismo que, pensados para una sociedad relativamente estable, plantean nuevos problemas en un mundo cambiante como el que hoy vivimos. Quiero decir que no todos los planes obedecen a las mismas realidades y, en consecuencia, no todos precisan las mismas exigencias formales y, además, parece que se impone cada vez más una mayor flexibilidad atendiendo a la realidad cambiante que tratan de disciplinar lo que, quizá, se traduzca en el procedimiento de su aprobación, los trámites exigibles y el valor de cada uno de ellos habida cuenta de que no hay un concepto canónico de plan una vez que este cumpla determinadas exigencias. Tan plan es el complejo conjunto de documentos previsto para una gran ciudad como el sencillo modelo de planos y normas que necesitan muchos de los pequeños municipios que tanto abundan en nuestro país. Y de esa diferencia bien podrían deducirse con imaginación algunas consecuencias de otro orden.

2. En un sentido menos radical y gradualista, se puede seguir manteniendo el carácter normativo de los planes, pero negar que todos sus vicios conduzcan necesariamente a la nulidad. Los planes, como todos los reglamentos, podrían ser, pues, tanto nulos como anulables dependiendo del tipo de vicio. Es, en definitiva, la tesis gradualista ya mencionada y que fue la adoptada por la jurisprudencia mayoritaria anterior al año 2000; una tesis desde la que se niega, como ya se ha señalado, el apriorismo de que *todos* los vicios de *todas* las normas conduzcan necesariamente a la nulidad. Un planteamiento que distingue y diferencia netamente las ilegalidades de carácter material cuando la norma reglamentaria se opone al contenido sustantivo de una ley, de las ilegalidades formales derivadas de la ausencia o insuficiencia de trámites procedimentales, donde habría que matizar y dar entrada a posibles vicios de anulabilidad o incluso irregularidades no

invalidantes. Y ello es posible por vía interpretativa, como lo prueba la propia jurisprudencia anterior bien consolidada sin necesidad de decir expresamente que hay supuestos de anulabilidad.

Una variante reforzada de este planteamiento a partir de la aceptación de que las normas pueden ser nulas, pero también anulables, sería considerar que, si bien los vicios de anulabilidad nunca pueden tener efectos retroactivos (solo *ex nunc*), los vicios de nulidad pueden (pero no *necesariamente deben*) tener efectos *ex tunc*. Dependería del vicio y de las circunstancias. Lo que refuerza conceptualmente, digo, la tesis gradualista.

3. Se puede ir todavía más allá. Se puede seguir manteniendo el carácter normativo de los planes, pero cuestionar la dicotomía nulidad/anulabilidad, cuyos efectos convencionales son una mera elaboración doctrinal. Se llegaría a la misma conclusión que en el punto anterior, aunque con una proyección dogmática de mayor alcance al negar la dicotomía nulidad/anulabilidad y dejar reducida la cuestión, como en otros países, a los efectos temporales de la declaración de nulidad.

4. Y aun todavía más. Sin cambiar la naturaleza de los planes y dejando reducida la cuestión, como digo, a la determinación de los efectos temporales de la nulidad, se podría avanzar en una de las líneas destacadas del anteproyecto de 2017. Se podría avanzar dando más poderes al juez<sup>33</sup> para que este valore en cada caso la incidencia del vicio adoptando, como ya dije, un papel más activo que el de la simple anulación de la norma desentendiéndose de sus consecuencias; planteamiento que, a la postre, no está lejos del viejo, pero a mi juicio inaceptable, aforismo del *hágase justicia aunque perezca el mundo* (*fiat iustitia, pereat mundus*).

Si se reconfigura el dogma de la dualidad de los vicios, esta posibilidad saldría adicionalmente reforzada y alcanzaría un encaje más lógico y prudente. En todo caso, esa es la línea de tendencia del derecho francés, que ha estudiado recientemente en detalle la profesora cántabra Nuria Ruiz Palazuelos<sup>34</sup>.

En Francia, en efecto, como no existe la diferencia entre nulidad y anulabilidad y todo acto ilegal es nulo, la cuestión del carácter retroactivo o no de

---

<sup>33</sup> En el mismo sentido, A. González Sanfiel, «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo...», cit., pág. 61, donde afirma: «[...] el juez debe reforzar su papel en orden a afrontar la nulidad no sólo como órgano que constata la ilegalidad, sino que contribuye a reorientar la situación guiando el proceso para que la situación sea superada». Y añade, en la misma línea que apunto en el texto: «Las posibilidades son enormes, destacando especialmente la capacidad para subsanar defectos dentro del proceso o la limitación de los efectos de las Sentencias sobre otras normas y actos. La anulación parcial sobre determinados ámbitos o la suspensión temporal de efectos sobre los mismos».

<sup>34</sup> Cfr. N. Ruiz Palazuelos (2018), «Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés», *Revista de Administración Pública*, 108.

esa declaración se plantea de manera frontal. Se parte de la constatación de que el acto o la norma anulados ha surtido ya algún efecto y de que no siempre es posible restablecer la situación previa. De ahí que, en el país vecino, se hayan ido ampliando poco a poco los poderes del juez para que este pueda modular en cada caso las consecuencias de la anulación declarada. La tradicional retroactividad de la nulidad queda así matizada y se produce, como recuerda Ruiz Palazuelos, lo que Prosper Weil ha llamado «la victoria de los hechos sobre el Derecho».

La evolución empezó en sede jurisprudencial a partir de 2004 y ha acabado en una reforma legal en 2013. En sede jurisprudencial han ido apareciendo a lo largo de estos últimos años técnicas como la «anulación condicionada» (a la subsanación en un determinado plazo de los defectos constatados), la suspensión del fallo de anulación, la conservación de los elementos que no resultaran afectados por las ilegalidades detectadas... Y, en general, aceptando la modulación de la retroactividad cuando sus consecuencias pueden resultar «manifiestamente excesivas», concepto cuya delimitación queda en manos del juez como cuando este maneja, en muchos otros ámbitos, similares conceptos indeterminados. Por su parte, la reforma legal de 2013 autoriza expresamente al juez a suspender un proceso para que la Administración complete trámites omitidos o regularice procedimientos.

Una opción que amplíe los poderes del juez presupone, no obstante, un tipo de juez como el francés más acostumbrado a relacionarse con la Administración. Un juez que adquiere más protagonismo en la determinación de lo que ha de ser, en cada caso, el interés general para modular los efectos de la anulación y que asume así un delicado papel más activo y, en consecuencia, claro es, puede estar más expuesto al recelo y a la crítica.

Es verdad que sería preciso evitar que en nombre de la seguridad se utilice una fórmula que puede ser fuente de nuevas y aun mayores incertidumbres. Pero ha de recordarse también que ese juez ya posee hoy algunos poderes y competencias que se orientan en la misma dirección, como paradigmáticamente sucede, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares, en cuya adopción la ponderación de intereses libremente valorada es el eje central de la decisión. No hay que olvidar tampoco las sentencias prospectivas que creó el Tribunal Constitucional basadas en el mismo criterio de la ponderación. Y que existe o debe existir un sistema de recursos y la posibilidad de adoptar fórmulas similares de unificación doctrinal que equilibre esos nuevos poderes.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Debo ir concluyendo. Y debo hacerlo insistiendo en el papel de la jurisprudencia, que es fundamental en este ámbito del paso de los conceptos a la realidad de la vida (que, por cierto, es para lo que se creó el derecho).

A lo largo de la historia se ha hablado de la jurisprudencia de conceptos (abstracta y desconectada de los problemas reales); luego, de la jurisprudencia de

intereses (más atenta a las concretas cuestiones de poder subyacentes a casi todos los conflictos). Hoy podemos hablar también de una jurisprudencia de principios (constitucionales) y de la atención a la sociología de los conflictos. Eso nos da una perspectiva nueva acerca del papel del juez que reverdece el viejo lema de que, en cierto modo,  *juzgar a la Administración es también administrar*. Administrar de otro modo y con distintos parámetros, pero administrar al fin.

Tomás Ramón Fernández se ha referido no hace mucho a ese papel del juez colaborador de la Administración<sup>35</sup>. Y ha propuesto también una reinterpretación del vicio de nulidad concentrándolo solamente en los aspectos que hayan podido afectar al litigio de que se trate, conservando todo lo que no haya sido determinante de la ilegalidad detectada. Y en el caso de los vicios formales, otorgando plazos para regularizar el defecto o completar la documentación incompleta cuando ello sea posible<sup>36</sup>. Y, sobre todo, se ha referido a la conversión del juez, como en Francia, en un colaborador activo de la Administración, alejado de la posición de simple espectador; un juez, en definitiva, que busca equilibrios entre legalidad y seguridad, que concreta en cada caso el alcance de la nulidad y que se convierte así, en cierto modo, en consejero de una Administración a la ayuda a evitar nuevos procesos. Un juez también que, si es posible, active y saque todo el potencial del actual art. 77 de la Ley Jurisdiccional, que posibilita acuerdos flexibles y quizá permita matizar la rigidez de los dogmas.

2. Decía al principio que mi intención en esta ponencia era sencilla. No trato de sostener una posición cerrada y dogmática. Al contrario, he pretendido apuntar algunas líneas de reflexión en una doble y aun contradictoria dirección. A saber, de un lado, destacar la dificultad de seguir manteniendo todas las consecuencias teóricas de la diferenciación entre nulidad y anulabilidad. Dos conceptos que tienden a solaparse y que presentan excepciones legales o jurisprudenciales que niegan en la realidad la rigidez dogmática y conceptual. Y, de otra parte, aunque se mantuviera en el futuro la dicotomía tradicional (nulidad/anulabilidad), apuntar a una muy simple consecuencia en orden a la eficacia de la declaración en los casos de nulidad. Admitir legalmente que la eficacia de la declaración de nulidad *puede* retrotraerse hacia el pasado, *pero no tiene que hacerlo siempre y necesariamente*. Dejar esa posibilidad en manos del juez, cuya posición

---

<sup>35</sup> En particular en su ya citado artículo (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203, págs. 137 ss. Pero, antes, también en (2013), «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», *Urbanismo y Edificación*, 29, págs. 77 ss., donde cuestiona los planteamientos dogmáticos radicales y postula tanto rectificaciones jurisprudenciales como ciertas reformas legales que, como en Francia, se orienten en la línea apuntada en el texto.

<sup>36</sup> Ecos muy claros de este planteamiento se advierten en las citas más atrás reproducidas de la 18ª edición (2017) del *Curso de Derecho Administrativo*, del que T. R. Fernández es coautor con E. García de Enterría.

resulta así realizada; un juez convertido en un colaborador del interés general más que gendarme ajeno y desentendido de las consecuencias (sociales, políticas o económicas) de sus propias sentencias. Ciertamente que eso exigirá mayor esfuerzo a la hora de matizar, motivar y concretar el alcance concreto de sus fallos. Pero acercará más el resultado a las exigencias de la realidad, a la victoria de los hechos a la que se refería el recientemente fallecido (2018) maestro Prosper Weil.

3. En todo caso, y con esto concluyo, la cuestión de fondo, hoy como ayer, es siempre la misma. Se trata de dar respuesta a la tremenda pregunta de cuánta injusticia se debe aceptar en pro de la seguridad jurídica o, si se prefiere con otro enunciado, cuánta inseguridad hay que permitir en pro de la justicia. Siempre, siempre sufre algo alguno de estos dos valores. Pero hay que optar.

En el caso de la nulidad de reglamentos y planes eso es bastante evidente. Pero hay muchos otros ejemplos. Sucede muchas veces. Uno de esos ejemplos muy clarificadores está también en el ámbito del urbanismo a la hora de delimitar las llamadas unidades de actuación. Cuanto más pequeñas sean, más fáciles de gestionar, pero también más injustas. Cuanto más grandes, más justas, más posibilidades de equidistribución, pero, a cambio, mucho más complejas y difíciles de gestionar jurídica y económicamente. Cuando a alguien se le ocurrió la idea de llevar cierta justicia igualitaria a un espacio más amplio surgió el invento del aprovechamiento medio y del aprovechamiento tipo. Pero de inmediato surgió otra pregunta, ¿y por qué no tratar de conseguir una cierta igualdad en todo el suelo del municipio donde se produce la gran diferenciación entre los propietarios del suelo urbanizable y los del suelo rústico o no urbanizable? Y aún más, ¿por qué admitir tanta diferencia entre los municipios de cada comunidad? O todavía, ¿se podría intentar conseguir cierta igualdad tomando como referencia todo el suelo? ¿Sería eso posible? Y como la respuesta es negativa, como eso no es posible, surge la resignación. Y entonces, ante el previsible fracaso de las soluciones perfectas, el derecho renuncia a la justicia con mayúsculas y asume la justicia imperfecta... Como decía Benjamin Constant cuando se refirió a la «libertad de los modernos», esa libertad suponía renunciar a la Libertad, con mayúsculas, para centrarse en las concretas y pequeñas libertades que conforman la vida cotidiana... Esto es, el denostado posibilismo, que, a la postre, acaba siendo la única libertad posible, la única justicia posible...