

ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD DE PLENO DERECHO

POR

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD ABSOLUTA.—II. LOS SUPUESTOS DE NULIDAD ABSOLUTA EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. *El criterio delimitador de los dos tipos básicos de invalidez.* 2. *Los supuestos legales de nulidad absoluta en el Derecho Administrativo español: primer análisis.* 3. *La interpretación jurisprudencial de los supuestos legales de nulidad absoluta:* a) *La incompetencia manifiesta.* b) *La omisión total y absoluta del procedimiento.* c) *Los restantes supuestos.* 4. *La necesidad de reconstrucción de la nulidad de pleno derecho.*—III. LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: 1. *La interpretación restrictiva de los tipos legales de nulidad absoluta.* 2. *La incompetencia como origen de los vicios de los actos y fuente de la noción de orden público en el recurso por exceso de poder.* 3. *Los vicios de orden público y el desarrollo de la noción de incompetencia en el Derecho francés.* 4. *La interpretación del tipo legal de incompetencia manifiesta en el Derecho español y su virtualidad en orden a la reconstrucción de la nulidad de pleno derecho.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I

ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD ABSOLUTA.

El análisis anterior de la teoría de las nulidades, en el Derecho administrativo, ha permitido poner de relieve en qué medida los principios inspiradores de esta específica rama del Derecho inciden sobre el esquema dogmático de la Teoría General del Derecho, y, concretamente, en lo que a nuestro tema se refiere, ha permitido comprobar que dicho esquema dogmático no se altera esencialmente por el juego de aquellos principios en lo que a las distintas categorías de invalidez de los actos jurídicos afecta.

Los caracteres esenciales y definidores de la nulidad absoluta, y de la anulabilidad o nulidad relativa, permanecen sin variación en el Dere-

cho administrativo, tal y como han sido elaborados en el Derecho común. Al igual que en éste, en el Derecho administrativo, la nulidad absoluta o de pleno derecho tiene, por sí misma y con independencia de su declaración por el Juez, trascendencia general o *erga omnes*, no sana, ni se convalida por el transcurso del tiempo y no es susceptible de consentimiento, porque, por su naturaleza y gravedad, está fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad, es indisponible para las partes a quienes afecta, en cuanto que rebasa la esfera de su propio interés y afecta al interés general, al *orden público*.

Sólo esta categoría máxima de invalidez lleva consigo, tanto en el Derecho común como en el Derecho administrativo, tan rigurosas consecuencias, que habilitan, incluso, al Juez ordinario y al Juez del contencioso para hacer excepción del principio de justicia rogada, que en uno y otro proceso presiden su actividad jurisdiccional. Los demás vicios de los actos sólo pueden determinar la anulación de los mismos, si se invocan en el proceso por aquel a quien afecten, puesto que el consentimiento elimina su reducida virtud invalidante.

Esta identificación entre orden público y nulidad absoluta, que resulta de la naturaleza propia de esta forma máxima de invalidez, es la única posible en el ámbito del Derecho administrativo, puesto que los demás supuestos de invalidez no pueden llevar consigo aquella calificación como de orden público, ya que ningún principio institucional lo permite, y, por otra parte, todos los aplicables (instrumentalidad de las formas y subordinación de éstas a la decisión de fondo, carácter rogado de la jurisdicción, etc.) lo impiden, según se ha visto ya. En efecto, sólo en los casos de nulidad de pleno derecho puede declararse la nulidad «en cualquier momento» a instancia del interesado, a través de una vía distinta de la de recurso (1), según resulta del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo y con independencia de la eventual interposición y resultado negativo de un recurso anterior, puesto que dicho precepto no excluye esta eventualidad. Sólo en los casos de nulidad absoluta pueden ejercitarse sin límite temporal —«en cualquier momento»— las potestades de revisión de oficio, según se establece en el propio precepto legal citado. Por lo demás, fuera de los casos de nulidad radical, el transcurso del tiempo sana los posibles vicios o, mejor, como precisa FORSTHOFF (2), aquellos vicios dejan de

(1) En el mismo sentido, en el Derecho alemán E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, I. E. P., Madrid, 1958, págs. 315 y 316 y nota 23.

(2) *Tratado...*, citado pág. 316. La observación es exacta, puesto que, como señala

ser estimados por el Ordenamiento jurídico, que impide, en vía jurisdiccional, la impugnación de los actos (anulables) consentidos, por no haber sido recurridos en tiempo y forma (art. 40 de la Ley jurisdiccional en relación al art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Sólo los actos anulables, en fin, son susceptibles de convalidación posterior en los términos del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que se refiere a ellos únicamente, con exclusión de los actos radicalmente nulos.

No parece necesario, tras lo expuesto, detenerse más en esta constatación que en el plano dogmático es verdaderamente elemental, por más que la jurisprudencia tradicional lo haya eludido sistemáticamente por las razones funcionales que se han venido exponiendo y que hoy carecen ya de justificación. Interesa únicamente poner de manifiesto aquí algunos pronunciamientos excepcionales que, aun dentro del ambiente tópico de la doctrina jurisprudencial estudiada, han sabido apreciar la verdadera procedencia y justificación dogmática de la noción de orden público, aplicándola rectamente en sus justos límites. Estos pronunciamientos son una muestra clara de la línea a seguir en esta materia, a partir de las sustanciales modificaciones operadas en el Ordenamiento jurídico-administrativo por las nuevas Leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa y de Procedimiento Administrativo, y una segura guía del proceso de depuración de la doctrina jurisprudencial, que es preciso y urgente abordar.

El primero de los pronunciamientos que quieren citarse aquí es la *sentencia de 11 de octubre de 1956*, dictada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, y de la que fue ponente el recientemente fallecido, Profesor ARIAS RAMOS (3).

La referida sentencia, producida bajo el imperio de la vieja Ley jurisdiccional, dice así a propósito de un recurso en el que se demandaba la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación de una subasta, invocando a estos fines la pretendida nulidad del trámite de anuncio de la misma :

«Considerando: Que en relación con lo indicado, si bien es exacto que la jurisprudencia de este Tribunal ha realizado con

este autor "un defecto objetivo no puede desaparecer por una conducta subjetiva como es el dejar de hacer uso de un recurso».

(3) La cita GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., vol. III, 1963, pág. 39.

reiteración la importancia de las formas procesales (4) como sólida y eficaz garantía del orden jurídico, y ha declarado en numerosas sentencias que es deber de los Tribunales contencioso-administrativos reconocer *de oficio*, aun a falta de una indicación o denuncia expresa de las partes, los vicios sustanciales de la tramitación, menester es también tener en cuenta como principios jurídicos que perfilan, precisan y aclaran la doctrina aludida, los siguientes: a) que no todos los defectos tienen la misma categoría ni producen idénticas consecuencias sobre los actos a los que afectan, ya que si unas veces el vicio es tan esencial que determina en el acto viciado *aquella absoluta nulidad que la doctrina ha tildado de verdadera inexistencia jurídica de tal actuación en cuanto a sus efectos normales*, en otras el defecto hará que el acto, aunque defectuoso, no sea invalidado (como en los casos de las llamadas *Leyes minus quam perfectae e imperfectae*), o bien, siéndolo inicialmente, pueden ser *a posteriori* completados, confirmados o revalidados; b) *que fuera de los casos de nulidad por vicio esencial*, los Tribunales contencioso-administrativos ejercen una jurisdicción, cuya puesta en marcha exige el requisito señalado en el párrafo 3.º del artículo 1 de su Ley fundamental: la lesión de un concreto Derecho subjetivo de carácter administrativo».

«Considerando: Que de lo expuesto se infiere que la jurisdicción contencioso-administrativa *habrá de hacer el reconocimiento de oficio*, de una tacha o defecto de forma, *en razón al carácter esencial de la falta, cuando la nulidad por ella determinada sea absoluta, y la resolución judicial, más que declararla, lo que hace es corroborar una realidad, eliminando el mero barniz de apariencia legal que pudiera haber acompañado al acto nulo*».

Con alguna imprecisión terminológica, derivada, sobre todo, de un apego excesivo a la técnica civilística, la sentencia en cuestión afirma el principio aludido, con estimable claridad, y, sobre todo, con una gran corrección dogmática.

Semejante a ésta es la reciente *sentencia de 3 de julio de 1967*, dictada por la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, y de la que fue ponente el señor MARTÍN DE HIJAS.

La sentencia en cuestión se produjo en un recurso promovido por la

(4) Debe entenderse "procedimentales" en lugar de "procesales".

Cámara de la Propiedad Urbana de Logroño y otros afectados por la aprobación del proyecto de expropiación y de fijación del justiprecio por el procedimiento de tasación conjunta del Polígono «Lobete» de dicha ciudad. Dice así en lo que aquí importa :

«Considerando : Que, en primer término, se solicitaba por los recurrentes la declaración de nulidad de pleno derecho del expediente expropiatorio, fundamentándola en que no existía Plan General de Ordenación Urbana, sino simplemente un Plan de Alineaciones, pedimento que tiene que ser desestimado, no sólo porque, como afirma el Abogado del Estado, el Plan General, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 17 de diciembre de 1958, contiene todos los elementos necesarios para que sea considerado a efectos de la Ley del Suelo como un Plan General, sino porque tal alegación no ha sido formulada anteriormente por los recurrentes, ni en los plazos de información pública, ni en su recurso de reposición, y si bien la nulidad, por afectar al orden público, puede decretarse de oficio, ello requiere que se trate de una nulidad de pleno derecho, por concurrir algunos de los supuestos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que no ocurre en el presente caso, pues, aunque hipotéticamente se admitiesen los defectos que se atribuyen al Plan, no pueden sostenerse que se haya prescindido, total y absolutamente, del procedimiento establecido y mucho menos se dan los otros supuestos de nulidad de pleno derecho, y tales efectos únicamente podrán dar lugar a la anulabilidad que los recurrentes no instaron en el momento oportuno».

Aunque la sentencia transcrita incurre en una incorrección evidente, al decir que los defectos determinantes de la anulabilidad de un acto no pueden invocarse válidamente en vía contenciosa, si no se hicieron valer ni se alegaron en el trámite de información pública y en el recurso previo a la vía jurisdiccional, puesto que el procedimiento administrativo es absoluta y rigurosamente independiente del recurso jurisdiccional, que no es una casación, sino una primera instancia, en la que por ello «no es inadmisibles aducir todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración», como el propio legislador se ha cuidado expresamente de precisar en el preámbulo de la Ley jurisdiccional, y en el artículo 69, 1, de la misma, la sentencia es sustancialmente correcta al identificar orden público con nulidad de pleno derecho y sólo con ella por las razones más atrás expuestas.

Ambas sentencias, al poner de manifiesto esta correlación, se sitúan, pues, en la línea dogmática más precisa que encuadra la noción de orden público, no ya en el marco de una ambigua clasificación de normas de Derecho público y de Derecho privado, de escasa o nula significación técnica precisa, ni en una igualmente inexacta asimilación del procedimiento administrativo y de los actos que lo integran al proceso y a los actos procesales, ligados por una idea de tracto o interdependencia que en aquél está expresamente excluida, sino en la teoría de las nulidades y en la configuración dogmática de sus categorías fundamentales, una de las cuales, por su propia presencia y naturaleza —la nulidad absoluta o de pleno derecho— trasciende de la esfera del interés individual para afectar a la del interés y orden público, y al no ser susceptible de consentimiento, convalidación o prescripción, justifica su apreciación de oficio por el Juez en cualquier momento, haciendo excepción al principio de justicia rogada con arreglo al cual está articulada también la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta correlación, por lo demás, está claramente evidenciada en la jurisprudencia civil. Así, por ejemplo, la sentencia de 29 de octubre de 1949 afirma, a propósito de una cláusula de prohibición de enajenar más allá del segundo grado en un fideicomiso, que tal cláusula era nula, «sin que obste a su desestimación (del motivo primero de casación) que actores y demandado aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque los Tribunales pueden y deben apreciar *ex officio*, como base de un fallo desestimatorio, la *ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos, conforme a lo estatuido en el artículo 4.º del Código civil, a diferencia de los actos o contratos meramente anulables y susceptibles de confirmación mientras las partes no ejerciten en tiempo hábil y forma procesal la acción de nulidad*», añadiendo a continuación que «*cometido en la sustitución el defecto originario de la nulidad, ni se purifica ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones contrarias a la naturaleza de la propiedad*». En el mismo sentido, la sentencia de 27 de octubre de 1956, que rechaza la alegación de incongruencia precisando que «*si bien la sentencia declara la nulidad absoluta del contrato por infringir el artículo 4.º del Código civil, esta nulidad era precedente declararla de oficio, sin petición concreta, por cuanto se había convenido en los pactos un precio superior al de la tasa oficial marcada para la venta de camiones usados, acto prohibido y contrario a las leyes*». Otro supuesto semejante a éste es el que resuelve la sentencia de 17 de mayo de 1949, en la que se afirma que «*la nulidad debe ser*

apreciada, aun de oficio, por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes» (5).

No tiene interés prolongar aquí la cita de sentencias civiles que desde distintos ángulos —incongruencia, transcurso del plazo de cuatro años, etcétera— recogen la misma doctrina. Lo único que aquí importa es subrayar cómo, sólo en los supuestos de nulidad absoluta, ceden las exigencias de congruencia, rogación, plazo de prescripción, etc., y cómo en estos supuestos es lícita y posible la actuación *ex officio* del Juez, sin que ello atente contra la seguridad jurídica (6), que, por el contrario, es, precisamente, la que justifica aquellas excepciones porque «sería inadmisibles que el Juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, al cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño» (7), y «lo contrario conduciría a que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, pudiera tener apoyo y base fundamental en hechos torpes o constitutivos de delitos, absurdo ético-jurídico inadmisibles» (Sentencia de 29 de marzo de 1932), «casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber del juzgador se resiste, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso» (Sentencia de 28 de marzo de 1963).

Supuesta esta correspondencia entre orden público (actuación *ex officio*) y nulidad absoluta, que en el ordenamiento administrativo resulta también expresamente del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según se ha visto, la averiguación de las cuestiones o vicios de orden público exige un análisis de los supuestos determinantes de esta categoría máxima de invalidez, con el cual quedará completa la indagación iniciada con la doctrina jurisprudencial tomada como punto de partida.

(5) Véase DE CASTRO. *El negocio jurídico. Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, vol. X, I. N. E. J., Madrid, 1967, págs. 476 y 477.

(6) Como cree BOQUERA, *I.a selección de contratistas*, págs. 200 y sigs., aunque a la vista de la jurisprudencia que aquí se combate que atribuye también carácter de orden público a las cuestiones de procedimiento.

(7) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, vol. VIII, ed. 1901, pág. 729, comentario al artículo 1.300, citado por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pág. 477, nota 19.

II

LOS SUPUESTOS DE NULIDAD ABSOLUTA
EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO.1. *El criterio delimitador de los dos tipos básicos de invalidez.*

Naturalmente, el análisis de los supuestos de nulidad absoluta no puede partir sin más de la lista contenida en el Ordenamiento jurídico vigente, porque ello sería tanto como dar por buena esta lista y prescindir de toda perspectiva crítica, en todo caso útil. Por otra parte, aunque las consideraciones decisivas deben obtenerse necesariamente de *lege data*, partiendo de la normativa vigente, para llegar a ellas las de *lege ferenda* son imprescindibles como elementos interpretativos deducidos de las propias instituciones, en cuanto que pueden poner de manifiesto relieves y matices que no se obtienen inmediatamente de una simple exégesis legal. En este sentido parece necesario comenzar refiriéndose en general a los criterios de delimitación entre los dos tipos básicos de invalidez, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

En el ámbito del Derecho común, partiendo de la regla general de la nulidad de los actos contrarios a la Ley establecida en el artículo 4.º del Código civil, la delimitación suele realizarse sobre la base de la eficacia, y así se dice que negocio nulo es aquel cuya ineficacia es intrínseca (8). Este criterio suele utilizarse también en el ámbito del Derecho administrativo, pero debe rechazarse por equívoco, no tanto porque la Ley afirme esa eficacia («los actos administrativos serán válidos y *producirán efecto* desde la fecha en que se dicten»), sino porque tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo y en el ámbito jurídico todo la eficacia material de los actos y negocios jurídicos viene condicionada por las reglas de la posesión. Quien es poseedor puede hacer materialmente eficaz su acto inicialmente y quien no lo es no puede hacerlo.

Problema distinto es el de la ejecutoriedad o ejecución forzosa que la Administración puede imponer en virtud de sus privilegios. En este sentido es nulo, ciertamente, el acto que por su propio contenido y circunstancias es insusceptible de ser ejecutado a pesar del privilegio de la acción de oficio, pero no es menos cierto que la nulidad de pleno derecho no se reduce a estos limitados supuestos y que se admiten tradicional-

(8) DE CASTRO, op. cit. pág. 471.

mente y sin reparo alguno como casos de nulidad radical los de omisión total y absoluta del procedimiento establecido (Orden que nombra catedrático numerario a una persona directamente sin oposición ni concurso previos o catedrático extraordinario a otra sin observar los trámites previstos por la Ley), en los que la ejecución del acto es absolutamente fácil y no plantea problema alguno (el catedrático así nombrado toma posesión, da sus clases, es incluido en nómina y cobra su sueldo).

Por otra parte, tanto en el Derecho administrativo como en el Derecho civil, se admiten pacíficamente supuestos de nulidad de pleno derecho —acto contrario a una Ley prohibitiva, por ejemplo (9)— respecto de actos o negocios que no son intrínsecamente ineficaces o, dicho de otro modo, insusceptibles de producir efectos por sí mismos.

El criterio de la eficacia, que es en muy buena parte un criterio metajurídico, no puede servir como fórmula de delimitación de las dos categorías básicas de invalidez, por las razones apuntadas.

Otro criterio utilizado generalmente es el de los requisitos esenciales, cuya falta determina la nulidad absoluta del acto o negocio. En lo que al Derecho administrativo se refiere, este criterio ha gozado siempre de especial favor en la doctrina italiana (10). Así, por ejemplo, ZANOBINI (11), cuya cita aquí se justifica por la extraordinaria influencia que su tesis ha ejercido sobre el artículo 47 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo, como luego se verá, afirma rotundamente que acto nulo es aquel al que falta un elemento esencial, esto es, del sujeto, del objeto, del contenido, de la voluntad o de la declaración de la misma.

Esta tesis que tiene a su favor la coherencia y que parece, en principio, avalada por las exigencias dogmáticas, no parece, sin embargo, que pueda comprender todos los supuestos posibles de nulidad absoluta desde un punto de vista práctico o, mejor dicho, no parece que pueda acotar todos los supuestos de máxima gravedad, algunos de los cuales quedan inicialmente fuera, por referirse a elementos de los actos a los que dogmáticamente no se reconoce carácter esencial.

El propio ZANOBINI excluye del ámbito de la nulidad absoluta el supuesto de omisión total del procedimiento porque, a su juicio, éste no constituye elemento esencial (12). El excesivo dogmatismo conduce, pues,

(9) Véase DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 473. El criterio de la ley prohibitiva está recogido explícitamente en el vigente Código Civil mejicano de 1956, artículo 8.

(10) Véase, por ejemplo, U. BALDI PAPINI, *L'annulamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze 1956, ristampa dell'edizione de 1939, págs. 28 y sigs. y las referencias que contiene.

(11) *Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, 8.^a ed., 1958, págs. 302 y sigs.

(12) *Idem*; pág. 316.

según este criterio de la esencialidad, a dar distinto tratamiento al caso del otorgamiento de un diploma escolar por un intendente de la Hacienda (13) —acto nulo por emanar de un órgano incompetente— que al supuesto de revocación de oficio de un acto declarativo de derechos —ese mismo diploma otorgado por órgano en este caso competente— realizada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de revocación, supuestos ambos que parecen igualmente graves, porque si en el primer caso se alteran las reglas básicas de la competencia, en el segundo se actúa a través de una vía de hecho.

Por otra parte, la determinación de qué elementos son o no esenciales, tampoco es una cuestión indubitada ni puede decidirse apriorísticamente y de una manera uniforme para todos los casos, ni está exenta por sí misma de toda crítica.

El criterio de la esencialidad procede en última instancia del Derecho civil (14), y en éste tampoco es el único utilizable para determinar los supuestos de nulidad absoluta. Basta pensar, por ejemplo, en el caso de los negocios prohibidos que se califican pacíficamente de nulos, sin que les falte elemento esencial alguno (15).

Todo ello demuestra claramente, y el análisis pormenorizado de la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos en el Derecho civil no haría sino reforzar los argumentos (16), que con uno u otro criterio y con unos u otros matices, más o menos importantes, en función del criterio utilizado, o con varios criterios a la vez, que es, en definitiva, lo que se realiza en todo caso —negocio inexistente por falta de algún elemento esencial y negocio prohibido por haberse llevado a cabo en contra de un mandato o prohibición legal—, lo que se pretende es acotar los supuestos de mayor gravedad para aplicarles la sanción más grave que el Derecho conoce (nulidad radical), reservando para los supuestos que no alcanzan ese grado de gravedad una sanción más leve (nulidad relativa o anulabilidad).

Desde esta perspectiva parece absolutamente irreprochable frente a cualquier dogmatismo rígido, la postura pragmática de FORSTHOFF, quien expresamente afirma que no existen límites conceptuales en el sentido de que pueda establecerse teóricamente y en términos generales las consecuencias y el tipo de irregularidad que cada una (nulidad y anulabilidad)

(13) *Idem*; pág. 307.

(14) Así lo confiesa, en cuanto a su tesis, ZANOBINI, *op. cit.*, pág. 305.

(15) DE CASTRO, *op. cit.*, página 472.

(16) En relación a la nulidad de los actos jurídicos en general en el Derecho privado español, véase, por ejemplo, BORRELL Y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Barcelona, 1947.

implica necesariamente, porque la diferencia es de grado y se basa en puntos de vista de oportunidad (17). Para este autor, aquellas irregularidades graves que imponen por razones de orden público o de interés individual privar de antemano a un acto administrativo de toda eficacia jurídica, conducen a la nulidad y las menos graves a la anulabilidad, y ello en función del distinto grado de intensidad del conflicto con arreglo a la situación valorativa o al estado de los intereses que debe realizar el acto administrativo (18).

Llegados a este punto, parece lícito acudir a los rasgos institucionales configuradores de los dos tipos básicos de invalidez, para completar en lo posible el criterio delimitador de los mismos sobre la base de la gravedad de los vicios que acogen. En este sentido, hay que recordar que la anulabilidad está instituida en beneficio exclusivo del perjudicado inmediatamente por ella, que es el único que puede hacerla valer dentro de un plazo limitado o consentirla, prescindiendo de ejercitar dentro de dicho plazo la acción correspondiente. Durante el plazo de impugnación el acto o negocio anulable vive en un período de pendencia, en el que las exigencias de la seguridad jurídica se subordinan al interés del afectado. Como el vicio que afecta al acto o negocio sólo perjudica al que ha sido parte en la relación, el ordenamiento permite a éste que defienda su derecho denunciando el engaño o el error que dio lugar al perjuicio, entendiéndose que si no lo hace dentro de un cierto plazo es que prescinde del vicio inicialmente existente y acepta voluntariamente el presunto perjuicio que de aquel vicio deriva y que a él sólo afecta. No habiendo perjuicios para terceros, la seguridad jurídica reaparece después del período de pendencia exigiendo en interés de todos la estabilidad de la relación constituida.

En la nulidad radical, en cambio, hay algo que se opone a este juego de los intereses particulares y los intereses generales y la seguridad jurídica. El conflicto planteado excede de algún modo del puro interés de las partes y compromete de alguna manera el orden general o las reglas del juego. El vicio es tal que trasciende de la esfera individual del inmediatamente afectado a quien por ello el ordenamiento le niega la posibilidad de prestar su asentimiento, porque este asentimiento individual no puede comprometer el orden mismo y la seguridad de los demás.

(17) *Tratado...*, citado págs. 314 y 315 y nota 19.

(18) En el mismo sentido G. JEZE, *Principios generales del Derecho Administrativo*, I. La Técnica jurídica del Derecho público francés, Buenos Aires, 1948, págs. 74 y sigs., que insiste especialmente en el tema de la valoración de los intereses. frente a la lógica pura y califica las soluciones de "contingentes, relativas o cambiantes".

Tanto en el Derecho privado como en el Derecho público el criterio de la trascendencia general es, en última instancia, el criterio básico, porque todo el sistema jurídico que conocemos descansa en un principio de libertad de desenvolvimiento de la actividad individual, según el cual los derechos se integran en esferas de disposición de sus titulares, principio que se matiza con el de seguridad jurídica que tiene también sus propias exigencias, en cuanto que el Derecho es orden de convivencia, armonización y punto de coincidencia de intereses diversos. De la conjugación de ambas nociones básicas, resulta la facultad de disponer de los propios derechos libremente, sean éstos los de un funcionario a que se le paguen unos trienios correspondientes a su antigüedad en el servicio o los de un arrendador al percibo de la renta pactada, exigiendo su realización o respecto, cediéndolos o abandonándolos pura y simplemente, en tanto esta actividad de disposición no afecte al orden mismo que la hace posible y no trascienda en sus efectos más allá de la esfera de disposición propia. Un último núcleo defensor del orden y de la seguridad jurídica y garantizador de la libertad de disposición de los demás existen siempre y queda fuera del ámbito de disposición individual. En él no caben transacciones, renunciaciones, consentimientos o abandonos de derechos porque los efectos de la transacción, de la renuncia, del consentimiento y del abandono exceden con mucho del interés particular y afectan a otros intereses y al interés público, también dignos de semejante protección (19).

(19) En este sentido, la idea de orden público es susceptible de generalización sobre la base del artículo 4-2 del Código civil que limita la renunciabilidad de los derechos con arreglo a aquella idea. No se va a entrar aquí, no obstante, en ninguna generalización de este tipo, muy peligrosa como tal generalización y de utilidad dudosa desde una perspectiva general, tal y como se ha hecho por P. BERNARD, *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, París, 1962. Conviene, sin embargo, poner de relieve que en el fondo la noción de orden público es, como ha dicho BURDEAU (*Traité de Sciences Politiques*, tomo I, pág. 141), "el reflejo de la economía general del orden jurídico en vigor en un momento dado" y, como tal, juega el papel de una regla de prioridad social, en expresión de BERNARD, loc. cit., pág. 279. Quiere con ello salirse al paso de la conocida objeción de GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. I, 1950, pág. 384, que recuerda GARRIDO, *Tratado*, vol. I, 1961, pág. 444, según la cual "un sistema de invalidez construido en un Derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados, mal se presta a ser aplicado a un Derecho que encuentra su centro en la dialéctica autoridad-libertad". Esta observación es cierta en cuanto formula una cautela necesaria, pero nada más. La disponibilidad o indisponibilidad de los vicios de los actos juega también en el Derecho Administrativo, igual que en el Derecho Privado, y sobre ambas ideas está montada toda la construcción legal, y mucho más la jurisprudencial, de la convalidación de los vicios, notificaciones defectuosas, anulabilidad en vía de recurso, acto consentido, etc. Si estos criterios, se utilizan con estos fines, igualmente utilizables serán a contrario sensu para acotar los vicios indisponibles, es decir, los determinantes de nulidad de pleno derecho. Con todas las salvedades necesarias, estos criterios son válidos y utilizables, en cuanto que la noción de orden público refleja una regla de prioridad y la economía general del orden jurídico.

Con unas u otras palabras es claro que la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa se delimita a partir de la disponibilidad jurídica del individuo, que es tan amplia como lo permite el orden que la hace posible y que permite también su coexistencia con la disponibilidad de los demás. Determinadas infracciones o determinados vicios de los actos jurídicos pueden consentirse por aquellos a quienes afectan los actos viciados, porque las consecuencias de este consentimiento explícito o implícito sólo a ellos alcanzan. Otras, en cambio, no son susceptibles de ningún consentimiento individual, expreso o presunto, porque de admitirse éste el sistema entero quedaría en cuestión y el orden mismo en que el sistema se apoya se vería subvertido y contradicho. De aceptarse en estos casos el consentimiento o la disponibilidad de un sujeto se habría aceptado un consentimiento inexistente de otros sujetos y un consenso general, también inexistente, contra el sistema mismo.

Con una u otra extensión o intensidad, según los principios informadores de cada Ordenamiento, la delimitación de los supuestos de nulidad absoluta y de nulidad relativa se hace sobre la base de este principio básico de lo individualmente disponible y es, en definitiva, un problema que no puede olvidar la idea directriz de la gravedad y trascendencia de las infracciones que ambos tipos de invalidez están llamados a sancionar. Así ocurre en el ámbito del Derecho privado, contra lo que parece deducirse del tenor literal del artículo 4.º del Código civil, que, según ha precisado la jurisprudencia, «no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya siempre de llevar consigo la nulidad» (Sentencias de 8 de abril de 1958 y 8 de marzo de 1966), que sólo se produce en términos generales cuando se trata de «sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inhumano o socialmente dañoso» (Sentencia de 22 de noviembre de 1963) (20).

Así debe ocurrir también en el ámbito del Derecho administrativo, porque, como ya se hizo notar anteriormente, el principio básico que informa todo el sistema jurídico es el mismo. La única especialidad que este Ordenamiento impone para no entorpecer en exceso la actividad administrativa, habida cuenta de que ésta persigue por definición el interés de todos, afecta al punto de partida consistente en una presunción general favorable a la validez plena de los actos administrativos, pero ello no impide, ni puede evitar que en la determinación de esos supues-

(20) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pág. 473.

tos haya de tenerse presente un criterio delimitador que viene exigido por la propia configuración institucional de las categorías generales de invalidez. En definitiva, el carácter excepcional de la nulidad absoluta no resulta de la aplicación apriorística del principio enunciado, sino de lo que el criterio delimitador a emplear pueda efectivamente acotar en cada caso como trascendente o afectante al orden mismo en que se apoya esta singular rama del Derecho.

2. *Los supuestos legales de nulidad absoluta en el Derecho administrativo español: primer análisis.*

La dificultad de una determinación apriorística de los supuestos de nulidad absoluta que resulta de lo que acaba de exponerse y el hecho de que su delimitación deba hacerse en función de su gravedad y trascendencia con arreglo a la intensidad del conflicto, a la situación valorativa y al estado de intereses que el acto está llamado a realizar, según ha advertido FORSTHOFF, explica por qué los Ordenamientos francés, italiano y alemán (21) se resisten a una codificación de los mismos, cuyo peligro parece evidente desde esta perspectiva, dado el inevitable esquematismo de las fórmulas legales y la posibilidad de que, en cualquier caso, puedan quedar fuera supuestos de gravedad semejantes a los que, eventualmente, se tipifiquen.

En nuestro Derecho el peligro inherente a la codificación se ha arrojado por el legislador de 17 de julio de 1958, al tipificar en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo los supuestos de nulidad absoluta, considerando tales los dictados por órgano manifiestamente incompetente, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delito y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (22). El precepto legal citado se ha repetido en otras normas distintas, como, por ejemplo, en el artículo 64 del vigente Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959 (23) y en el artículo 153 de la Ley General Tributaria.

(21) Véase el Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal alemana, traducido y anotado por NIETO, en el núm. 47 de esta REVISTA, y concretamente el artículo 34, "un acto administrativo es nulo si incurre en un vicio especialmente grave".

(22) Se prescinde aquí, por el momento, del problema de la nulidad de las disposiciones generales que merece por su importancia un estudio separado.

(23) El referido precepto reglamentario repite sustancialmente el contenido del ar-

Un primer examen del referido artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo revela de inmediato que en él se han definido los tipos de nulidad de pleno derecho, acotando los supuestos más graves de los vicios que pueden afectar a los elementos de los actos administrativos. Así, por ejemplo, del vicio de incompetencia se ha acotado la incompetencia *manifiesta* del órgano emisor del acto; respecto al contenido, se han separado los supuestos de imposibilidad y delictuosidad y del procedimiento se han aislado los supuestos de omisión total y absoluta del mismo o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Es evidente, por otra parte, que todos estos supuestos tienen una gravedad extrema que justifica la aplicación a los mismos de la sanción más grave que el Derecho conoce, la nulidad absoluta.

Es, en efecto, inimaginable que pueda concederse una cierta validez a unas conductas tan graves como la de ordenar algo imposible o delictivo o la de cometer un delito o, en fin, la de actuar absolutamente al margen del Derecho, llevando a cabo puras actividades de hecho —*voie de fait par manque de procedure*—, carentes de todo relieve jurídico y susceptibles de ser combatidas, incluso, por la vía interdictal (24). En lo que se refiere a la omisión de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, la gravedad de la misma es igualmente evidente, ya que esta omisión hace inexistente la voluntad del colegio como voluntad propia y distinta de la de sus miembros (25).

En todos estos casos la entidad de las infracciones hace inimaginable la posibilidad de que el Ordenamiento pueda abandonar pura y simple-

título 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero añade la siguiente matización final: "siempre que no aparezcan firmes y consentidos", en cuyo caso desaparece la posibilidad de llevar a cabo la revisión de oficio o a instancia de los interesados de los actos nulos de pleno derecho. Este condicionamiento es rigurosamente inadmisibles por dos razones: en primer lugar, desde un punto de vista formal, porque el Reglamento de procedimiento económico-administrativo es una norma subordinada que no puede alterar bajo pena de nulidad de pleno derecho preceptos de rango legal, como el citado artículo 153 de la Ley General Tributaria. En segundo lugar, por una razón de índole dogmática, es decir, porque es de esencia al concepto mismo de la nulidad de pleno derecho la posibilidad de declarararla en cualquier momento sin que prescriba la acción correspondiente, lo cual impide hablar de firmeza, así como la imposibilidad de que lo que es radicalmente nulo sane o se convalide por el consentimiento. El precepto reglamentario así redactado es nulo de pleno derecho por ambas razones y la limitación comentada debe tenerse por no puesta.

(24) Sobre la vía de hecho, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 100 y sigs.

(25) Sobre los órganos colegiados, véase, por ejemplo, GARCÍA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, 1957, págs. 248 y sigs. En general, la monografía de L. CALATERÍA, *Gli organi collegiali amministrativi*, Giuffrè, 1956 y 1959.

mente a la voluntad de los destinatarios de los actos la posibilidad de que éstos se convaliden, desentendiéndose por completo de algo que por su propio alcance pone en cuestión las bases del propio Ordenamiento.

Ahora bien, aunque esto es cierto, no parece que con ello pueda terminar el análisis del precepto legal. Es posible, inicialmente, pensar que pueden existir otras infracciones u otros vicios de gravedad semejantes a los expresamente configurados en dicho precepto. Al menos la sospecha es lícita desde el momento en que el artículo 47 en cuestión se ha construido sobre los elementos de los actos, pero no sobre todos ellos.

En efecto, el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que «los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido» y que «el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos». En la construcción del artículo 47 se ha omitido, pues toda consideración del fin, elemento de los actos sobre el que se monta la técnica específica de la desviación de poder, vicio determinante de anulabilidad. En realidad, esta falta de atención del fin no parece justificada en nada concreto, puesto que también es posible distinguir en la desviación de poder supuestos de mayor y menor gravedad, según que el fin perseguido sea un fin público, distinto del querido específicamente por la norma aplicable o un fin privado, propio del titular del órgano, que, eventualmente, puede aprovechar su posición en su propio interés y positivamente en contra del interés general. En este caso hay una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por un sujeto privado, que hace querer a la Administración lo que ésta no puede institucionalmente pretender, y ello para su exclusivo beneficio individual. Al menos teóricamente, estos supuestos deben considerarse tan indignos de protección como los expresamente tipificados por el legislador en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento, porque repugna y contraría la más elemental sensibilidad ético-jurídica que actos semejantes puedan convertirse en intocables por el simple transcurso de quince días y que se consoliden como permanentes y garantizadas por el Ordenamiento situaciones tan indignamente constituidas.

Prescindiendo, por el momento, del fin, elemento de los actos no tomado en consideración por el precepto legal que se viene analizando, es preciso notar que tampoco se han tenido en cuenta otros elementos, como, por ejemplo, la causa, que, desde luego, no tiene ciertamente estado legal, pero que, entendida al modo que lo hace GARRIDO FA-

LLA (26), es decir, como denominación y fórmula de encuadre de los presupuestos fácticos de los actos, alude a una problemática de la que en ningún caso puede prescindirse sin más. Aunque más adelante se hará alusión al tema de los presupuestos fácticos y jurídicos de los actos administrativos, a su encuadre dentro de los esquemas legales en vigor y a su virtualidad en orden al problema que aquí nos ocupa, puede decirse ya que, en todo caso, la Administración viene habilitada por la norma para actuar en función de una determinada realidad a la que institucionalmente está obligada a atender, pero que ninguna norma la faculta —ni, por otra parte, podría hacerlo— para modificar la realidad a su capricho en un caso concreto poniendo ruinas o imposibilidades físicas permanentes donde no existen en absoluto. Parece claro también que desde esta perspectiva pueden producirse supuestos de tanta o mayor gravedad que los específicamente contemplados en el precepto que se considera y tan indignos como ellos de toda protección jurídica.

Lo que ocurre, en rigor, es que el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo no ha seguido ningún criterio definido a la hora de tipificar los supuestos determinantes de la nulidad de pleno derecho. Por una parte, las consideraciones anteriores acreditan que no ha tratado de incluir o que, al menos, no ha incluido todos los casos de mayor gravedad. Por otra parte, también parece claro que tampoco ha seguido el criterio dogmático de la esencialidad, puesto que, si bien es notorio el paralelismo de dicho precepto con la construcción de ZANOBINI (27), no lo es menos, como ya se ha hecho notar, que este autor no considera elementos esenciales de los actos la forma o el procedimiento, cuya omisión, aun siendo total y absoluta, no lleva consigo, a su juicio, la nulidad de pleno derecho de los actos (28).

(26) Véase GARRIDO, *Tratado...*, cit., vol. I, 1964, págs. 468 y sigs. Es indudable que constituye una exigencia inesquivable la valoración de los presupuestos fácticos o reales de los actos a la hora de examinar la regularidad de los mismos. El hecho, sin embargo, de que no exista acuerdo doctrinal sobre el significado del término causa en el Derecho Administrativo. (Véase, también, S. MARTÍN RETORTILLO, *El exceso de poder como vicio de los actos administrativos*, en el núm. 23 de esta REVISTA, págs. 160 y sigs. y las referencias allí contenidas), de que dicho término no tenga estado legal en nuestro ordenamiento, al menos en cuanto elemento general de los actos administrativos, y que inevitablemente evoque una compleja problemática civil, que sería en todo caso inoportuna, innecesaria y perturbadora en el ámbito jurídico-administrativo, aconsejan prescindir del mismo, aunque no, por supuesto, de lo que GARRIDO designa con él, que es algo de fundamental importancia. Véase NÚÑEZ LACOS, *La causa en el acto administrativo*, en los *Estudios en homenaje a JORDANA DE POZAS*, vol. I, págs. 65 y sigs.

(27) *Curso*, cit. págs. 302 y sigs.

(28) *Idem*; pág. 316. En este punto el artículo 47 recoge fielmente la tesis de GARRIDO FALLA, como este mismo autor ha advertido (*Tratado*, loc. cit.), tesis mantenida

Sobre esta base no parece aventurado poner en entredicho la bondad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, precepto que, al menos, en su tenor literal, no alcanza a comprender todos los supuestos imaginables de actos que, por la entidad de sus vicios, no merecen la protección del Ordenamiento jurídico. El precepto en cuestión adolece de un excesivo esquematismo que, como veremos más adelante, no ha sido suplido por la jurisprudencia, excesivamente apegada a una interpretación limitativa y apriorísticamente restrictiva, basada en argumentos vulgares, huérfanos de rigor técnico y carentes de sentido institucional.

Esta sospecha parece haber prendido también en las más recientes disposiciones, que ponen en cuestión la capacidad de la fórmula legal para comprender todos los supuestos de nulidad absoluta, pese a la evidente vocación de generalidad con que la misma está concebida.

En este sentido, el Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 es enormemente significativo, puesto que al referirse en su artículo 41 a los casos de nulidad de pleno derecho de los actos preparatorios del contrato y del acto de adjudicación, comienza remitiéndose en bloque al artículo 47 de la Ley de Procedimiento, pero *no conforme con ello, añade* dos nuevos tipos, concretamente «las adjudicaciones realizadas en favor de empresarios que se encuentren incurso en alguna de las prohibiciones e incompatibilidades señaladas en el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado» y «las adjudicaciones de contratos que carezcan de consignación presupuestaria o extrapresupuestaria legalmente aprobada». De este modo el Reglamento General de Contratación vigente ha precisado el carácter absoluto de la nulidad que sin más matices ni adjetivos preveían los artículos 39 y 48 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y que, por su parte, prevén en el ámbito de la contratación local en términos semejantes los artículos 6.º y 25 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

En el propio ámbito de la contratación local puede encontrarse también otro supuesto de nulidad de pleno derecho que no encaja sin más en los tipos generales definidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y que conviene citar aquí a los efectos de poner de manifiesto la insuficiencia o, si se quiere, el excesivo esquematismo de aquéllos. Se trata del artículo 21-5 del Reglamento de 9 de enero de 1953, según el

por él con anterioridad en *Los motivos de impugnación de los actos administrativos*, en el núm. 17 de la "Revista de Administración Pública", págs. 11 y sigs. y en *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

cual «será nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición que permita a cualquier licitador alterar las circunstancias de su oferta, una vez conocidas las de los demás concurrentes o a un tercero subrogarse en los derechos del adjudicatario, salvo las excepciones concretamente señaladas». Aunque el precepto transcrito emplea el término «nula» sin más matices, no creo que puedan suscitarse serias dudas de que se trata de un caso de nulidad absoluta, puesto que es evidente que se está eludiendo con estas fórmulas prohibidas lo que es la esencia misma de la subasta, desnaturalizándola e indiferenciándola de los demás procedimientos de contratación, lo que equivale a prescindir total y absolutamente de ese procedimiento específico en fraude evidente de la Ley. El artículo 18 del propio Reglamento obliga a observar dos principios que califican de fundamentales y que lo son sin duda, en cuanto que constituyen el soporte básico de los procedimientos tasados de selección de contratistas: el de publicidad de la licitación y el de secreto de las proposiciones, que en ese caso concreto resultan totalmente subvertidos. No se trata, pues, de un simple vicio susceptible de ser convalidado por el consentimiento del afectado, consentimiento que, por otra parte, difícilmente podría aceptarse sin repugnancia tratándose generalmente de contratistas profesionales que tienen relaciones prácticamente permanentes con la Administración, sino de un vicio de gravísima trascendencia en cuanto que pone en cuestión el sistema entero. Así lo ha entendido, por lo demás, la sentencia de 28 de febrero de 1962 (29), y así resulta también del propio artículo 24-3 del Reglamento citado, según el cual la falta de impugnación previa del pliego no implica consentimiento del vicio ni impide su denuncia posterior.

A los mismos efectos antes indicados y sin ánimo de referir todos los supuestos específicos de nulidad de pleno derecho desperdigados a lo largo de nuestro Ordenamiento positivo, interesa citar aquí otro caso concreto la nulidad absoluta que, en principio, parece quedar fuera de la redacción literal del artículo 47 de la Ley de Procedimiento y que se recoge en el artículo 103 del Reglamento General para el Régimen de la

(29) Dice así esta sentencia: «El artículo 21 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales establece claramente que es nula toda fórmula que permita a cualquier licitador alterar las circunstancias de su oferta, una vez conocidas las de los demás concurrentes... y con ese sistema de las dos ofertas de la Sociedad Jacinto G., se van contra esos preceptos y contra la esencia de lo que constituye la subasta, pues, con el mismo se puede burlar el derecho de los terceros concurrentes a la misma, estándose, por consiguiente, en uno de los casos de nulidad de pleno derecho por violación de las normas que contienen las reglas esenciales para la consecución del fin de la contratación por subasta».

Minería. Dice así este precepto: «Si por desconocerse la existencia de otros anteriores llegaran a otorgarse permisos de investigación o concesiones de explotación sobre el mismo terreno, *se declararán éstos nulos y sin valor alguno en la parte superpuesta*».

Este precepto y sus concordantes configuran un caso singular de revisión de oficio —expediente de rectificación lo llama el Reglamento— que no está sometido a ningún límite temporal. Ahora bien, aunque el supuesto no se contempla de frente, sino desde el ángulo, retrospectivo de la revocación, no por ello es menos claro que el acto de otorgamiento de un permiso de investigación o de una concesión minera en una zona ya concedida, es un acto nulo de pleno derecho, porque es presupuesto de uno y otro la existencia de terreno franco y porque hay una prohibición legal explícita de otorgar permisos o concesiones en terrenos que no son tales por estar ya concedidos o reservados. De que se trata de un caso de nulidad de pleno derecho no puede dudarse por estas razones, y así lo tiene declarado de antiguo la jurisprudencia (30). Lo que ya no está tan claro es que tal supuesto pueda incluirse directamente dentro de los tipos literales del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al menos según la interpretación que usualmente se hace del más próximo de ellos —contenido imposible—, puesto que la imposibilidad no es ni tiene por qué ser física en este caso, sino simplemente legal.

Otro supuesto de nulidad de pleno derecho lo ofrece el artículo 46 de la Ley del Suelo, según el cual «serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren, salvo que lo fueren para edificios monumentales o singulares». Aunque el precepto no añade a la

(30) La vieja sentencia de 28 de febrero de 1903 (Diccionario de la Administración de Alcubilla, tomo XI, pág. 387) se enfrentó con un supuesto de esta clase, relativo a una concesión otorgada en 1868, que sólo en 1899 se descubre que estaba superpuesta a otra anterior, caso no infrecuente dado que el Decreto-Ley de la Gloriosa no imponía a los concesionarios de minas la obligación de explotarlas. La sentencia dice así:

“Considerando que... cuantas concesiones se hagan contra tan expresas y concluyentes prescripciones legales, *son nulas* y, por consiguiente, no transfieren al concesionario derecho alguno, por la violación de Ley en que descansan y porque la Administración, *procediendo con error ha otorgado lo que no estaba facultada para otorgar*”.

“Considerando que *no obsta* para que en estos casos pueda decretarse la nulidad de la concesión *el tiempo transcurrido* en su disfrute... *porque los vicios de origen no los convalida el tiempo*”.

Prescindiendo de otros matices, la sentencia es absolutamente correcta, porque, como razona muy bien, se trata de un supuesto de nulidad radical e insanable. Por ello no resulta acertada la apostilla que en nota añade el autor del Diccionario a quien “no parece muy justificada esta conclusión ante el artículo 1.301, en relación con el 16 del Código civil, que asigna la duración de cuatro años a las acciones de nulidad”.

nulidad el calificativo de absoluta, parece indiscutible que se trata de una nulidad de esta clase, en cuanto que se trata de una derogación singular de unas normas para las que la Administración carece de potestad (31), de una derogación que afecta, además, al orden urbanístico que el plan crea y que la Ley pretende defender a toda costa, puesto que el planeamiento es el eje y la pieza clave de todo el régimen urbanístico. Por lo demás, esta calificación de nulidad de pleno derecho resulta de la propia jurisprudencia (Sentencia de 31 de octubre de 1966).

El propio Ordenamiento urbanístico proporciona otro ejemplo de nulidad de pleno derecho, así calificado expresamente, además, de forma que no queda lugar a duda alguna. Se trata del artículo 2.º de la Ley llamada de Zonas Verdes, de 2 de diciembre de 1963, que taxativamente establece que serán nulos de pleno derecho los actos enumerados en el artículo 165 de la Ley del Suelo que supongan modificación que tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el plan, sin cumplir los requisitos especialmente rigurosos prevenidos en el artículo 12 de la Ley de 2 de diciembre de 1963. En este caso, como en el anterior, se trata de una norma de enérgica defensa del planeamiento, cuya infracción, por las mismas razones ya expuestas, determina la aplicación de la sanción más grave, la nulidad absoluta, aunque, dadas las circunstancias de cada caso, no se produzcan los actos rigurosamente prohibidos por órgano manifiestamente incompetente o no se omita de forma total y absoluta el procedimiento establecido.

Los dos últimos casos examinados son en extremo reveladores de que la sanción de nulidad de pleno derecho se aplica siempre que se esté en presencia de infracciones tan graves y trascendentes que afecten a lo que en cada caso el Ordenamiento considera merecedor de una defensa enérgica, en cuanto configurador de un orden básico, cuya alteración no puede consentirse sin grave quebranto.

Las consideraciones que anteceden hacen pensar, en fin, si la pervivencia en el tiempo de la doctrina de los vicios de orden público, a pesar de la sustancial variación del marco normativo que en muchos casos no ha podido escapar al juzgador por más tónica y rutinariamente

(31) Como es sabido el artículo 46 de la Ley del Suelo no es sino una concreción del artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que consagra el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, cuyo fundamento no es otro que la inexistencia de potestad de la Administración para llevarla a efecto. (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA). La falta de potestad abre en este caso un supuesto general de nulidad de pleno derecho, como se verá luego.

que se venga aplicando, no apunta de alguna manera a la existencia de una inconsciente intuición de la estrechez o del excesivo esquematismo de la configuración legal de los supuestos de nulidad absoluta, que sólo a través de ella se podrían salvar en cierta medida, como único medio de evitar las *demasías*, *abusos* y *desafueros* de la Administración en los términos de la expresión clásica en otro momento expuesta (32).

La insatisfacción que del análisis del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo se desprende inevitablemente, se acrecienta de forma considerable, por otra parte, a la vista de la interpretación jurisprudencial del mismo, que no sólo no ha remediado los inconvenientes del esquematismo de aquél, sino que, sin duda alguna, ha contribuido a aumentarlos, como a continuación podrá comprobarse.

3. *La interpretación jurisprudencial de los supuestos legales de nulidad absoluta.*

Inicialmente no parece aventurado afirmar que el carácter restrictivo de la interpretación del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo que tradicionalmente se predica como consecuencia de la configuración excepcional de la nulidad radical en el Derecho Administrativo, parece cerrar el paso a posibles interpretaciones institucionales y acantona la interpretación usual en un ámbito excesivamente rutinario y vulgar, carente de rigor técnico, que impide obtener de los tipos legales todo el contenido que institucionalmente les es propio. De este tipo viene siendo la interpretación de nuestro Tribunal Supremo, como a continuación veremos.

A) *La incompetencia manifiesta.*

Así, por ejemplo, en lo que al primer tipo legal de nulidad se refiere —incompetencia manifiesta del órgano—, el centro de atención se pone en el calificativo *manifiesta* (o en el abverbio *manifiestamente*), que es la expresión legal, identificándolos con los términos de *notoriedad*, *claridad* y *evidencia*, *clarividencia*, *irremediable* y *palmaria*, para cuya determinación —dice la sentencia de 2 de julio de 1964—, «no se puede acudir a un criterio general sistemático, sino que es preciso examinar en concreto la declaración normativa de competencia, la actua-

(32) La observación sobre la intuición latente en la doctrina jurisprudencial tradicional del orden público la formula GARCÍA DE ENTERRÍA. *Apuntes de Derecho Administrativo*, 1.º, tomo II, Madrid, 1966-1967, edición multicopiada, lección XVI.

ción del órgano y el conjunto de derechos e intereses legítimos afectados».

El criterio interpretativo apuntado se extrae inmediatamente del diccionario de la Academia de la Lengua, que identifica el término *manifiesto* con los de *descubierto*, *patente* y *claro*. Por lo demás, su procedencia legal hay que referirla a supuestos que configuran facultades u obligaciones de carácter excepcional —suspensión de actos de las Corporaciones Locales, obligación de advertir la ilegalidad por los Secretarios e Interventores, revocación de oficio de actos declarativos de derechos (33)—, en los cuales el matiz que introduce el término *manifiesta*, en su versión primaria de ostensibilidad de la infracción, puede jugar con las debidas cautelas, un cierto papel de límite de potestades de utilización excepcional y de correlativa garantía de los sujetos llamados a soportar las consecuencias negativas del ejercicio de aquéllas. Todos estos supuestos ofrecen, pues, perfiles propios y en todos ellos, incluso, el criterio puro y simple de la ostensibilidad de la infracción es objeto de repudio general por su vaguedad y ausencia de tecnicismo.

A estos efectos, tiene interés transcribir aquí parcialmente el texto del Dictamen de 9 de julio de 1960 (Consejo de Estado, expediente 26.012):

«En la atribución de competencia entran dos elementos: de una parte, la declaración de competencia es siempre efecto de una declaración normativa y, en consecuencia, el ejercicio de la atribución en defecto de dicha declaración implica una acción administrativa de facto no respaldable por el Ordenamiento jurídico o una usurpación de funciones; en cualquiera de los dos casos se está en presencia de una actuación por órgano manifiestamente incompetente. Por otro lado, la incompetencia puede resultar del hecho de que, aun existiendo una declaración normativa que atribuya competencia a órgano determinado y, actuando éste sobre dicha base legal, resulte ésta insuficiente por deficiencia de rango o por cualquier otro vicio intrínseco de nulidad. La cuestión de si en este último supuesto se está o no en presencia de una actua-

(33) Véase CLAVERO ARÉVALO, *La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos*, en el núm. 102 de la "Revista de Estudios de la Vida Local", págs. 832 y sigs. También, BOQUERA OLIVER, *La facultad gubernativa de suspensión e impugnación de acuerdos locales manifiestamente ilegales*, en el núm. 36 de esta REVISTA, págs. 109 y sigs. Sobre la "infracción manifiesta de la Ley", dentro del tema de la revisión de oficio de los actos administrativos, véase L LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, en el núm. 34 de esta REVISTA, págs. 92 y sigs.

ción por órgano competente no es cuestión que, en opinión del Consejo de Estado, pueda resolverse con arreglo a un criterio general sistemático, sino que exige el examen concreto de la colisión de normas, de la actuación del órgano y del *conjunto de los derechos e intereses legítimos afectados por la resolución* que se trata de declarar nula. No ha de olvidarse que existe un interés general de la Administración en orden a que la competencia sea ejercitada con arreglo a la distribución prevista en el Ordenamiento administrativo, existen otros intereses no menos respetables, como lo son el del buen régimen funcional de la Administración y también el interés público de los administrados que, lógicamente, tienen que remover la actuación de la Administración y la declaración de derechos por actos administrativos, de acuerdo con la validez externa que presenta una norma que atribuye competencia, sin que sea posible exigirles el que estimen la validez absoluta de la misma.»

Un segundo criterio, empleado usualmente en la doctrina y la jurisprudencia, de más contenido y consistencia es el de la distinción de la incompetencia administrativa (interorgánica), en relación a sus distintas clases: por razón de la materia, por razón del territorio y por razón del grado o de la jerarquía. Este criterio es explícito en la propia Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo artículo 53 permite la convalidación del vicio de incompetencia «por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado», con lo cual separa la incompetencia jerárquica, sancionable con simple nulidad relativa, de la incompetencia *ratio materiae* y *ratione loci*, no susceptibles de convalidación y, por tanto, determinantes de la nulidad absoluta.

En lo que a la incompetencia manifiesta se refiere, aún son necesarias ciertas precisiones. En primer lugar, las tres clases de incompetencia a que se alude se suelen referir a la distribución de competencias en el seno de la Administración, que es uno de los tres supuestos generales de incompetencia en sentido amplio, junto con la usurpación de funciones administrativas por una persona privada y la usurpación de funciones no administrativas por autoridades administrativas, que tradicionalmente se distinguen en el Derecho francés a propósito del exceso de poder.

Un análisis pormenorizado de estas tres categorías generales de incompetencia falta en el Derecho español y, especialmente, en la jurisprudencia, mucho menos rica en matices, en la medida en que la uti-

lización de la doctrina tradicional del orden público los hacía innecesarios. Esta doctrina, no obstante, aporta tradicionalmente, como se ha visto ya, un abundante repertorio de sentencias, que constituyen su contenido más típico y exacto, al declarar la nulidad radical como cuestión de orden público de los actos administrativos relativos a materias no administrativas, es decir, civiles, laborales, etc. La valoración de estos supuestos no ofrece dificultad en base a esta doctrina tradicional, que se sigue manejando con plena seguridad. Así, recientemente, la sentencia de 27 de enero de 1967, producida en el recurso interpuesto por «Altos Hornos de Vizcaya, S. A.», contra resoluciones de la Dirección General de Ordenación del Trabajo y de la Delegación de Trabajo de Vizcaya, que estimaron la reclamación de un empleado por diferencias de salarios (Ponente, BECERRIL y ANTÓN MIRALLES) constata en primer término que este tipo de cuestiones

«están normativa y claramente atribuidas en este caso concreto a las instituciones competentes como únicas, para conocer de los conflictos individuales que se planteen entre los distintos 'elementos de la producción', según frase textual del artículo 1.º de la Ley Orgánica de las Magistraturas del Trabajo»,

y a continuación rechaza la excepción de inadmisibilidad por incompetencia de la jurisdicción propuesta por el Abogado del Estado, con arreglo a la técnica usual, esto es,

«Considerando que ante todo constituyen distinta entidad procesal para el conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa de un lado la falta o carencia de jurisdicción para conocer de un asunto por razón de la materia y de otro el conocimiento por esa misma jurisdicción de la carencia de competencia por parte de la Administración y de que a ésta le estaba vedada, en la materia que fuere, precisamente por figurar legalmente atribuida a otras esferas de la actividad del Estado»,

para terminar diciendo

«Que consecuencia de cuanto queda expuesto ha de estimarse como contrario a Derecho el acto administrativo recurrido, como extraño a la actividad de ésta y a sus facultades y, por tanto, al orden público en cuanto aparece perturbado por el conocimiento de la

materia no atribuida y reservada a otras esferas y órganos del Estado» (34).

El panorama jurisprudencial relativo a la incompetencia, aun tan sumariamente expuesto, queda así completo. Por una parte, se reduce en términos generales a un simple juego de equivalencias terminológicas, de ningún valor técnico-jurídico, en el que sin salir del plano de la distribución interorgánica, el último y más modesto estadio del complejo y fundamental proceso de habilitación y distribución de potes-

(34) El reparto de competencias entre la Administración y la jurisdicción laboral en este ámbito de materias no aparece deslindado en la normativa aplicable con la claridad necesaria. Ello ha dado lugar tradicionalmente a la existencia de una duplicidad de vías, la administrativa y, en su caso, la *contencioso-administrativa*, y la *judicial laboral* ante las Magistraturas de Trabajo, cuya utilización quedaba al arbitrio de los reclamantes. No era, pues, infrecuente que éstos se dirigieran inicialmente a las Delegaciones de Trabajo, quienes emitían la correspondiente resolución, que abría la vía contenciosa, mientras que, al mismo tiempo, el perjudicado por la resolución administrativa montaba el pleito laboral, cuya más rápida tramitación podía dar lugar a una decisión judicial con anterioridad a la sentencia contencioso-administrativa. Los inconvenientes de este estado de cosas no es necesario ponderarlos. Pues bien, recientemente la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha puesto fin a la confusión en una serie de sentencias, entre ellas las de 15 y 25 de junio y la de 22 de octubre de 1968. Dichas sentencias se enfrentan con un supuesto de reclamación relativo a aportaciones al fondo del plus familiar y declaran la incompetencia de la Administración y la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las mismas. La importantísima doctrina que en ellas se establece puede resumirse así, siguiendo a la sentencia de 25 de junio de 1968 (Ponente, CRUZ CUENCA):

“... que el artículo 1 del texto refundido de 21 de abril de 1966 atribuye competencia residual objetiva a la Jurisdicción Laboral con exclusión de la administrativa, cuya *intervención exige siempre concreta determinación de atribuciones*, de acuerdo con la doctrina expuesta por la Sala 6.^a de este Tribunal... cuando se trate de conflictos individuales derivados del incumplimiento de un Convenio Colectivo, puesto que la intervención encomendada a la Administración en el artículo 26 del Reglamento de 22 de julio de 1958 no limita la actividad jurisdiccional de los Tribunales... sin someterse a los criterios interpretativos expuestos por la Administración activa, *debiendo anularse por falta de competencia de ésta los actos mediante los que decida extrajudicialmente, lo que constituye materia propia y exclusiva de un pleito laboral, siempre que no se atribuyese de forma específica y concreta al conocimiento de sus órganos...*”

“Que la incompetencia de la Administración para prejuzgar cuestiones que deban plantearse ante la Jurisdicción Laboral *no supone tampoco que, tanto la Administración como la Jurisdicción revisora deban abstenerse de resolver incidental o prejudicialmente las cuestiones laborales íntimamente relacionadas con las aplicaciones de sanciones por incumplimiento de las obligaciones empresariales*, cuya impugnación administrativa o contenciosa obliga a decidir con los limitados efectos a que se refiere el artículo 4 de la Ley Jurisdiccional, declaración que no surte efectos fuera del proceso en que se pronuncia”.

En materia laboral, pues, según la doctrina expuesta la competencia de la Administración y de la Jurisdicción Contenciosa es una competencia de atribución que requiere texto expreso y concreto, sin perjuicio de poder decidir con carácter prejudicial las cuestiones relacionadas con las sanciones que, eventualmente, pueda imponerse.

tades, toda la tarea se limita a un intento de identificación del calificativo «manifiesta» con sus semejantes «notoria», «evidente», «clara», «irremediable», «palmaria» y «grave», con el único auxilio de la distinción de las tres clases o tipos básicos de la competencia: funcional, territorial y jerárquica. Por otro, en el supuesto de actos administrativos sobre materias no administrativas, se limita a utilizar la doctrina tradicional del orden público desde una perspectiva procesal. En ningún caso se lleva la indagación más allá de los límites de los preceptos concretos que definen la competencia de los órganos administrativos concretos, esto es, al problema previo del ámbito de aplicación de la Ley o del Reglamento en que dichos preceptos se contienen y que es, naturalmente, una cuestión previa y un verdadero presupuesto de la distribución interorgánica concreta de competencias que en este Reglamento o en esa Ley se establezca. Esta perspectiva, enormemente sugestiva y llena de sentido institucional, se utiliza con indudables frutos, como veremos, en el Derecho francés, a partir de la idea y de la profunda convicción del carácter fundamental y básico de la incompetencia, como origen de todos los posibles vicios de los actos, tomando en consideración todo el proceso de la habilitación y apoderamiento de la Administración desde el origen primero del mismo —la norma habilitante— hasta el último estadio de la distribución interorgánica.

B) *La omisión total y absoluta del procedimiento.*

Es aquí, naturalmente, donde la doctrina jurisprudencial resulta menos matizada, a consecuencia de la calificación tradicional de las cuestiones procedimentales como de orden público, que envuelve el problema en un contorno denso y difícil de superar. Insistir en ello, tras cuanto queda expuesto, resulta ocioso. Conviene, sin embargo, precisar que las concreciones de los términos del tipo legal se producen, normalmente, a partir de alegaciones imprecisas y carentes de rigor técnico de nulidad de pleno derecho de los actos impugnados, que los recurrentes utilizan con toda frecuencia sin ningún propósito concreto —superar, por ejemplo, en base al carácter de orden público de la nulidad absoluta un problema relativo a la extemporaneidad del recurso—, como simple recurso dialéctico destinado a proporcionar un mayor énfasis a sus alegaciones. Cuando esto ocurre es cuando suelen aportarse matices al tomar conciencia de algo, por lo demás obvio, como es la diferencia existente entre el contenido de los artículos 47-1 c) y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el primero de los cuales define un su-

puesto de nulidad absoluta, esto es, una cuestión de orden público que justifica por su propia naturaleza la excepción al principio de disponibilidad, mientras que el segundo se limita a enunciar un simple defecto de los actos que, sólo en ciertos casos muy limitados, puede servir de base a una nulidad relativa, declarable por el juez sólo en virtud de rogación de parte y dentro del margen definido, precisamente, por aquellos principios básicos.

Pues bien, dentro de esta línea son muy expresivas las sentencias de 27 de diciembre de 1962, 5 de noviembre de 1964 y 7 de marzo de 1963. Esta última dice así:

«En la interpretación y aplicación del inciso c) de dicho precepto, la sentencia apelada soslaya la esencial significación que en la redacción de la norma que nos ocupa tienen las palabras 'total y absolutamente' referidas al hecho de prescindir del procedimiento legalmente establecido; expresión en cuyo matiz pleonástico no puede menos de verse claramente la finalidad de acentuar con energía la *mens legis* de que, en razón al procedimiento, sólo podrá estimarse acto administrativo nulo de pleno derecho el que haya prescindido total y absolutamente de las normas procesales para su confección o emisión.»

Por su parte, la sentencia de 5 de noviembre de 1964, añade que

«sólo consiente la invalidez plena del acto cuando concurra la carencia *entera y completa* de los trámites procesales señalados para su producción, con lo que tampoco basta a la configuración de la Ley cualquier defecto u omisión parciales de lo normado».

En estos términos, por lo demás exactos, es evidente que la virtualidad del tipo no se reduce, pura y simplemente, a los casos en que un órgano administrativo toma las decisiones que están dentro de su competencia específica, prescindiendo sin más de todo trámite formal. Esto, que puede producirse desde luego, no suele ocurrir, sin embargo, y si a ello se redujera la funcionalidad del tipo, sería tanto como si éste no existiera. Lo normal es que la omisión total y absoluta del procedimiento establecido por la Ley para cada caso se produzca por un defecto de calificación previa, esto es, porque el órgano actuante está contemplando un caso distinto. Así, por ejemplo, cuando se contrata por concierto directo y lo que procede legalmente es una subasta, o cuando se permuta

sin más un bien de propios (35), o cuando se modifica de oficio un acto anterior por otro de contrario imperio, por no considerarlo declarativo de derechos (36), o cuando se convoca a concurso una vacante que procede de sacar a oposición, etc. En todos estos casos, si bien la Administración se ha ajustado a un procedimiento legalmente establecido y ha observado sus trámites, hay un defecto de calificación previa que desvía la actuación administrativa del iter procedimental realmente aplicable, que, de este modo, queda así total y absolutamente omitido.

Esta perspectiva nos sitúa de nuevo en la necesidad de penetrar a través del tipo legal y de llevar la interpretación más allá de la pura exégesis elemental de sus términos que, si, en efecto, es necesaria, es también notoriamente insuficiente, hasta encontrar su función última, esto es, a realizar esa determinación previa del ámbito de aplicación de la norma, de la que es resultado la calificación previa necesaria para situar la infracción en sus justos límites.

Lo que la jurisprudencia realiza sin dificultad, en relación al tipo definido en el artículo 47, 1, c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin plantearse problema alguno, es, igualmente, realizable respecto de los demás tipos legales, y, sustancialmente, como en su momento se verá, respecto del tipo básico de la incompetencia manifiesta.

C) *Los restantes supuestos.*

La imposibilidad o delictuosidad del contenido de los actos carece de desarrollo jurisprudencial. En lo que a la imposibilidad se refiere, porque, sin duda, no es fácil que ésta se produzca, al menos con los caracte-

(35) Es el caso que contempla la *sentencia de 18 de febrero de 1964*. Véase artículos 94 y sigs. del Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales.

(36) Este supuesto es muy frecuente y se ha producido en todos los recursos promovidos por funcionarios inicialmente interinos en reclamación de los trienios correspondientes al período de interinidad que de algún modo les fue reconocido con anterioridad a las nuevas leyes reguladoras de la función pública de 7 de febrero de 1964 y 4 de mayo de 1965 (sentencias de 29 de noviembre de 1966; 11 de febrero, 27 de abril y 24 de octubre de 1967; 25 y 26 de enero, 23 de febrero, 25 de marzo y 20 de junio de 1968). También es el caso de las reclamaciones de trienios promovidos por funcionarios que en su día fueron objeto de separación en virtud de depuración por responsabilidades políticas y más tarde reingresaron, al revisarse su expediente y dejarse sin efecto las sanciones impuestas, siendo colocados en el lugar del Escalafón en que les hubiera correspondido estar, de no haber sido separados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto de 22 de abril de 1940 (sentencias, entre otras, de 14 de noviembre de 1966; 17 y 22 de febrero de 1967, comentadas por A. ESTEBAN DRAKE, en el núm. 53 de esta REVISTA, *Los trienios de los funcionarios depurados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, págs. 315 y sigs. y, posteriormente, las de 27 de abril, 23 de junio de 1967; 2 de enero y 26 de febrero de 1968).

teres de originaria y física que de ella se predicen por falta de substrato personal, material o jurídico (37). Por otra parte, porque, precisamente, la imposibilidad del contenido lleva consigo, normalmente, la ineficacia práctica del acto, lo que excluye la posibilidad de que se susciten recursos contra el mismo que hagan posible un pronunciamiento del Juez.

La delictuosidad tampoco se plantea, aunque por razones distintas. Bien se entienda que el tipo legal incluye sólo los actos que en sí son ya delito (38), o bien se estime que entran en el tipo los actos que, sin ser delito en sí mismos, están impuestos mediante un acto delictual (39); lo cierto es que la calificación jurídico-administrativa tiene como presupuesto la penal, puesto que la prejudicialidad penal está excluida del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (40).

La viabilidad de la apreciación de este tipo de nulidad sólo sería posible a través de la vía del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo o del recurso de revisión previsto en el artículo 227 de la misma Ley. En cualquier caso, no es fácil que se produzcan pronunciamientos jurisprudenciales en este caso, en tanto no se modifique de alguna manera la técnica procesal aplicable (41).

En materia de infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, sí existe jurisprudencia, aunque ésta es escasamente matizada y adolece de los mismos defectos que, en general, se aprecian en el tratamiento general de los vicios de forma y de la misma falta de precisión a la hora de distinguir entre nulidad absoluta y simple anulabilidad. En esta línea se inscriben las

(37) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit. pág. 324, nota 20 y referencias que recoge. Merece notarse la observación de GARRIDO sobre la "imposibilidad lógica" como supuesto de nulidad absoluta, aunque tal figura no haya sido desarrollada. Véase, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*, Sevilla, 1961, páginas 60 y 61.

(38) Esta parece ser la opinión de GARRIDO, *Tratado...*, vol. I, cit. pág. 464.

(39) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes...*, loc. cit. FORSTHOFF (*Tratado...*, pág. 339), va más allá del orden penal y entiende como jurídicamente imposible y, por tanto, radicalmente nulo, todo aquello que es desaprobado por el orden jurídico. La anti-juricidad—dice—implica de suya la nulidad. La tesis, así formulada, es excesiva indudablemente y, por supuesto, no entra dentro de nuestra fórmula legal. Sin embargo, los ejemplos que pone este autor difícilmente podrán rechazarse como casos de nulidad absoluta (acuerdo que obliga a contraer matrimonio o a aceptar una determinada confesión religiosa, actos que otorgan la concesión de un burdel o que legalizan la rufianería). Su gravedad e indignidad de protección jurídica es evidente. Sobre todo ello se volverá más adelante, sin embargo.

(40) Artículo 4 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa. Véase, también, nota 47.

(41) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, cit. pág. 325.

numerosas sentencias relativas a defectos de composición del Jurado de Expropiación antes comentadas y de las que son ejemplo las de 16 de diciembre de 1961, 2 de diciembre de 1962, 24 de noviembre de 1966 y 13 de febrero de 1967, entre otras (42).

4. *La necesidad de reconstrucción de la nulidad de pleno derecho.*

La aportación jurisprudencial, en materia de nulidad absoluta de los actos administrativos, es, por tanto, muy escasa, y ello fundamentalmente, porque hasta ahora la doctrina tradicional del orden público y la atribución genérica de esta calificación, a todos los defectos que afectan a la competencia y al procedimiento, privaba de significado específico a esta categoría máxima de invalidez. No existen en la jurisprudencia prácticamente interpretaciones institucionales hasta ahora no necesarias por esas razones, de los tipos legales de nulidad absoluta ni penetraciones a través de los mismos, con la idea directriz de acotar los supuestos más graves y trascendentes de los vicios de los actos que no otra cosa puede ser la nulidad de pleno derecho como categoría de invalidez propia y distinta de la simple anulabilidad.

Pues bien, si se entiende, como se viene haciendo aquí, que no hay otros vicios de orden público que los de nulidad absoluta, puesto que los defectos formales no pueden alcanzar nunca dicho carácter, dada la instrumentalidad de las formas que institucionalmente les es propia y su subordinación esencial a la decisión de fondo; si se estima, como procede, que la calificación de orden público supone la posibilidad de valoración de oficio por el Juez, con excepción al principio de justicia rogada y la licitud del planteamiento de las cuestiones de esta clase por cualquier interesado (con excepción o, al menos, dulcificación de las reglas de legitimación) (43), en cualquier momento (excepcionando así las reglas de-

(42) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, cit., pág. 375 y referencias en notas 59 y 60. Véase, también, GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación...*, cit. págs. 266 y sigs. y nota 129. El supuesto contemplado en el artículo 297 de la Ley de Régimen Local y el contenido en 303 del mismo texto, que cita este último autor, están hoy subsumidos en el tipo general del artículo 47-1-c) de la Ley de Procedimiento Administrativo y sirven indudablemente para interpretarlo en sus justos términos.

(43) La legitimación para pedir la declaración de nulidad de los actos nulos de pleno derecho es más amplia en el Derecho Privado que la necesaria con carácter general y alcanza a cualquier interesado o perjudicado por el acto nulo (véase CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pág. 479). No obstante, como esta legitimación ampliada es la regla en el Derecho Administrativo, tiene razón, en principio, GARRIDO FALLA cuando advierte que la distinción entre nulidad absoluta y anulabilidad, carece de trascendencia en este campo a los efectos de determinar quiénes pueden utilizar la acción de nulidad. (*Tra-*

ducidas de los plazos de recurso). Si se acepta, como es obligado, que frente a estos vicios no son oponibles las excepciones de acto consentido y de acto confirmatorio, en cuanto que lo que es radicalmente nulo no puede ser consentido ni confirmado, dado el carácter indisponible de la nulidad absoluta (44); incluso, si se admite la imposibilidad misma de la excepción de incompetencia de jurisdicción por referirse el acto nulo a materias ajenas o excluidas de la revisión de vía contenciosa, conforme viene predicando la jurisprudencia tradicional, al afirmar que la jurisdicción es siempre competente para declarar la incompetencia de la Administración, será forzoso reconocer la necesidad de reconstruir la categoría máxima de invalidez, con el fin de que pueda jugar su papel, el importante papel que de su propia naturaleza se deduce, sacándola del anodino contexto en el que actualmente se mueve ante la indiferencia general.

Una sencilla reflexión sobre el tema y el examen del Derecho comparado, junto con las indicaciones ya hechas anteriormente en un primer análisis del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pone fácilmente de manifiesto la falta de cobertura legal aparente de una serie de supuestos cuya gravedad y trascendencia es, en todo caso, semejante a la de los previstos expresamente en el precepto legal citado. Por el momento no interesa tanto el análisis dogmático de dichos supuestos como la simple descripción y enunciación

tado... vol. I, pág. 452). Ahora bien, hay que tener en cuenta, en este punto, que las cuestiones de orden público están declaradas por la jurisprudencia como de pronunciamiento preferente y excluyente por su propio carácter y que de acuerdo con esta preferencia—a la que, una vez depurado el concepto de orden público y referido únicamente a la nulidad de pleno derecho, no me parece que pueda formularse reproche alguno, las cuestiones relativas a la admisibilidad del recurso, y entre ellas la legitimación, carecen de interés, porque la apreciación de la nulidad absoluta impide entrar en el análisis de las mismas. Por lo demás, la cuestión no tiene por qué ofrecer problema práctico alguno, dada la amplitud con que está legalmente y jurisprudencialmente configurado el interés legitimador en la vía contenciosa, que hace improbable que pueda intentarse la declaración de nulidad por una persona absolutamente ajena y desinteresada, es decir, por una persona que no esté en condiciones de obtener un beneficio de cualquier tipo de la eventual declaración de nulidad pretendida.

(44) Sobre este tema, específicamente, VILLAR PALASI, *La doctrina del acto confirmatorio*, en el núm. 8 de esta REVISTA, pág. 48 y sigs. con un análisis crítico de la jurisprudencia. La opinión de este autor, especialmente en lo que se refiere a la ejecutoriedad como límite de la nulidad de pleno derecho, viene, sin embargo, forzada por un esquema normativo, el anterior a la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, que no reconocía explícitamente como hace esta Ley la distinción dogmática entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, lo cual obligaba a la doctrina y a la jurisprudencia a idear fórmulas marginales, que pudieran resolver de algún modo el vacío normativo. Algo semejante ocurre hoy en la jurisprudencia italiana con la inexistencia del acto por "carenza di potere". Véase GIANNINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, 1967, vol. III, páginas 177 y sigs.

de los mismos y su comparación con los que se admiten, pacífica y tradicionalmente, como incluidos en la fórmula legal. Así, por ejemplo, nuestro Ordenamiento no reconoce a la causa como elemento de los actos administrativos en general, ni da tampoco entrada de una manera expresa a los presupuestos fácticos que sirven de soporte real a los actos. Ello no quiere decir, desde luego, que el control de los hechos no sea posible, cuestión distinta, sino que por este camino no puede llegarse en el estado legal y jurisprudencial de la cuestión a una declaración de nulidad de pleno derecho de un acto carente del soporte fáctico indispensable, ni, por tanto, a la anulación pura y simple del acto en la vía jurisdiccional fuera de los plazos brevísimos de recurso. Quiere esto decir sencillamente que, en principio, un acto, por el cual se concede el ascenso a coronel del Ejército a quien no es militar o se nombra catedrático de una disciplina jurídica o Abogado del Estado a una persona cuya única titulación superior es la de médico, se convierte en un acto inatacable por los terceros perjudicados, si en el plazo de treinta días no interponen el correspondiente recurso de reposición, siempre que las absurdas decisiones citadas se hayan emanado por el órgano competente, sin omitir, total y absolutamente, el procedimiento establecido. Así podrían ponerse, también, otros muchos ejemplos que, si, efectivamente, se produjeran en la práctica, harían, sin duda, reaccionar a la jurisprudencia, dado que se trata de casos verdaderamente límites, pero que inicialmente carecen de la necesaria cobertura en los términos de la interpretación usual del artículo 47, igual que otros muchos casos menos caricaturescos en su formulación, pero de análoga gravedad sustancial.

No parecen entrar tampoco *prima facie* en los tipos legales de nulidad absoluta, al menos a la vista de la interpretación jurisprudencial que usualmente se hace de los mismos, una serie de supuestos de gravedad igualmente extrema, relativos a situaciones obtenidas por los administrados de forma rigurosamente fraudulenta, a través de maquinaciones dolosas, engaños, ocultaciones (45) y coacciones graves, de no mediar las cuales no hubieran podido obtenerse legalmente en modo alguno. Todos estos actos consiguen la protección del Ordenamiento, y se

(45) Sobre la problemática de la obrepción y de la subrepción, R. PAREJO y J. L. MARTÍNEZ, *A la búsqueda de nuevas técnicas: obrepción y subrepción*, en el núm. 49 de esta REVISTA, págs. 323 y sigs. También, STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, págs. 270 y sigs. y la nota de WALINE al *arrêt Larribeau* en la "Revue de Droit Public", 1951, págs. 900 y sigs., desde la perspectiva de la *exceptio doli* frente al alegato de firmeza esgrimido para detener la iniciativa revocatoria de la Administración.

entienden «convalidados» si no son impugnados en quince o treinta días, igual que si el defecto que los vicia fuera el de la falta de un informe o de una autorización; devienen «firmes» con todas las consecuencias que esa calificación lleva consigo y, como tales actos firmes, sólo pueden ser atacados a través de un recurso extraordinario, el de revisión, de difícil acceso por su naturaleza excepcional, sometido también a plazo y cuya utilización exige una sentencia judicial previa y también firme como requisito de admisibilidad (arts. 127 y 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo (45 bis)).

No creo, en absoluto, que estos supuestos sean en sí mismos menos graves que los que tradicionalmente se admiten como integrados en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con los que, dificultades interpretativas aparte, coinciden sustancialmente, ni que sean más dignos de protección, más «disponibles» o más susceptibles de «consentimiento» que aquéllos. Tampoco creo que pueda pensarse seriamente que la seguridad jurídica exija la estabilidad de estas situaciones, objetivamente injustas e inadmisibles, conseguidas fraudulentamente. Por el contrario, me parece evidente que la propia seguridad jurídica exige que se purguen en cualquier momento estas situaciones, porque, como muy bien dice FORSTHOFF (46), puede establecerse el principio general de que *nadie debe permanecer en el disfrute de una situación jurídico-administrativa que haya logrado por medios deshonestos*, siempre, naturalmente, que la situación sea de tal clase que, de no intervenir aquellos medios, no hubiera podido conseguirse legalmente.

Por otra parte, en todos estos casos la Administración se encuentra encadenada y obligada a soportar indefinidamente una situación injusta de carácter permanente, frente a la cual difícilmente puede reaccionar, a menos que concurra también una infracción manifiesta de una Ley o que el

(45 bis) El recurso de revisión, también llamado de nulidad anteriormente, viene a ser un complemento, hasta ahora necesario, de una nulidad de pleno derecho que no se ha interpretado de forma consecuente. En realidad, la nulidad absoluta, siempre que se entienda de acuerdo con el sentido institucional que le es propio y que aquí se viene intentando poner de relieve, hace innecesario prácticamente el recurso de revisión, que sería una simple duplicación. Sobre el tema prepara un trabajo SANTAMARÍA PASTOR.

(46) *Tratado...*, cit. págs. 331 y sigs. Este autor afirma, sin embargo, que “en términos generales un principio semejante es extraño al Derecho Administrativo”. Ello se explica por la preocupación de objetivar al máximo la valoración del acto en función de su resultado, labor que, en todo caso, debe hacer siempre el juez, so pena de sustituir un dogmatismo irreal por otro semejante. Con estas salvedades y la necesaria referencia al caso concreto y al arbitrio del juez, el principio aludido me parece que es una piedra de toque imprescindible para expurgar supuestos absolutamente indignos de protección.

acto sea lesivo para el interés público y no haya transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Semejante a ésta es la situación de los terceros perjudicados que, una vez caducados los plazos de recurso, carecen de toda posibilidad de reacción que, por lo demás, frente al acto radicalmente nulo les reconoce el artículo 109 de la misma Ley. Aunque estas consecuencias se apoyaran en exigencias dogmáticas más solidas —y aquí no hay más que una vaga, apriorística e indiferenciada alusión a la seguridad jurídica—, un dogmatismo, capaz de llevar a la protección absoluta e indiscriminada de situaciones gravemente injustas, repugna esencialmente a la sensibilidad de todo jurista y se revela por ello incapaz de comprender y encuadrar en términos razonables la realidad a cuyo servicio debe estar.

El mismo autor últimamente citado, enumera otros supuestos de nulidad de pleno derecho que sólo un esfuerzo interpretativo, que, como veremos más adelante, tropieza en nuestro ambiente con graves obstáculos, permitiría encajar en alguno de los tipos definidos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En este sentido, e inmediatamente a continuación del acto que obliga a su destinatario a cometer una acción punible, encuadrable, en todo caso, con el tipo del párrafo b) del número 1 del precepto que acaba de citarse (47), señala FORSTHOFF (48) que, independientemente del orden penal, tiene que considerarse como jurídicamente imposible todo aquello que es desaprobado por el orden jurídico, porque en estos casos la antijuridicidad implica de suyo la nulidad. Dejando a un lado el exceso en la expresión, que, desde luego, no puede aceptarse en su literalidad, so pena de entender que todos los actos que infringen el Ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho, cosa que, evidentemente, está muy lejos del pensamiento de dicho autor, parece claro que los supuestos que cita en este punto como ejemplo —acto que obliga a contraer matrimonio o a adoptar una determinada confesión religiosa, que otorga la concesión de un burdel o que legaliza o tiende a legalizar la rufianería—, lo son en cualquier caso de nulidad de pleno

(47) También aquí, como antes se ha apuntado, las dificultades que habitual o inconscientemente se suelen oponer a la viabilidad del tipo legal del "contenido delictivo" del acto, hace prácticamente inutilizable el tipo mismo, resultado éste inaceptable o que exigiría, en todo caso, una flexibilización jurisprudencial. En este sentido debería bastar la referencia a la antijuridicidad, como hace FORSTHOFF y si se quiere, también, a la tipicidad. Así lo ha hecho notar PARADA en el curso de un debate sostenido en el Seminario de la 1.ª Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Madrid, observando acertadamente que el hecho de que no haya formalmente delito cuando el autor muera antes de la sentencia o resulte inimputable o no sea habido, no tiene por qué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción.

(48) Op. cit., pág. 339.

derecho, en cuanto actos indignos de la más mínima protección jurídica, sea cual sea la forma bajo la cual, de un modo u otro, pretenda encubrirse su descarnado contenido.

Desde un punto de vista técnico, estos supuestos lo serían de falta de potestad y, por tanto, de competencia en sentido amplio. Ello no hace sino poner de relieve, por un lado, la defectuosidad de la expresión legal que parece referir la incompetencia al órgano actuante, y por otro, y sobre todo, la falta absoluta de tecnicismo de la interpretación usual, que desconoce, pura y simplemente, que la distribución interorgánica de competencias no es sino la última fase del proceso de habilitación de la actividad administrativa, que comienza con la norma de otorgamiento de la potestad *in genere* a la Administración en cuanto persona. Si esta norma habilitante inicial no existe, como ocurre en los supuestos citados, tampoco existe el poder de actuar y, en definitiva, el órgano que actúa será tan manifiestamente incompetente como la propia persona a la que pertenece.

Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de otro de los casos que, sobre la base de una abundante jurisprudencia, formula FORSTHOFF (49): el acto que se opone a un precepto legal prohibitivo, acto del que también se predica la nulidad absoluta y ello porque la Administración carece de poder para producir un efecto que la Ley desaprueba expresamente, bien de una manera directa, bien indirectamente, es decir, a través de una determinación previa y cerrada de modalidades o medios de acción, excluyendo de cualesquiera otros no previstos, de tal forma que el *sí* de la Ley, respecto a determinadas posibilidades, implica, al mismo tiempo, un *rotundo no* respecto de todas las demás que puedan imaginarse (50). En esta línea puede perfectamente inscribirse el supuesto antes citado del artículo 103 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, dada la terminante y categórica prohibición legal de otorgar permisos y concesiones en terrenos que no sean francos, y también el del artículo 2 de la Ley de Zonas Verdes de 2 de diciembre de 1963.

Todos estos supuestos de nulidad de pleno derecho resultan empíricamente y sin ninguna violencia de la propia realidad en la que se producen dentro de un marco normativo abierto, en el que, no por eso, la anulabilidad deja de ser la regla general. El Derecho francés proporciona igualmente, como veremos, ejemplos abundantes a través de

(49) *Op cit.*, págs. 339 y sigs. y nota 95.

(50) *Idem*; pág. 340.

una rica casuística resuelta, claro está de una forma peculiar, cuyas posibilidades de aprovechamiento en nuestro ambiente son muy grandes, aunque sólo sea por la proximidad de los principios inspiradores de ambos sistemas. Incluso, en el propio Derecho italiano, en el que la distinción entre nulidad de pleno derecho y simple anulabilidad no tiene estado legal en cuanto a la determinación de regímenes jurídicos diversos (51), ha sido necesario empíricamente distinguir o acotar una serie de supuestos extremos respecto de los cuales se excluye toda protección de los actos viciados, con excepción a los principios generales. Así ha nacido la figura de la *inesistenza*, como creación de la jurisprudencia de la *Corte di cassazione*, para recoger, a través de la figura de la *carezza di potere* o *carezza di potestà* supuestos tales, como expropiaciones realizadas por autoridades que no son titulares de la potestad expropiatoria o imposiciones obligatorias de contratos (obligaciones de vender a personas determinadas o de depositar en almacenes de los entes públicos) llevadas a cabo por entidades no habilitadas legalmente para ello (52).

Todos los supuestos que se han venido enunciando aquí parecen tener la misma entidad, gravedad y trascendencia que los que directamente tipifica como casos de nulidad de pleno derecho el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Otro tanto puede decirse de los supuestos específicos aludidos al hacer un primer análisis de dicho precepto legal. En todos ellos hay, además, un trasfondo último de incompetencia grave, bien por falta de habilitación legal, bien por existir una prohibición normativa expresa, una apropiación o un aprovechamiento de la organización en beneficio exclusivo de un particular o una actuación puramente gratuita, por carecer del soporte fáctico mínimo que pueda justificarla.

Esta identidad de rasgos entre los supuestos tipificados específica y claramente por el legislador y los que se han venido enunciando y el hecho de que en otros Ordenamientos se admitan estos últimos como casos de nulidad de pleno derecho, lleva a postular en nuestro ambiente idéntica solución, porque carece de sentido y de justificación que el Ordenamiento trate con distinto rigor situaciones igualmente graves. Esta correlación parece, en principio, una exigencia elemental, sobre todo una vez comprobado que el artículo 47 de la Ley de Procedimiento

(51) Véase GIANNINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, III, 1, *L'attività amministrativa*, Milán, 1967, pág. 176.

(52) *Idem*; págs. 178 y 179.

Administrativo no responde a unos criterios dogmáticos definidos. Frente a ella los reparos que formula GIANNINI (53) respecto del criterio de la gravedad como criterio delimitador de las sanciones de nulidad y anulabilidad en base a la existencia en el Derecho privado de otras sanciones distintas de éstas que no tienen correspondencia en el Derecho administrativo, no parecen decisivas ni mucho menos, y ello, precisamente, porque en éste faltan aquellas otras figuras que en el Derecho privado hacen más complejo el cuadro sancionador. En el Derecho administrativo o, mejor dicho, en materia de actos administrativos, las sanciones básicas son las de nulidad y anulabilidad y, por ello, y en tanto no existan razones específicas que justifiquen tratamientos o sanciones singulares, la discriminación de aquéllas en cada caso concreto sólo puede hacerse lógicamente en función de la gravedad del defecto o vicio eventualmente existente y de la trascendencia del mismo.

Por lo demás, el criterio de la gravedad es, en última instancia, como ya se ha advertido, el único criterio común a todos los casos utilizado por el legislador. En función de él se han acotado, respecto de ciertos elementos de los actos, los tipos legales de nulidad absoluta y de anulabilidad. En base a él, igualmente, distingue la Ley (art. 48 de la de Procedimiento administrativo) a propósito del vicio de forma, los casos de anulabilidad de las simples irregularidades no invalidantes —inexistencia de indefensión—.

III

LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Observada la existencia de supuestos de infracción no específicamente delimitados, pero igualmente graves, que los expresamente tipificados por el legislador y que, como estos últimos, trascienden del ámbito de lo individualmente disponible por afectar, dada su grave-

(53) Idem; pág. 176. Las mismas razones que se oponen en el texto a los reparos de GIANNINI, son oponibles a la tesis de JEZE, *Principios...*, cit. págs. 75 y sigs., quien presenta un cuadro sancionador mucho más complejo que el del binomio "nulidad-anulabilidad", que no tiene respaldo en nuestro Derecho Positivo. Por otra parte, muchos de los supuestos enunciados por JEZE como sanciones distintas de aquéllas son simples derivaciones que tienen su explicación en el plano de los efectos concretos de la nulidad y se explican perfectamente a través del tema de la reducción del acto o negocio nulo, tema de teoría general, también.

dad, al orden general y a los propios principios del sistema, el problema a resolver se plantea así: o bien se detiene aquí la indagación, una vez constatada la existencia de esos nuevos supuestos no tipificados, por entender que se ha llegado a una consideración de *lege ferenda* sin virtud alguna en el plano positivo, o bien se intenta, si es posible, averiguar si estos nuevos supuestos caben o no dentro de los tipos legales a través de una labor interpretativa.

La primera de estas soluciones me parece que debe ser desechada inicialmente, al menos hasta tanto se sepa lo que puede dar de sí la segunda. Detenerse en consideraciones de *lege ferenda* es una confesión de impotencia que sólo es admisible cuando se hayan agotado sin fruto todos los caminos posibles en el plano de *lege data*, mucho más cuando, como ocurre en este caso, se conoce ya la estrechez de la doctrina jurisprudencial aplicable y la existencia potencial de supuestos de nulidad absoluta igualmente graves y trascendentes que los expresa e inmediatamente contemplados por las normas que definen dicha categoría de invalidez.

Todo ello obliga a intentar, por lo menos, la segunda de las vías enunciadas, esto es, la averiguación, a través de una labor interpretativa, de si los «nuevos» supuestos pueden encontrarse situados «dentro» de los propios preceptos legales. Abordar esta vía exige, sin embargo, resolver una cuestión previa relacionada con el concepto mismo de la interpretación de las normas jurídicas y enfrentarse con el principio tradicional de la interpretación restrictiva de las normas relativas a la nulidad de pleno derecho, en función del carácter excepcional que esta sanción tiene en el Derecho administrativo.

1. *La interpretación restrictiva de los tipos legales de nulidad absoluta.*

¿Qué consistencia tiene este principio tópico de la interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad absoluta? La pregunta planteada es fundamental desde el momento que si la respuesta es favorable al carácter restrictivo de la interpretación, como suele afirmarse tópicamente, toda indagación resultará inútil y el camino que se intenta recorrer será un camino cerrado que obligará a tomar el resultado de las observaciones realizadas como simples consideraciones de *lege ferenda*.

Pues bien, a estos efectos, me parece esencial recordar aquí un excelente trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, no por olvidado menos

importante. Me refiero a *La interpretación de las Leyes Tributarias* (54), en el que dicho autor aborda el capital problema de la interpretación de las normas jurídicas en general, esforzándose en demostrar el contenido mítico y, por consiguiente, no técnico de los tradicionales aforismos interpretativos que oscurecen hoy el concepto propio de interpretación. En este sentido, una de sus aclaraciones resulta aquí fundamental y es la siguiente: «Es legítimo hablar de estos tres tipos de interpretación (extensiva, restrictiva o declarativa), pero es legítimo solamente *en cuanto se conciben como un resultado de la tarea interpretativa*. El que la interpretación de un precepto sea extensiva o restrictiva es algo que sólo se sabe una vez que se ha interpretado. El intérprete, valga la redundancia, debe simplemente interpretar, esto es, tratar de delimitar en qué consiste una norma» (55).

El aforismo *odiosa sunt restringenda* es absurdo e inoperante, porque no se puede forzar al intérprete a alterar la esencia de su tarea determinando previamente los resultados de la misma (56). Como afirma el mismo autor, esto es tergiversar la esencia misma de la interpretación y eso no concuerda en absoluto con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de las normas jurídicas formulado en el artículo 17 del Fuero de los Españoles (57).

Esta idea, irreprochable en sí misma, elimina por sí la presunta barrera del carácter restrictivo de la interpretación de las normas definidoras de los tipos de nulidad de pleno derecho. Es preciso, pues, interpretar sin prejuicios estas normas, averiguar su sentido institucional, descubrir su principio motor, aprovechar, en definitiva, todos los datos obtenidos del análisis anterior y unir a ellos los que legítimamente puedan traerse aquí por otros caminos, por los caminos de los instrumentos interpretativos clásicos —gramatical, lógico, sistemático e histórico—.

Si una vez recorridos estos caminos y valorados en su conjunto estos datos, los tipos legales resultan ser de mayor amplitud que la que en principio parecían tener (*lex minus dixit quam voluit*) e incluyen los «nuevos» supuestos ya aludidos o, incluso, otros distintos, ningún problema podrá plantear el admitirlo así como resultado de la interpretación. Ningún precepto legal y ningún principio institucional constri-

(54) En los *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, vol. II, Madrid, 62, págs. 385 y sigs.

(55) *Idem*; pág. 417.

(56) *Idem*; pág. 418.

(57) *Idem*; pág. 425.

ñen al intérprete y le obligan a llegar a resultados, extensivos o restrictivos, predeterminados de antemano, porque, si así fuera, sobraría la interpretación misma. Solamente hay una prohibición general de arbitrariedad en la interpretación de las normas jurídicas y esa es el límite que debe respetarse.

Esto sentado, parece posible ya iniciar, o más bien continuar, la labor interpretativa anunciada.

2. La incompetencia como origen de los vicios de los actos y fuente de la noción de orden público en el recurso por exceso de poder.

En el análisis anterior se ha podido descubrir o poner de relieve que en todos los tipos legales de nulidad de pleno derecho y también en los «nuevos» supuestos no incluidos *prima facie* en los mismos, late una idea común, un transfondo de incompetencia especialmente grave. No es cuestión de repetir aquí lo que antes quedó dicho acerca de esta idea, porque, amén de ser la observación obvia, viene avalada, además, por toda la historia del contencioso-administrativo, sobre cuya valoración se ha ido construyendo progresivamente la dogmática jurídico-administrativa.

En efecto, basta consultar cualquier manual, tratado o monografía sobre el recurso por exceso de poder, para comprobar que la idea de incompetencia está en los orígenes mismos del recurso y es, precisamente, la idea fuerza y el verdadero motor de toda la evolución del mismo. La observación inicial surge de la obra de LAFERRIERE, quien, partiendo del exceso de poder judicial, afirma el carácter de orden público de la incompetencia con apoyo en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado (Commune de Chéblie de 27 de febrero de 1880 y Romanatax de 5 de febrero de 1886), precisando, además, el mayor rigor que la incompetencia tiene en el recurso por exceso de poder en relación al proceso civil, puesto que, mientras en este último la incompetencia *ratione personae* o *ratione loci* se cubren por adhesión de la parte y no se deben al juez, sino a las partes que las provocan e, incluso (incompetencia *ratione loci*), están pensadas en interés de los litigantes, «la designación de la autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se presume hecha siempre en interés público, se une a todo un sistema de reparto de atribuciones que interesa al gobierno mismo del Estado» (58).

(58) *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, tomo II, págs. 397 y sigs. y 496 y sigs.

En el pensamiento de LAFERRIERE, incompetencia significa inaptitud legal de una autoridad administrativa para tomar una decisión para llevar a cabo un acto administrativo determinado, no comprendido dentro de sus atribuciones. El concepto así formulado se acepta por ALIBERT para quien el medio de incompetencia se confunde en su origen con la noción de exceso de poder y ha encuadrado, lógicamente, los otros dos, pues el vicio de forma y la desviación de poder —dice—, son, por su propia naturaleza, formas de incompetencia. Para ALIBERT, la incompetencia es el medio de anulación más radical y más antiguo, el que ha dado nacimiento a toda la teoría del exceso de poder, el único medio de orden público, esto es, el único que puede ser suplido por el juez y ser planteado de oficio por él (59).

Del mismo tenor son las explicaciones de HAURIOU, por citar sólo los testimonios de mayor autoridad, quien, tras advertir que la primera aplicación del recurso por exceso de poder ha sido el caso de incompetencia, afirma que «es a esto a lo que el recurso debe su nombre, pues exceder sus poderes es, ante todo, salir de su competencia» (60).

Llevar más adelante los testimonios carece de interés. Baste retener que las cuatro aperturas clásicas del recurso por exceso de poder surgen y se individualizan como desarrollos progresivos de la idea de incompetencia. El vicio de forma y la desviación de poder no son sino manifestaciones específicas del defecto de competencia, puesto que ésta se concede siempre por la Ley para actuarla dentro de unos determinados cauces formales y para un fin específico. La misma violación de ley es una manifestación de incompetencia, ya que es la Ley la que atribuye la competencia y habilita al órgano administrativo para actuar en unas condiciones y dentro de unos límites determinados.

El sustrato o transfondo de incompetencia que late en todas las aperturas es, pues, una idea que debe tenerse muy presente como criterio básico y elemento interpretativo, por más que haya que seguir precisando y matizando su entidad concreta en cada caso.

Ahora bien, el espectacular desarrollo del recurso por exceso de poder, que en poco más de cuarenta años adquiere su configuración actual, al menos en lo esencial, comporta exigencias propias. La admisión de la cuarta apertura —la violación de Ley— generaliza un recurso en principio excepcional, lo convierte prácticamente en el recurso de derecho común, al hacerlo posible contra todo acto que in-

(59) *Le contrôle juridictionnel...*, cit. pág. 193.

(60) *Précis de Droit Administratif*, cit., pág. 407.

fringe una Ley y ser el más barato (dispensa de gastos y de abogado) y el de más fácil acceso (legitimación por interés aun en el caso de violación de Ley), etc.

Esta generalización obliga, sin embargo, no sólo a modificar la mecánica del recurso (excepción del recurso paralelo), sino a esforzarse en matizar la valoración de las infracciones. Al reconocerse la violación de Ley se ha generalizado tanto el desarrollo de la idea fuerza de la incompetencia, se ha llevado esta idea tan a sus últimas consecuencias, que la referencia a ella se diluye y su valor informador se pierde. La incompetencia se acantona cada vez más en su carácter de apertura individual del exceso de poder, junto a las otras tres cuya sustantivación e independización se consolida y se refuerza definitivamente haciendo ociosa, por innecesaria, la referencia a la incompetencia.

Sin embargo, la pérdida de esta referencia básica, aun siendo consecuencia obligada de un proceso de sustantivación de las aperturas del recurso por exceso de poder que supuso, además, el perfeccionamiento técnico de esa pieza clave de las garantías frente al actuar administrativo, que de otro modo hubiera resultado imposible, no podía ser total, porque la incompetencia no era un simple vicio de los actos, una infracción más susceptible de abrir la vía jurisdiccional y de justificar una declaración judicial de nulidad del acto viciado, sino el vicio primero y más importante, el único que tiene carácter de orden público, el único que puede ser planteado de oficio por el juez, sin excitación de parte.

Por eso la sustantivación de las tres aperturas nacidas de la incompetencia, supuso el repliegue dentro de ésta como apertura independiente de los supuestos más graves de aquéllas, cuando por las circunstancias concretas de cada recurso fuera necesario echar mano del carácter de orden público de aquélla para evitar que las exigencias de la mecánica procesal impusieran la aceptación de una solución grave e injusta. Sin afán alguno de mayores precisiones que luego se harán, lo que quiere ponerse de relieve con la observación anterior, es que la incompetencia es a los vicios de los actos lo que el Derecho civil es para el Administrativo. Lo mismo hay que acudir a aquél, no en cuanto tal rama especializada, sino en cuanto depositario de los conceptos e instituciones de Teoría General del Derecho que en él se encuentran por razones históricas, esto es, por haber sido tronco común y solar patrio de todas las disciplinas jurídicas, cuando se quiere saber lo que es el negocio jurídico, el contrato, el derecho real, el derecho subjetivo, la condición, el término, el modo, etc., de igual manera es necesario

acudir a la incompetencia cuando se quiere encuadrar un vicio grave y trascendente de los actos administrativos que no está específicamente tipificado por el legislador y que no es inmediatamente perceptible a la vista del texto legal.

La interpretación de la noción de incompetencia o, más concretamente de la expresión «manifestamente incompetente» empleada en el artículo 47-1-a) de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo para tipificar un supuesto específico de nulidad absoluta de los actos, no puede agotarse en una pura exégesis literal, en una simple búsqueda de expresiones equivalentes, ni tampoco en una determinada primaria de supuestos con el auxilio técnico de las clases o tipos de competencia interorgánica, sino que es preciso ir más allá siguiendo el hilo conductor de la idea que se viene apuntando, porque la competencia es verdadero presupuesto de la corrección del acto administrativo y, como tal presupuesto, tiene una virtualidad superior a la de una simple infracción detectable de inmediato, de una determinada norma de organización. La potestad y sus condiciones de ejercicio trascienden por su propio carácter del modesto ámbito del Derecho de la organización, en el que únicamente se inscribe, según se ha apuntado ya, la última fase del proceso de habilitación o apoderamiento de la Administración: la distribución interorgánica.

Todo esto que, en principio, puede parecer demasiado abstracto, resulta claro en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre las cuestiones de orden público. El trasfondo de incompetencia que late siempre en los vicios de los actos, sale así a la luz para aclarar los casos en que la gravedad de las infracciones es tal que, aunque no estén específicamente contempladas en las normas aplicables como supuestos de nulidad absoluta, esta sanción es la que realmente les corresponde como incursas en el tipo matriz de incompetencia.

La referencia a la casuística francesa resultará en este sentido mucho más expresiva que cualquier otra teorización.

3. *Los vicios de orden público y el desarrollo de la noción de incompetencia en el Derecho francés.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés considera vicios de orden público en general (61) la incompetencia *strictu sensu*, la falta

(61) Sobre los vicios de orden público en el contencioso-administrativo francés, puede verse, además del *Traité de contentieux-administratif* de AUBY y DRACO, cit., tomo II,

de dictamen del Consejo de Estado cuando éste actúa en sede consultiva, la omisión de informes vinculantes y las actuaciones realizadas fuera del campo de aplicación de la ley. Estas categorías necesitan una breve explicación.

A) En lo que a la *incompetencia strictu sensu* se refiere, la determinación de los supuestos en que se produce resulta de un análisis pormenorizado según el cual se distinguen tradicionalmente (62) las siguientes categorías:

a) Usurpación de funciones administrativas por una persona privada, por:

- ausencia total de investidura (determinante de nulidad con las excepciones que derivan del tema de funcionario de hecho) (63);
- investidura terminada (supuesto de prolongación de funciones que constituye delito y determina la nulidad de los actos producidos);
- investidura irregular que ha sido objeto de anulación (que da lugar a la nulidad de los actos producidos después de la anulación).

b) Usurpación de funciones administrativas por autoridades administrativas, por:

- invasión de atribuciones de personas privadas (determinante de nulidad, siempre que se produzca un perjuicio para el recurrente);
- invasión de las atribuciones de las jurisdicciones (determinante de nulidad en todo caso);

págs. 534 y sigs., las siguientes monografías: A. HEURTE. *La notion d'ordre public dans la procedure administrative*, en "Revue de Droit Public et de Science Politique", 1953, págs. 615 y sigs.; L. LANDÓN. *Le recours par excés de pouvoir depuis 1954*, París, 1968, págs. 108 y sigs.; B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours par excés de pouvoir*, París, 1959, págs. 291 y sigs., y el ya citado libro de P. BERNARD. *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, París, 1962. En lo que a estos dos últimos se refiere, es preciso tomar sus afirmaciones con cautela, puesto que las tesis centrales que se mantienen en uno y otro—subjetivación progresiva del recurso por exceso de poder y generalización de la idea de orden público—son ajenas, o si se quiere, exceden con mucho de los límites propios de los vicios de los actos.

(62) El esquema está ya en LAFERRIERE, op. cit. En su versión actual se toma de AUBY y DRAGO, *Traité...*, tomo II, cit., págs. 539 y sigs.

(63) Sobre el tema del funcionario de hecho en nuestra literatura jurídica-administrativa, FUEYO ALVAREZ. *La doctrina de la Administración de facto*, en el núm. 2 de esta REVISTA, págs. 35 y sigs.; MARTÍNEZ USEROS, *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en "Estudios dedicados a Pr. Gascón y Marín", Madrid, 1952, págs. 97 y sigs.; GARRIDO FALLA. *Tratado...*, vol. I, cit., pág. 458, y J. L. VALLINA VELARDE, *Sobre el concepto de funcionario de hecho*, en el núm. 29 de esta REVISTA, págs. 103 a 157.

— invasión de las atribuciones del legislador (determinante igualmente de nulidad).

c) Atentados al reparto de competencias dentro de la Administración:

— *ratione personae* (cuando una persona no puede dictar actos en nombre de la Administración, el que se produzca, si es susceptible de causar perjuicio, es nulo).

Ratione materiae:

— invasión por una autoridad subordinada de las atribuciones del superior jerárquico o de tutela (la solución no difiere aquí de la del Derecho español);

— invasión por una autoridad jerárquica o de tutela de las atribuciones de la autoridad subordinada (como regla general produce nulidad).

Ratione loci (determina nulidad).

Ratione temporis (no se aplica al plazo en que la resolución debe producirse, sino al ejercicio de la competencia en forma anticipada o retroactiva y produce nulidad).

Una observación parece necesario formular, y es la siguiente: el punto de partida es el carácter de orden público, esto es, la nulidad absoluta, de los actos afectados por un vicio de incompetencia, a partir del cual se hace excepción de los supuestos de menor gravedad. El planteamiento es, pues, el inverso del que en Derecho español resulta de la tesis tradicional antes combatida, de la interpretación restrictiva del vicio de incompetencia manifiesta en cuanto supuesto legal tasado y ello viene a poner de relieve que el criterio interpretativo de este tipo legal debe venir orientado, no ya por el presunto carácter excepcional de los supuestos de nulidad radical en el Derecho Administrativo, que no es más que el resultado obtenido de una valoración general de todos los vicios de los actos, sino por el carácter básico y fundamental de la competencia en cuanto verdadero presupuesto de la actuación administrativa.

B) El Consejo de Estado francés considera también como cuestión de orden público la *omisión de su dictamen en sede consultiva cuando éste es preceptivo*. Esta calificación viene forzada, sin duda, por la do-

ble faz, administrativa y jurisdiccional, del Consejo, que pretende, ante todo, salvaguardar y defender su competencia consultiva (64).

C) La atribución del carácter de medio de orden público a la *omisión de informes vinculantes*, resulta del carácter de éstos, en cuanto fórmula expresiva de una competencia compartida entre el órgano activo y el órgano consultivo y, desde esta perspectiva (65), no plantea mayor problema.

D) En cuanto al *ámbito de aplicación de la Ley*, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha alcanzado el punto máximo en el desarrollo institucional de la idea de incompetencia. Nada es tan expresivo del carácter esencial de la competencia, de su condición de presupuesto de la actividad administrativa, del carácter consustancial con esa naturaleza de la sanción de nulidad absoluta y de la idea misma de orden público como esta jurisprudencia, que cuenta con gran arraigo y numerosos exponentes. A este respecto, AUBY y DRAGO citan los siguientes:

- El caso de un funcionario retirado que impugna un acto dictado en base a una Ley que no le era ya aplicable por haber cesado la relación funcional (*arrêt LESTANG* de 3 de enero de 1934, *arrêt MESMER* de 23 de mayo de 1947, *arrêt MARTIN* de 23 de diciembre de 1947, *arrêt POUSSIER* de 20 de abril de 1949).
- El caso de la aprobación de una Ley de amnistía con posterioridad a los hechos que dieron lugar al acto impugnado (*arrêt CHABERT*, de 20 de mayo de 1955, *arrêt REY*, de 22 de enero de 1959).
- El de un contribuyente que impugna una liquidación tributaria realizada en base a una Ley fiscal no aplicable a la operación litigiosa (*arrêt «Société Rox»* de 6 de abril de 1936, *arrêt TRASSARD*, de 23 de enero de 1957).
- El de una decisión ministerial, que rechaza una petición de subvención presentada por un establecimiento de enseñanza privada en razón del carácter confesional de ésta, cuando la ley que regulaba el otorgamiento de estas subvenciones no hacía distinción alguna entre las diversas categorías de escuelas privadas (*arrêt «Oeuvre de Saint Nicholas»*, de 7 de julio de 1950).

(64) Véase AUBY y DRAGO, *Traité...*, cit., pág. 603.

(65) Sobre los informes vinculantes como competencia compartida entre el órgano consultivo y el órgano activo, véase, por ejemplo, SERRANO GUIRADO, *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en el núm. 4 de esta REVISTA, pág. 179.

Lo característico de todos estos supuestos no es, simplemente, el hecho de la anulación en vía de recurso de los actos dictados fuera del ámbito de aplicación de una Ley, cuestión que, en sí misma, no tiene nada de sorprendente, sino que este tipo de actos se considera afectado de un vicio denunciabile en todo tiempo, aun después de haber expirado el plazo de recurso, y susceptible incluso de ser planteado y resuelto de oficio por el juzgador. Lo verdaderamente importante es, pues, la atribución del carácter de orden público al vicio consistente en la actuación administrativa realizada fuera del ámbito de aplicación de la Ley, la sanción de nulidad absoluta que se liga a una actuación de tal clase con todas las consecuencias que de ello derivan. Lo característico y aleccionador al mismo tiempo es que tan rigurosa y máxima sanción se aplique a un vicio no expresamente tipificado por la Ley como tal vicio de nulidad absoluta y que se llegue a ella por considerarlo como un vicio de incompetencia al que sí es aplicable esta sanción.

La virtualidad propia de la incompetencia, como cuestión de orden público, no se agota, por tanto, en un esquema más o menos amplio de supuestos de infracción de una regla concreta que atribuye a un órgano administrativo determinadas facultades, sino que alcanza también —es preciso insistir en ello— a las cuestiones previas a la pura exégesis de la norma en cuestión, a todos aquellos casos en que los presupuestos mínimos de legitimidad de la actuación administrativa faltan. Así, por ejemplo, se consideran por la misma razón cuestiones o defectos de orden público, en base a la idea de incompetencia, la caducidad de una declaración de utilidad pública otorgada por un período determinado (*arrêt* «Chambre de Commerce d'Orleans», de 6 de junio de 1958), la adopción de una decisión individual en base a una disposición reglamentaria anulada por exceso de poder (*arrêt* SIMONET, de 22 de marzo de 1961) e, incluso, el error de derecho consistente en otorgar a los funcionarios de las colectividades locales una remuneración que sobrepasa a la que el Estado proporciona a sus propios funcionarios por funciones equivalentes, contra lo dispuesto en una Ley que impone ese límite (*arrêt dame* POIRIER, de 19 de febrero de 1958) (67).

Importa subrayar, en lo que al tema del ámbito de aplicación de la Ley se refiere, con el fin de salir al paso de toda crítica del mismo que lo rechace por entender exagerada la extensión de los supuestos de nulidad absoluta, que la consideración del mismo como cuestión de orden público no se produce en todo caso de violación más o menos impor-

(66) *Traité...*, cit., tomo III, págs. 53 y sigs.

(67) Citados por P. LANDÓN. *Le recours par excés de pouvoir depuis 1954*, pág. 109.

tante de una Ley, violación que, en términos generales, es sólo un *cas d'ouverture* más del exceso de poder. Naturalmente, la gravedad de la cuestión exige matices que se formulan, además, con una buena dosis de precisión. En este sentido, AUBY y DRAGO advierten que «es preciso, ante todo, que el medio no sea deducido de una simple violación o de una falsa aplicación de la Ley, sino de la inaplicabilidad de la Ley, directa o indirecta» (68). Además de esto —añaden—, *es necesario «que el juez no pueda pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a él sin desconocer él mismo el campo de aplicación de la Ley, esto es, si el juez no puede resolver el litigio más que aplicando la Ley inaplicable»* (69). Cuando el conflicto se plantea así, el Consejo de Estado no duda en pronunciar la nulidad, incluso, de oficio y aún si ha vencido el plazo o falta cualquier otro requisito de admisibilidad, porque se entiende, entonces, que no sólo es en sí mismo importante evitar que la Administración aplique un texto inaplicable, sino que, sobre todo, se estima que, en un gran número de casos, los demandantes, en razón de la dificultad de la materia no *podían* darse cuenta del desconocimiento del campo de aplicación de la Ley cometido por la Administración (70). La utilización de la incompetencia en este caso, con la posibilidad de estimarla y declararla en cualquier momento, e incluso de oficio, prueba de forma muy gráfica el carácter matriz del vicio de incompetencia y su capacidad de comprender los supuestos más graves de vicios de forma, desviación de poder o violación de Ley que, aun siendo «aperturas» independientes, deben reconducirse en los supuestos extremos (actuación fuera del ámbito de aplicación de la Ley, por ejemplo) a aquella idea matriz.

En líneas generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre la nulidad de orden público, es decir, la nulidad absoluta o de pleno derecho, no puede ser más aleccionadora. El examen de los preceptos legales no se hace a través de una interpretación apriorísticamente restrictiva, en función de la presunta excepcionalidad de la nulidad radical en el Derecho Administrativo, sino, simplemente, a través de una *interpretación institucional* de los mismos en la que es pieza clave la noción de incompetencia en cuanto origen y raíz del exceso de poder, expresada en una rica casuística mucho más expresiva y sugerente que las esquemáticas y rígidas tipificaciones legales.

Mediante una interpretación así orientada, se llega a descubrir su-

(68) *Traité...*, tomo III, págs. 54 y sigs.

(69) *Idem*.

(70) *Ibidem*.

puestos de nulidad de orden público en todo caso en que la actuación administrativa se realiza prescindiendo de los presupuestos mínimamente exigibles, bien por una usurpación de funciones no administrativas o de funciones administrativas no encomendadas al órgano que actúa, o no susceptibles de ser realizadas por una determinada persona en un cierto lugar o momento, o bien porque se aplica una ley fuera de su ámbito o se actúa en base a una declaración de utilidad pública caducada. En todos estos casos se entiende que hay un defecto grave de competencia, susceptible de ser pronunciado de oficio, porque la competencia es el primer y fundamental presupuesto de la actividad administrativa misma.

Todos los elementos del acto se reconducen en última instancia a este presupuesto y todos ellos se explican en función de la competencia dentro de la cual tienen perfecto encaje. Por eso, cuando el juzgador no tiene otro camino que tolerar la aplicación de la Ley inaplicable o la actuación orientada hacia una utilidad pública que ya no existe por haber caducado su declaración, es no sólo lícito y posible, sino obligado, acudir a la noción de incompetencia, de la cual no son sino desarrollo particularizado los demás elementos de los actos y los vicios de éstos.

4. La interpretación del tipo legal de incompetencia manifiesta en el Derecho español y su virtualidad en orden a la reconstrucción de la nulidad de pleno derecho.

La solución del Derecho francés que acaba de analizarse, construida a partir de la idea básica de incompetencia parece, en principio, susceptible de ser trasladada inmediatamente a nuestro ambiente. Este traslado permitiría encuadrar en el tipo legal de incompetencia manifiesta del artículo 47-1-a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, todos los supuestos de máxima gravedad que se han venido enunciando a lo largo de estas páginas y aplicarles la igualmente grave sanción de nulidad de pleno derecho que dicho precepto legal establece. De este modo no quedarían aquellos supuestos sin la cobertura legal que hoy les niega una interpretación jurisprudencial carente del imprescindible tecnicismo, ni existirían diferencias de trato y de régimen jurídico entre casos de gravedad y trascendencia semejantes, en todos los cuales es posible detectar un fondo común de incompetencia especialmente grave.

En principio, también es claro que la competencia tiene en nuestro Ordenamiento positivo un realce y una prestancia singulares. Así, el ar-

título 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo afirma de ella que es irrenunciable, y el artículo 8.º del mismo texto legal establece que la incompetencia puede declararse de oficio. Al igual que el juez, el órgano administrativo puede y debe plantearse por sí mismo esta cuestión previa que es verdadero presupuesto de la legitimidad de su actuación.

El legítimo afán unificador de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa respecto a los vicios de los actos administrativos y el hecho de que se haya referido el ilícito administrativo a la infracción del Ordenamiento jurídico sin más precisiones, no significa, sin embargo, que la incompetencia sea un vicio más de los actos, sino solamente que no es necesario encuadrar la eventual infracción del Ordenamiento en unos moldes previamente tasados. Con independencia de esto, es claro que la competencia no es simplemente un elemento de los actos, sino, en rigor, un presupuesto de los mismos.

Ahora bien, al enunciar a lo largo del texto los supuestos que en otros ordenamientos se consideran como de nulidad de pleno derecho, ha podido comprobarse cómo en unos la razón decisiva es la falta de habilitación legal previa —actos contrarios a una ley prohibitiva, actos dictados fuera del ámbito de aplicación de una ley—, en otros el falseamiento grave de los hechos determinantes, la existencia de unos hechos incompatibles con la decisión adoptada, la apropiación de la organización por un agente de la misma o incluso por una persona ajena a ella, etc. Ante esta variedad de supuestos cabe preguntarse aquí y ahora si todos ellos son reconducibles a un mismo tipo legal, concretamente al tipo de incompetencia manifiesta del artículo 47-1 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Planteados en estos términos el problema, ya se ha visto cómo el pragmatismo francés lo resuelve afirmativamente sin mayores escrúpulos dogmáticos, formulando soluciones que, prescindiendo de aquellos escrúpulos, tienen que parecer forzosamente acertadas y aceptables. Pese a ello, no deja de producir inquietud el hecho de dar a la noción de incompetencia tan amplio margen, si se piensa en las sutiles y precisas distinciones que a este propósito tiene elaboradas la doctrina italiana, por ejemplo, de la que en buena parte somos tributarios. Desde esta perspectiva, el encuadramiento de aquellos supuestos habría de referirse unas veces a la falta de potestad, por inexistencia de habilitación legal; otras, a la incompetencia como medida de la potestad atribuida a cada órgano administrativo; otras, a la falta de legitimación o de los presupuestos fácticos del acto, en el sentido con que utiliza estos conceptos

GIANNINI (71); otras, en fin, a la causa, entendida al modo en que lo hace en nuestro ambiente GARRIDO FALLA.

Estas distinciones son todas ellas fundamentalmente exactas y responden a una labor de depuración conceptual estimable, pero su formulación no tiene en nuestro Ordenamiento vigente un refrendo expreso y para ello su utilización en el terreno de la realidad no puede reportar ventaja alguna. Entre el empirismo francés y el dogmatismo italiano, es evidente que nuestra doctrina, nuestra jurisprudencia y nuestro Ordenamiento positivo se sitúan en una zona intermedia, con la particularidad de que cada una de estas tres corrientes se mueven en planos todavía diferentes. Por esta razón es preciso moverse en este terreno con una cierta cautela sin aferrarse sin más al casuismo francés o al conceptualismo italiano y tratar, dentro de estos extremos, de encajar uno y otro en el cuadro legal básico hoy vigente.

Quiere decirse con esto, concretamente, que el apego excesivo a un concepto estrictamente subjetivo de la competencia (72) no es útil en la medida en que nuestro Ordenamiento positivo no encuadra, ni a través del elemento causal, ni al margen de él los presupuestos fácticos que sirven de soporte real a los actos administrativos, lo cual dejaría un vacío que la menor flexibilidad de nuestra jurisprudencia en relación a la del Consejo de Estado francés, impediría llenar adecuadamente. Tampoco sería útil, por las mismas razones, dicho concepto entendido con todo su rigor técnico, si se piensa que con él quedaría fuera la consideración y valoración previa de la potestad, es decir, de la existencia de una habilitación normativa anterior, que haga inicialmente posible cualquier actuación administrativa.

En el esquema actual de conceptos de nuestro Ordenamiento en vigor, la potestad y los presupuestos fácticos, como no pueden ser olvidados en modo alguno, tienen que incluirse en el concepto competencia y sus vicios, si es que puede emplearse en relación a ellos esta expresión, tienen que valorarse necesariamente desde esta perspectiva. La competencia, dentro de nuestro marco normativo, en cuanto presupuesto de

(71) Véase, *Corso...*, cit., págs. 121 y sigs. La agudeza del análisis de este autor es, además, enormemente gráfica y, con independencia de las valoraciones que de los conceptos analizados hace—valoraciones que tienen su explicación propia en el Derecho italiano, en el que no existe una distinción legal y jurisprudencial entre nulidad absoluta y relativa, salvo en lo que se refiere a los supuestos citados de inexistencia—, dichos conceptos citados explican con una gran claridad todos y cada uno de los presupuestos, es decir, de las condiciones previas de las que depende la actuación mínimamente legítima de la Administración en un caso concreto.

(72) Véase, por ejemplo, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *El exceso de poder...*, cit., págs. 110 y 122.

los actos, tiene, pues, que comprender no sólo el aspecto subjetivo, es decir, la simple comprobación de la posición del sujeto del acto en relación con la norma de atribución de funciones a los órganos administrativos, sino también la cuestión previa del ámbito objetivo de la norma aplicable, de la potestad conferida a la Administración y de la habilitación legal de la misma. La competencia tiene que comprender también las condiciones de ejercicio del poder genérico de adoptar el acto, es decir, lo que GIANNINI denomina «legitimación» (73), y ha de comprender igualmente lo que este mismo autor denomina «presupuestos» (74), es decir, el conjunto de hechos jurídicos constituidos por eventos o acontecimientos objetivamente independientes del agente. Todo ello forma parte del proceso de habilitación y apoderamiento de la Administración, del que, según se ha precisado insistentemente, la distribución interorgánica es una simple fase. Si falta la habilitación legal, la potestad, el agente no puede actuar. Tampoco puede actuar si la potestad conferida por la norma no está atribuida al órgano del que es titular. No puede actuar tampoco, aunque exista habilitación legal o aunque el poder genérico de hacerlo esté comprendido dentro del círculo de atribuciones del órgano, si faltan las condiciones en cada caso necesarias para el ejercicio en un supuesto concreto de ese poder. No puede actuar, en fin, aquel poder cuando faltan o han sido esencialmente falseados los presupuestos fácticos indispensables en atención a los cuales se ha otorgado por la ley el poder mismo. En todos estos casos existe una situación de incompetencia en sentido amplio, de imposibilidad de actuación válida, que forzosamente hay que referir en nuestro Ordenamiento a la competencia a falta de otros conceptos legales que permitan encuadrar los distintos supuestos enunciados, puesto que de no hacerse así existiría un vacío que es incompatible con la esencia misma del Ordenamiento jurídico y con los principios esenciales que rigen la mecánica de la habilitación de la actuación administrativa.

El acto dictado fuera de estos límites es un acto viciado de incompetencia y de incompetencia inicialmente grave y manifiesta, especialmente en el caso de falta absoluta de potestad o de atribución concreta de la misma, esto es, de incompetencia *strictu sensu*, cuya valoración definitiva en otros —inexistencia de un presupuesto fáctico— exige una consideración de la intensidad del conflicto, de los intereses en juego y del alcance y trascendencia del vicio respecto del sistema mismo y del orden general que dicho sistema crea.

(73) *Corso...*, págs. 122 y 123.

(74) *Idem*; págs. 123 y 124.

En todos los casos que se han venido enunciando existe una situación de incompetencia grave, porque en todos ellos faltan de un modo u otro los presupuestos fácticos o jurídicos, que son, por principio, absolutamente imprescindibles en toda actividad administrativa. El que estos supuestos no estén específicamente tipificados no quiere decir que no sean susceptibles de producir una nulidad de pleno derecho, una nulidad de orden público, que resulta de su propia naturaleza y encaja perfectamente dentro del tipo genérico de incompetencia manifiesta, cuya funcionalidad propia es precisamente la de sustituir de alguna manera la imposible tipificación de la evidencia y la de cubrir los aparentes vacíos que en todo sistema de lista, de *numerus clausus*, se producen necesariamente.

Sólo esta interpretación responde a las exigencias institucionales y al sentido del Ordenamiento y sólo ella puede devolver a la categoría máxima de invalidez la virtualidad que le es propia en el Derecho Administrativo. Sólo ella, en fin, hace posible pensar en una eficacia operativa real de dicha categoría que, ante todo, garantice y asegure la justicia por encima de los obstáculos formales que con demasiada frecuencia la hacen inalcanzable y evita la pervivencia y consolidación indefinida de situaciones o resultados *francamente ilícitos, notoriamente inmorales o socialmente dañosos*.

IV

CONSIDERACIONES FINALES

1. En las páginas que anteceden se ha pretendido únicamente, una vez constatada la equivalencia entre orden público y nulidad absoluta, dar respuesta a dos preguntas que surgen de inmediato a la vista del artículo 47 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo: si hay o no otros supuestos no incluidos *prima facie* en el mismo que por tener igual gravedad que los expresamente tipificados merecen una sanción igualmente enérgica que la que a estos últimos se aplica y si, de existir dichos supuestos, es posible encuadrarlos, por vía de interpretación, en los tipos legales.

El punto necesario de partida ha sido, naturalmente, la distinción básica que nuestro Ordenamiento establece entre nulidad absoluta y anulabilidad como únicas categorías generales de invalidez de los actos administrativos. Esta distinción es un dato y como tal hay que tomarla,

por lo cual carece de interés práctico especular sobre la posible existencia teórica de otras sanciones o categorías de invalidez distintas, tal y como resulta, por ejemplo, de la obra de JEZE (75), el cual distingue, como es sabido, las siguientes: inexistencia, nulidad radical, nulidad menos radical (oponible siempre por vía de excepción, aunque sólo dentro de un plazo limitado por vía de acción), nulidad relativa, irregularidad que el juez no está obligado a declarar en todo caso (posee poder de apreciación y la ley le permite valorar las circunstancias y las consecuencias que la nulidad ocasionaría), inoponibilidad frente a ciertas personas, privación de una parte de los efectos del acto, irregularidad que ocasiona solamente la responsabilidad pecuniaria del agente e irregularidades que no llevan consigo ninguna clase de sanción.

Las distinciones de JEZE llevan de la mano a un tema de teoría general, distinto del de la calificación del grado de invalidez de los actos o negocios jurídicos, aunque íntimamente ligado con él, el tema de la reducibilidad del negocio nulo, en el que, por otra parte, no pretendo entrar aquí. La calificación de nulidad respecto de un acto o negocio no supone, sin más, la aplicación rígida y automática de un esquema tópico de consecuencias y efectos que no admita matizaciones o derogaciones parciales. Estas matizaciones, por el contrario, son obligadas en la búsqueda de la solución justa, en la tarea de administrar la justicia dando a cada uno lo suyo, tarea compleja que separa al Derecho de las ciencias exactas y que convierte su aplicación en un verdadero arte. Es aquí donde encuentran su lugar de encuadramiento, entre otros, los fenómenos de conversión del acto o negocio nulo, incidencia de la nulidad sobre el contratante o tercero de buena fe, reducción parcial de la nulidad, bien por mandato de la Ley, bien por vía de interpretación o bien, específicamente, para evitar el fraude a la Ley, que es la idea directriz y básica en este aspecto (76). En estos fenómenos tienen su explicación muchos de los supuestos que, como categorías independientes, enuncia JEZE, con apoyo en ciertos ejemplos, tales como el ya clásico del funcionario de hecho o el de la contratación sin crédito presupuestario.

En estos y en otros muchos casos, la singularidad está no en la calificación inicial, sino en los términos de su aplicación, matizada por la entrada en juego de otros principios jurídicos distintos que imponen la reducción de los efectos de la nulidad tomada como punto de partida.

(75) *Principios...*, cit., págs. 81 y sigs.

(76) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 485 y sigs.

Con esta advertencia quedan aclaradas, a mi juicio, algunas de las posibles objeciones que una lectura apresurada de los supuestos cuya integración en los tipos legales se ha pretendido justificar aquí pudiera suscitar, objeciones, por lo demás, que son tan predicables en relación a ellos como respecto de los que convencionalmente pudieran llamarse tipos o supuestos tradicionales y que, en uno y otro caso, tienen explicación y solución plenas a través de las técnicas antes enunciadas.

2. Una segunda reflexión final parece conveniente formular y es ésta: el intento que acaba de realizarse no nace de un afán dogmático y apriorístico de llevar las fórmulas legales a sus últimas consecuencias. Si así fuera, todo se reduciría a un manejo puro y simple de esquemas conceptuales, cuyos términos, por lo demás, siempre serían discutibles. Tampoco se trata de forzar los conceptos vigentes con el fin de extender a ultranza el ámbito de las garantías jurídicas. Ni lo uno ni lo otro, sin embargo, son en sí mismos modos admisibles de hacer el Derecho, aunque por ambos caminos haya discurrido su progreso tradicionalmente.

El tema de la nulidad de pleno derecho y su especial régimen jurídico no se reducen a puras técnicas abstractas destinadas a encajar a toda costa la realidad a cuyo servicio están. Si sólo se tratara de simples técnicas, hace ya mucho tiempo que estarían resueltos todos los problemas que su aplicación pudiera plantear y no sería tan común la afirmación de que dicho tema es uno de los más difíciles e inaprehensibles de la Teoría General del Derecho.

Por el contrario, el tema de la nulidad de pleno derecho pone en contacto, más allá de la pura técnica jurídica, con el fin primordial del Derecho, con la idea misma de justicia y de una justicia material y primaria con la que es incompatible la consagración solemne de resultados inicuos, «francamente ilícitos, notoriamente inmorales o socialmente dañosos», de consecuencias basadas en hechos torpes, de verdaderas «demasías, abusos y desafueros», en los términos de nuestra mejor doctrina jurisprudencial, a los que muchas veces conduce una dialéctica excesivamente apegada a las técnicas y exigencias instrumentales que, nacidas para servir a la Justicia, tienen sentido en la medida en que permiten llegar a ella de un modo ordenado, igual y razonable, pero dejan de tenerlo cuando por un excesivo rigor y dogmatismo, impiden que luzca la solución justa.

En estos casos extremos el juez, colocado por la Ley en la situación de puro espectador de un debate entre dos partes, se ve obligado a abandonar esa su posición neutral para ser fiel a su misión de administrar la justicia, actuando por su propia iniciativa, *ex officio*, para

evitar que por la torpeza de una de las partes venga a sancionarse una solución inicua e intolerable.

En este conflicto personal en que en casos extremos se encuentra el juez es donde tiene su origen y explicación el régimen singular de la nulidad absoluta. Nada más lejos, pues, de un dogmatismo preconcebido y ciego, susceptible de ser combatido por otro de signo contrario. Más allá de uno y otro se encuentra, en última instancia, la idea de Justicia. Por esta razón y no por otra y desde este inicial punto concreto de partida, es desde donde ha querido intentarse poner de manifiesto la aparente insuficiencia de una fórmula legal y su igualmente aparente incapacidad actual de comprender otros varios supuestos de conflicto de entidad semejante a los que primariamente se refiere, así como la necesidad y posibilidad de integrar aquellos vacíos e insuficiencias incompatibles con la esencia misma del Ordenamiento jurídico. La tradición jurisprudencial del orden público avala, sin duda, el intento, puesto que esa misma tradición no hace sino poner de manifiesto cuál es la idea básica de la nulidad radical: la indisponibilidad de determinados vicios de gravedad extrema por las partes a quienes afectan y su esencial trascendencia del ámbito estrictamente individual. Esa indisponibilidad que es la esencia de la nulidad absoluta es la idea que traduce el tradicional concepto jurisprudencial del orden público, que habilita al juez para actuar por su propia iniciativa más allá de la posición neutral en que le coloca el principio dispositivo que informa del proceso.

No se trata, pues, en definitiva, de forzar los moldes tradicionales, sino justamente de volver a las fuentes de nuestra mejor tradición jurisprudencial, depurando la herencia recibida de las adherencias que ha ido acumulando a lo largo del tiempo y que, si en su momento cumplieron la función de extender la garantía jurisdiccional a campos exentos de control, hoy no tienen ya razón de ser una vez que la exención ha desaparecido, que se conocen y han entrado en las costumbres toda una serie completa de técnicas que permiten en todo caso un control de fondo pleno y que las formas procedimentales han sido explícitamente situadas por el legislador —artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo— en el segundo plano que institucionalmente les corresponde por su carácter instrumental.

Eliminadas esas adherencias que hoy carecen de utilidad y aún son gravemente perturbadoras, el retorno a las fuentes se impone y con él a la tradicional identificación entre orden público e indisponibilidad por las partes o, si se quiere, al igualmente tradicional enfrentamiento entre orden público y principio dispositivo.

La nulidad de pleno derecho no es, pues, una fría lista de supuestos, susceptible de ser modificada a voluntad, es una categoría que *necesariamente* integra en su seno todos aquellos vicios que por su gravedad y su sustancia exceden del ámbito de lo individualmente disponible.

Cuáles sean éstos es un problema que no puede decidirse con simples equivalencias terminológicas, sino a través de un riguroso análisis institucional de lo que el Ordenamiento considera en cada caso como trascendente e indisponible por los sujetos de Derecho. Apuntar las bases de este análisis institucional y poner de manifiesto las enseñanzas de la tradicional doctrina jurisprudencial del orden público en lo que tienen de permanente y utilizable han sido los propósitos de este trabajo.