

ANULACIÓN Y PODERES DEL JUEZ: LAS ENSEÑANZAS DEL CASO FRANCÉS

NURIA RUIZ PALAZUELOS¹
Universidad de Cantabria

Cómo citar/Citation

Ruiz Palazuelos, N. (2019).
Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés.
Revista de Administración Pública, 208, 179-220.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.05>

Resumen

El artículo constituye un análisis de derecho comparado de los poderes del juez que declara la nulidad de un acto jurídico. Tiene por objetivo ofrecer un contraste de la teoría de las nulidades en España y su aplicación jurisprudencial con el caso francés. En los últimos años, este sistema está experimentando una ampliación progresiva de los poderes del juez administrativo, que le permiten modular las consecuencias de la anulación de un acto jurídico. Esta evolución ha sido especialmente jurisprudencial aunque en el ámbito del urbanismo también se ha acompañado de importantes reformas legales. Esta *place nouvelle du juge administratif* en el contencioso del *excès de pouvoir* puede ser de utilidad para revisar la teoría de las nulidades en España.

Palabras clave

Contencioso-administrativo; nulidad, anulabilidad; poderes del juez; derecho francés.

¹ Este trabajo ha sido elaborado durante una estancia de investigación realizada en el Sciences Politiques de Paris (Chaire Mutations de l'action publique et du Droit Public), bajo la tutela del profesor J.-B. Auby, de octubre de 2017 a enero de 2018 y gracias a la ayuda económica otorgada por la Universidad de Cantabria para estancias de investigación para profesores ayudantes LOU.

Abstract

This paper constitutes an analysis of the power of the judge that declare the nullity of a legal act. It aims to offer a comparison between the theory of nullities in Spain and its jurisprudential application to the french case. In the last years, this system has been extending progressively the judiciaries of the administrative judge that allow to modulate the consequences of the nullity of a legal act. Although the evolution has primarily been jurisprudential, it has been accompanied by important legal reforms in the field of urbanism. This judge's new roll can be useful to review nullity theory in Spain.

Keywords

Judicial review; nullity; judge's powers; French Law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS: 1. España. 2. Francia: 2.1. *La revisión del acto por la Administración o «sortie en vigueur des décisions administratives»*. 2.2. *El control judicial de la legalidad del acto. En especial, el recours pour excès de pouvoir*. 3. Sobre los problemas de seguridad jurídica y de interés general de la construcción que acaba de reseñarse. III. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: LOS PODERES DE MODULACIÓN DEL JUEZ DEL *EXCÈS DE POUVOIR*: 1. Las técnicas jurisprudenciales. 2. Las reformas legales. IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: EL CASO DEL URBANISMO.

I. INTRODUCCIÓN

No se puede decir que las categorías nulidad radical o de pleno derecho y anulabilidad, entendidas como tipos de invalidez de los actos jurídicos, constituyan un tema esencial para el derecho administrativo en particular. En realidad, la institución de la nulidad, su régimen jurídico, las consecuencias que de ella se derivan, son un tema central de la teoría general del Derecho, en suma, de todo el sistema jurídico. Es, como advirtió T.-R. Fernández, el *patrimonio común de la ciencia jurídica*². Una construcción mantenida a lo largo de los siglos que descansa, sin embargo, en un planteamiento aparentemente muy simple: el acto o negocio nulo *se considera suprimido desde el inicio y carece de efectos en el mundo jurídico con carácter ex tunc*.

Pocas formulaciones aparentemente tan sencillas tienen a la vez una aplicación real tan compleja. Porque lo cierto es que, por mucho que sobre el papel se considere que el acto nulo nunca ha producido efectos jurídicos, en la vida real, ese acto ha tenido lugar, ha sido ejecutado y forma parte de un pa-

² T.-R. Fernández Rodríguez (1969), «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 58, pág. 53.

sado que no se puede rectificar. El tiempo es irreversible, como decía P. Weil³. Por eso no puede haber, en pura lógica, *retroactividad*, porque no se puede actuar remontando el tiempo, todo lo más que puede hacerse es —según decía el autor— actuar en el futuro creando una situación lo más próxima posible a la situación pasada⁴. Se trata, por tanto, de una simple proyección del pasado en el *avenir*⁵. De una reconstrucción.

Este es el núcleo del problema. Es precisamente este conjunto de actuaciones tendentes a borrar del mundo jurídico y del mundo real un acto que ha sido declarado nulo lo que puede resultar, no solo enormemente complejo —a la vista de los efectos que ese acto haya podido generar— sino incluso altamente perjudicial para los intereses en presencia y, en especial, para la seguridad jurídica y el interés público. Seguramente al lector no le falten ejemplos en los que esta consecuencia se ha producido, en los que la anulación de un acto entre en conflicto con importantes intereses públicos o privados. El ámbito del urbanismo, de las sentencias de derribo o de anulación de planes es, sin duda, un ejemplo paradigmático. Pero no es el único, porque no se trata de un problema nuevo. Como más adelante se verá, el ordenamiento jurídico ha debido responder desde siempre a esta tensión entre, por un lado, las consecuencias que la nulidad trae consigo —trasunto de las exigencias inherentes al restablecimiento de la legalidad vulnerada— y, por otro, los problemas de seguridad jurídica o de interés general que dicha anulación genera.

Sin ser un problema nuevo, lo cierto es que entre nosotros es un tema que reviste especial actualidad, especialmente en el sector del urbanismo, donde la aplicación ortodoxa de la teoría de la nulidad por parte de los tribunales está a menudo desconectada de la realidad de los hechos y no es confrontada con ninguna otra consideración de interés general. Esta rigidez de la jurisprudencia española ha sido manifestada colectivamente en encuentros como el de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo celebrado en La Laguna en febrero de 2017 y ha sido también criticada en ciertos trabajos doctrinales. Por solo citar algunos ejemplos, T.-R. Fernández ha hablado de la *maximalización de los efectos de la nulidad* en el ámbito urbanístico⁶ y ha criticado gráficamente esta actitud jurisprudencial porque encaja las categorías conceptuales *a martillazos* en la realidad⁷. Igualmente, A. González Sanfiel ha

³ P. Weil (1952), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris: A. Pedone, pág. 136.

⁴ *Ibid.*, pág. 136.

⁵ *Ibid.*, pág. 138.

⁶ T.-R. Fernández Rodríguez (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203, pág. 146.

⁷ *Ibid.*, pág. 154.

advertido del excesivo formalismo de nuestra jurisprudencia según la cual la nulidad absoluta de un plan de urbanismo —entendido genéricamente, *in toto*, como una norma reglamentaria— implica automáticamente su desaparición, sin admitir ni la conservación de actos o trámites, ni su posible convalidación, ni la retroacción de actuaciones⁸. Baño León ha defendido que, dada la idiosincrasia del plan de urbanismo sería conveniente distinguir, dentro de su contenido, entre norma y acto administrativo, a los efectos de no prolongar *sine die* la posibilidad de impugnación de todos sus contenidos: «[...] las necesidades derivadas del complejísimo, lento y costoso trámite de elaboración de los planes debe ser compensada por el legislador con la prohibición de impugnación indirecta y la ampliación del plazo del recurso directo. La errónea asimilación entre plan y norma ha conducido a una situación de parálisis de la planificación que exige una reforma urgente»⁹.

Por su parte, S. del Saz también ha criticado esta doctrina jurisprudencial y ha sugerido la conveniencia de repensar otras soluciones que no pasen por la anulación de la norma o el acto impugnado o que supongan la anulación diferida o condicionada —tal y como alguna sentencia aislada ya ha admitido¹⁰— valorando, en definitiva, no tanto la situación de la que se partía

⁸ A.-M. González Sanfiel (2017), «Límites a la declaración de nulidad del planteamiento», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, pág. 413.

⁹ J.-M. Baño León (2016), «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en VVAA., *El Derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 870. Sobre la reconsideración de la naturaleza normativa de los planes, véase, asimismo, J. Gifreu Font (2017), «Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitantes dictados a su amparo», en M. Bassols Coma y G. Soria (dirs.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 143-225. De la misma autora, más reciente: (2018) «La reconsideración de la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento: ¿una panacea para modular el alcance y efectos del dogma de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales?», en Agudo González (coord.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona: Bosch, págs. 19-62.

¹⁰ S. Del Saz Cordero (2014), «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, págs. 1143-1145. El pronunciamiento que cita la autora es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2014 (recurso de casación 21/2013).

ab initio, sino la que existe en el momento de la declaración de nulidad¹¹. Y, más recientemente, F. López Ramón ha propuesto la vuelta a tesis graduales que permitan en el seno de la norma reglamentaria tanto vicios de naturaleza no invalidante como de anulabilidad y de nulidad radical¹².

El objeto de este trabajo es ofrecer un contraste de la realidad española que someramente se acaba de anticipar con el estudio de un ejemplo de derecho comparado, el que nos ofrece el modelo francés¹³. En efecto, de un tiempo a esta parte, en este sistema, las exigencias de seguridad jurídica a las que hemos hecho referencia están determinando una interesante evolución y crecimiento de los poderes del juez administrativo, que usa cada vez más herramientas que le permiten, con ocasión de la anulación de un acto jurídico, tomar en consideración las que entiende son exigencias de la realidad administrativa. Dicho de otro modo, *modular las consecuencias de la anulación del acto jurídico enjuiciado*. Esta evolución ha sido fundamentalmente de corte jurisprudencial (aunque, por lo que hace al ámbito del urbanismo, también se ha acompañado de importantes reformas legales). Todo ello hace que la doctrina francesa hable de una *place nouvelle du juge administratif* en el contencioso del *excès de pouvoir*. Desde luego, no pretendemos sostener que estos cambios deben ser vistos como el modelo a seguir mecánicamente por los jueces españoles. No solo porque se trata de dos sistemas distintos con sus características propias, en los que todas las soluciones no son automáticamente trasladables, sino porque como más adelante comentaremos, tampoco esta evolución de los poderes del juez administrativo francés está libre de inconvenientes o aspectos controvertidos. Con todo, se trata de una evolución que puede ilustrarnos bien sobre la tendencia que en esta materia está siguiendo uno de los países de nuestro entorno jurídico ante problemas bastante simila-

¹¹ *Ibid.*, pág. 1143.

¹² F. López Ramón (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 13-48 (en especial, págs. 46-48).

¹³ El reciente artículo de Tardío Pato se refiere, en su repaso de los sistemas italiano, alemán y francés, a alguna de las cuestiones que a continuación se van a ver y especialmente a un pronunciamiento fundamental del Conseil d'État, de 11 de mayo de 2004 (*Association AC*), que más adelante analizaremos. La evolución de los poderes del juez en Francia —tanto jurisprudencial como legal—, es, sin embargo, bastante más amplia y merece ser analizada con cierto grado de detalle, pues la panoplia de técnicas que allí se han desarrollado puede resultar de enorme utilidad para el debate que está abierto entre nosotros desde hace unos años. Cfr. J.-A. Tardío Pato (2018), «Los efectos temporales de la anulación por anulabilidad en Italia, Francia y Alemania (confluencias con el Derecho español)», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 357-385.

res. Porque, a pesar de las incuestionables diferencias, el fundamento de esta evolución es, en el fondo, el mismo: la tensión entre dos principios jurídicos, el de legalidad (que implica la desaparición de los efectos a que ha dado lugar el acto jurídico que se anula, sea de carácter singular o reglamentario) y el de seguridad jurídica.

Con el objeto de tratar esta materia con la mayor claridad posible, en las siguientes páginas se comenzará con una exposición de la teoría clásica de la nulidad y sus consecuencias tanto en España como en Francia, lo que permitirá observar hasta qué punto la concepción inicial de esta institución es similar en ambos sistemas. Seguidamente se tratarán los problemas de seguridad jurídica a que este planteamiento clásico y ortodoxo da lugar y cómo el ordenamiento jurídico ha respondido en otras ocasiones a esta cuestión. A continuación, se estudiará la evolución de los poderes de modulación del juez administrativo que ha tenido lugar en el sistema francés, para terminar con un apartado conclusivo donde se valoran las ventajas e inconvenientes de este proceso de cambios.

II. SOBRE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

1. ESPAÑA

La teoría clásica de la invalidez de los actos jurídicos ha sido estudiada en nuestra doctrina con el suficiente detenimiento como para que aquí se pueda añadir algo nuevo y, sobre todo, de interés. Las siguientes líneas tienen por tanto el único objeto de esbozar una síntesis del estado teórico de la cuestión, sin mayor pretensión que la de servir de punto de partida para el tratamiento de los problemas que se han perfilado en la introducción.

Siguiendo a Santamaría Pastor, podemos definir la invalidez como «la condición del acto que, por su contradicción con la norma, carece de exigibilidad jurídica y que, por lo mismo, sus posibles efectos carecen de la garantía de realización fáctica que proporciona el aparato coactivo del Estado»¹⁴.

¹⁴ J.-A. Santamaría Pastor (1975), *La nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2ª ed., Madrid: IEA, pág. 162. Sobre la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, véase, asimismo, J.-M. Alegre Ávila, «Acerca de la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos», disponible en línea en: www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1878-Articulo.aspx [última visita: junio de 2018].

Como puede observarse, de esta definición se pueden destacar dos elementos. En primer lugar, la invalidez es vista como el resultado de la *vulneración del ordenamiento jurídico* de un acto jurídico —sin perjuicio de la eventualidad de las conocidas como irregularidades no invalidantes—. En segundo lugar, esa vulneración entraña la consecuencia de su *inexigibilidad jurídica*¹⁵. Una concepción similar a la que se mantiene a propósito del negocio jurídico inválido en el ámbito del derecho civil. De igual modo, aunque con matices y particularidades propias, la teoría de la invalidez de los actos administrativos acoge la clásica distinción del derecho civil entre *nulidad* y *anulabilidad*, con las consecuencias que de ello se derivan.

Según esta tradicional concepción, la nulidad absoluta o de pleno derecho está reservada para los vicios más graves en que incurra un acto o negocio jurídico¹⁶. El acto nulo se puede oponer *erga omnes*, carece de efectos jurídicos *ab initio*¹⁷ sin necesidad de intervención del juez y no se puede sanar ni convalidar con el transcurso del tiempo (la nulidad es imprescriptible)¹⁸. El acto anulable, en cambio, solo puede ser atacado por determinados legitimados dentro de un plazo, pasado el cual el acto quedaría sanado¹⁹ y, además, suele decirse que la declaración de su invalidez tiene carácter *ex nunc*. A estas categorías se añade una tercera no exenta de polémica, la *inexistencia* del acto. Se trataría de un acto al que por faltarle los requisitos más elementales carece propiamente de la apariencia de tal²⁰. Esta categoría, sin embargo, tiene entre

¹⁵ Es una definición cercana a la que propone T. Cano Campos, para quien «la invalidez es la condición del acto contrario al ordenamiento jurídico, cuyos efectos carecen por ello de tutela o protección»: T. Cano Campos, «El laberinto de la invalidez. Algunas pistas para no perderse», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa...*, *op. cit.*, pág. 62. Sin embargo, según señala este último, hay ciertos autores como Domenéch Pascual que entienden la invalidez como la inexigibilidad jurídica del acto [G. Domenéch Pascual (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 197-198].

¹⁶ Sobre la nulidad en el derecho administrativo: M. Rebollo Puig (2009), «La nulidad en Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales», *Justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, 44, págs. 5-39.

¹⁷ Sobre la retroactividad de la nulidad de pleno derecho: J.-A. Tardío Pato (2017), «Los efectos *ex tunc* de la anulabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, págs. 75-107.

¹⁸ T.-R. Fernández Rodríguez, «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», *op. cit.*, pág. 67.

¹⁹ E. García de Enterría y T.-R. Fernández Rodríguez (2015), *Curso de Derecho administrativo I*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 17ªed., pág. 682.

²⁰ *Ibid.*, pág. 661.

nosotros bastante menor relevancia que en el derecho francés, como más adelante se comprobará.

Lo primero que conviene señalar es que las notas anteriores no gozan de un absoluto acuerdo doctrinal, por lo que, según advierte el propio Santamaría Pastor, la solidez de la distinción queda bastante cuestionada. M. Beladiez Rojo también se ha referido a ello y ha discutido algunas de las características apuntadas. Por un lado, la autora se refiere a la imposibilidad de *convalidación* de los actos nulos y señala que se trata de un *fenómeno muy amplio* que incluye todos los supuestos en los que los actos inválidos adquieren validez, como la subsanación de vicios, el transcurso del tiempo o la aparición de circunstancias fácticas o normativas novedosas²¹. Y concluye que «no se puede afirmar, con carácter general, que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser convalidados, ya que este efecto dependerá, no de la calificación jurídica que se otorgue al vicio determinante de la invalidez, sino de que no concurren ninguna de las circunstancias de las que se pueda derivar este efecto»²². Cano Campos, por el contrario, entiende que hay que diferenciar entre la posibilidad *material* y la posibilidad *jurídica* de subsanación de un vicio, de manera que, aunque en la práctica sea posible convalidar un determinado defecto, nada impide al legislador establecer la prohibición de convalidación²³. En el plano del derecho positivo, lo cierto es que este último planteamiento hoy aparece respaldado por los arts. 47 y 48 y por el 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC). Los primeros establecen, como en seguida se verá, una distinción entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad y el art. 52 permite únicamente la convalidación de los actos anulables.

Otro de los caracteres atribuidos de antiguo a la categoría nulidad y crecientemente cuestionado por la doctrina es el de los efectos en el tiempo de la declaración de invalidez. Mientras que la nulidad absoluta tiene efectos *ex tunc*, se suele mantener que la anulabilidad tiene efectos *ex nunc*, es decir, que no tiene eficacia retroactiva. Esta última afirmación, sin embargo, es discutida por ciertos autores como Cano Campos, para el que se trata de una caracterís-

²¹ M. Beladiez Rojo (1994), «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, pág. 162.

²² *Ibid.*, pág. 162. En un sentido similar, Santamaría Pastor señalaba que la convalidación no es, ni mucho menos, un concepto unitario y citaba una serie de supuestos en el derecho civil en los que un acto inicialmente nulo adquiriría posterior validez, como la ratificación, la subsanación judicial o la confirmación. «Esta misma heterogeneidad viene a enervar la validez de esta nota como criterio distintivo» (Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno Derecho... op. cit.*, pág. 181).

²³ Cano Campos, «El laberinto de la invalidez...», *op. cit.*, pág. 70.

tica que no aparece en la doctrina clásica, un añadido que parte de un error²⁴. Beladiez Rojo, por su parte, entiende que toda declaración de invalidez, sea de nulidad o de anulabilidad, ha de tener efectos retroactivos por ser una exigencia elemental del principio de legalidad, aunque admite que cuando entre en juego otro principio jurídico de mayor peso, esta eficacia retroactiva se puede limitar²⁵. Santamaría Pastor afirma, en fin, que la retroactividad del pronunciamiento judicial de nulidad o anulabilidad «constituye una consecuencia de la eficacia práctica del negocio que es por completo ajena al mecanismo de la invalidez y que, por ello, no puede fundamentar la distinción entre nulidad y anulabilidad»²⁶.

El carácter *ipso iure* de la nulidad absoluta, esto es, su operatividad al margen de una previa intervención judicial, tampoco está libre de objeciones. En el ámbito del derecho administrativo, este planteamiento teórico choca frontalmente con la presunción de validez y la eficacia inmediata de los actos administrativos, que pueden por ello mismo ser ejecutados forzosamente. La autotutela de la Administración impide al particular, por tanto, desconocer sin más un acto administrativo por mucho que esté afectado de un vicio de nulidad absoluta. Así pues, este acto desplegará todos sus efectos en tanto no sea recurrido por el particular, recurso que tampoco implica por lo demás la suspensión automática de la eficacia de dicho acto²⁷. Esta es una idea aceptada por la mayor parte de la doctrina²⁸ y relativiza el alcance del planteamiento teórico tradicional. Es, además, la razón por la que, como más adelante se verá, la declaración de la nulidad de un acto administrativo por la jurisdicción, al tener carácter *ex tunc*, puede plantear importantes problemas de seguridad jurídica a la vista de los efectos que el acto ha producido.

Es preciso referirse igualmente al carácter *erga omnes* de la nulidad frente a la anulabilidad, otro de los criterios clásicos de distinción entre ambas categorías. Es una nota que también ha sido objeto de controversia en la doctri-

²⁴ *Ibid.*, pág. 76.

²⁵ Beladiez Rojo, «La nulidad y la anulabilidad», *op. cit.*, pág. 161.

²⁶ Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno Derecho...*, *op. cit.*, pág. 185.

²⁷ Fernández Rodríguez, «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», *op. cit.*, pág. 62. Según señala este autor, sí existen diferencias en el plano del recurso entre la nulidad y la anulabilidad. Mientras que en el caso de los actos nulos, el recurso debe interponerse para evitar simplemente la eficacia del acto nulo (puesto que la nulidad no se sana con el transcurso del tiempo), en el caso de los actos anulables, sin embargo, la interposición del recurso evita una consecuencia mayor: la de la convalidación del acto en cuestión. *Ibid.*, pág. 62.

²⁸ En sentido contrario, R. Bocanegra Sierra (2012), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor: Thomson Reuters, pág. 128.

na. Según entiende Santamaría Pastor, aunque el efecto de la oponibilidad es una realidad que no puede desconocerse, no se trata de un verdadero criterio distintivo porque, por un lado, admite excepciones, como es el caso de la protección registral de los terceros de buena fe del art. 34 de la Ley Hipotecaria y, por otro lado, la oponibilidad no se refiere a la nulidad de un acto sino a su eficacia: solo es oponible el acto ineficaz, es decir, el anulado o revocado judicialmente, no meramente el acto nulo²⁹.

Si la distinción entre nulidad y anulabilidad, a través de las notas de que queda constancia, resulta, como hemos dicho, bastante próxima en el derecho administrativo y en el derecho civil, una de las diferencias destacables es la de los supuestos que encajan en una y otra categoría. En el derecho civil la regla general es la de la nulidad absoluta, mientras que la anulabilidad se establece en cada caso para los supuestos de menor gravedad. En el derecho administrativo, en cambio, el legislador ha establecido los supuestos de nulidad absoluta mediante el sistema de lista, esto es, pormenorizando los casos de nulidad, si bien con una cláusula residual que remite a lo establecido por el legislador sectorial (art. 47 LPAC). Todo lo que no encaje en dicha lista será un supuesto de anulabilidad³⁰ que constituye, por tanto, la invalidez general³¹ (art. 48 LPAC). El legislador asigna a cada categoría un régimen jurídico³² propio, por lo que es aquí, a mi juicio, donde deben encontrarse las sustantivas diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los actos administrativos³³, más que en concepciones teóricas no siempre incontestables.

A una de estas diferencias nos hemos referido en líneas anteriores, a saber, la posibilidad de *convalidar* únicamente los actos anulables. Pero no es la única. Sólo la nulidad absoluta tiene, en el fondo, carácter *imprescriptible*³⁴,

²⁹ Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno Derecho...op. cit.*, pág. 184.

³⁰ Fernández Rodríguez, «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», *op. cit.*, pág. 57.

³¹ Cano Campos, «El laberinto de la invalidez...», *op. cit.*, pág. 67.

³² Un régimen *procesal* distinto, precisaría Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno Derecho...op. cit.*, pág. 187.

³³ Cano Campos, «El laberinto de la invalidez...», *op. cit.*, pág. 70. Sobre la nulidad y la anulabilidad en el derecho administrativo, véase L. Martín Rebollo (2017), «Nulidad, anulabilidad y conservación de actos. Un recordatorio básico y una reflexión abierta», versión escrita de su conferencia inaugural del XVI *Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, celebrado en Santander el 27 de abril de 2017. El texto se encuentra entre los trabajos que componen su reciente libro *40 años de Derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos destacados*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 369-383.

³⁴ Martín Rebollo, «Nulidad, anulabilidad...», *op. cit.*, pág. 371.

porque pasados incluso los plazos establecidos para recurrir el acto en cuestión, la LPAC permite a la Administración en cualquier momento su revisión de oficio, así como el ejercicio de la acción de nulidad por cualquier interesado (art. 106 LPAC). No ocurre lo mismo con los actos anulables favorables porque solo en el plazo de cuatro años puede la Administración declarar su lesividad (art. 107 LPAC) y, tratándose de actos anulables desfavorables, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de los mismos (art. 109 LPAC). En fin, otra de las diferencias que puede anotarse entre ambas categorías acaba de mencionarse indirectamente y es la amplitud de la *legitimación* para entablar la correspondiente impugnación. La LPAC contempla el ejercicio de la acción de nulidad por parte de cualquier interesado únicamente en el caso de los actos nulos de pleno derecho, no así frente a actos anulables³⁵.

¿Qué ocurre en el plano jurisdiccional, esto es, cuando el juez declara la invalidez de un acto administrativo? Las características apuntadas despliegan entonces toda su virtualidad. El ordenamiento jurídico no ampara los actos nulos por lo que estos y los efectos que hayan podido producir deben desaparecer por exigencias del principio de legalidad. ¿Todos los efectos? No todos. La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa admite, por una parte, la anulación *parcial* del acto o disposición anulados en su art. 71.1, de manera que es posible mantener aquellos aspectos no afectados por el vicio de nulidad y, en consecuencia, los efectos que de ellos se deriven. Además, el art. 73 de la misma ley establece que las sentencias que anulen un precepto de una disposición general no afectarán a los actos firmes que lo hayan aplicado. Por lo que respecta a la Ley 39/2015, en la estela de la Ley 30/1992, su art. 49 reconoce la posibilidad de *incomunicación de efectos del acto nulo* («la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero»), el art. 50 se refiere a la *conversión de actos viciados* («los actos nulos que contengan elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste») y el art. 51 permite la *conservación de actos y trámites* cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Más adelante veremos que existen otros supuestos, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado, en los que el ordenamiento jurídico ampara los efectos de los actos declarados nulos en atención a otros intereses o principios distintos del de legalidad. Fuera de tales casos y en cohe-

³⁵ Cano Campos añade a estas características la recogida en el art. 117. 2 a) LPAC relativa a la suspensión de la ejecución de los actos nulos y anulables y afirma que resulta más fácil, en principio, obtener la suspensión de un acto nulo de pleno derecho que la de un acto anulable. Sin embargo, como el propio autor reconoce, la nulidad como causa de suspensión de la eficacia de un acto no es demasiado relevante en la práctica. Cano Campos, «El laberinto de la invalidez...», *op. cit.*, pág. 73.

rencia con los postulados de la teoría clásica, la declaración de invalidez debería desplegar todas las consecuencias a ella inherentes. Es en este punto donde se plantea el problema de la posible modulación jurisdiccional de los efectos de la anulación de un acto jurídico, que será tratado más adelante. Pero antes conviene contrastar las características apuntadas con la concepción teórica clásica de la nulidad en el sistema francés y sus consecuencias, lo que nos servirá como punto de partida de la evolución que en este ámbito han experimentado los poderes del juez administrativo en el país vecino.

2. FRANCIA

No existe en el derecho administrativo francés —concretamente, en el contencioso del *excès de pouvoir*— la distinción entre nulidad y anulabilidad de la que acaba de hablarse y que tanta significación tiene entre nosotros. La formulación en aquel sistema es aparentemente más sencilla: la sanción de la ilegalidad de un acto administrativo es en todo caso su nulidad o, dicho de otro modo, *el acto ilegal es nulo*³⁶, con independencia de la gravedad del vicio de que se trate (excepción hecha de los vicios no invalidantes). El derecho positivo francés no contempla, por tanto, como el nuestro, tipos o clases de invalidez con su correspondiente régimen jurídico. La única categoría de la que sí pueden derivarse efectos diferentes a los del acto nulo es la de la *inexistencia*, reservada para actos afectados de un vicio de gravedad excepcional³⁷. Se trata, sin embargo, de una categoría objeto de encendida polémica y cuya presencia en la jurisprudencia del Conseil d'État no resulta frecuente, por lo que sus específicos contornos y efectos no son del todo nítidos³⁸. Con todo, merece algunas palabras.

En la obra de referencia, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, los autores señalan, a propósito del célebre *arrêt* del Conseil d'État Rosan Girard, de 31 de mayo de 1957, que pueden contemplarse dos tipos de inexistencia, la material y la jurídica. La primera no suscita problemas, se da pura y simplemente cuando el acto administrativo en cuestión no existe como tal,

³⁶ Y. Gaudemet (2010), *Droit administratif*, 19 ed., Paris: LGDJ, pág. 119.

³⁷ *Ibid.*, pág. 119. En el citado artículo de Tardío Pato, el autor establece un cierto paralelismo entre nuestra nulidad absoluta y la categoría de la inexistencia en el derecho francés, lo que no me parece del todo correcto, puesto que, como aquí se explica, la inexistencia en el derecho francés se refiere a hipótesis bastante específicas y no del todo claras. Tardío Pato, «Los efectos temporales de la anulación...», *op. cit.*, pág. 360.

³⁸ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. Genevois (2017), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ª ed., Paris: Dalloz, págs. 463-464.

lo que plantea únicamente un problema de prueba. La inexistencia jurídica es más difícil de identificar; se da cuando al acto, pese a existir empíricamente, se le tiene por inexistente por su flagrante ilegalidad³⁹.

Prima facie, estas notas parecen evocar la *vía de hecho*. No constituyen, sin embargo, dos nociones equiparables en el derecho francés. La vía de hecho está ceñida en aquel sistema a hipótesis más precisas que las de la inexistencia del acto: es necesario que la acción de la Administración haya vulnerado la libertad individual o que haya conducido a la extinción de un derecho de propiedad⁴⁰. Por el contrario, los elementos constitutivos de la inexistencia son menos diáfanos (puede apreciarse, por ejemplo, en caso de violación de la cosa juzgada con independencia de la vulneración de una libertad). Además, en ocasiones la vía de hecho puede consistir en una simple acción material de la Administración mientras que la *action par inexistence* solo puede ejercerse frente a lo que se entiende (al menos en apariencia) que es un acto administrativo.

En el plano competencial, ambos supuestos —vía de hecho e inexistencia— quedan fuera de la competencia exclusiva del juez administrativo. Durante muchos años, el Tribunal de Conflictos ha reconocido la competencia del *juge judiciaire* tanto para apreciar la *inexistence* de un acto como para constatar la *vía de hecho*, hacerla cesar y fijar la eventual indemnización (cabe citar, por todas, el *arrêt* del Tribunal de Conflictos de 27 de junio de 1966, *Guigon*). Es una jurisprudencia que ha sido posteriormente confirmada por el Conseil Constitutionnel, de manera que hoy puede decirse que este reparto de competencias no contradice los principios constitucionales. En efecto, en 1987 el Conseil Constitutionnel fijó el núcleo de las atribuciones del juez administrativo, señalando que era el único competente para *anular* o *reformar* un acto administrativo dictado en el ejercicio de prerrogativas públicas. *Sensu contrario* se puede entender, por tanto, que nada impide al *juge judiciaire* declarar la inexistencia de un acto, tal y como hasta entonces venía entendiendo

³⁹ *Ibid.*, pág. 464. Esta distinción se recoge en el más reciente *arrêt* del Conseil d'État de 28 de septiembre de 2016, *Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique (Anticor)*.

⁴⁰ En un primer momento, el Tribunal de Conflictos exigió para la concurrencia de vía de hecho la vulneración grave de una libertad fundamental o de la propiedad privada (Tribunal des Conflits, 8 abril 1935, *Action Française*). Sin embargo, con posterioridad, el mismo Tribunal de Conflictos ha reducido más aún el campo de aplicación de la vía de hecho exigiendo, a partir de 2013, la vulneración de la *libertad individual* (que, en el sentido del art. 66 de la Constitución de 1958, se reduce a la prohibición de la detención arbitraria, tal y como se interpreta desde los años ochenta por el Conseil Constitutionnel), y la *extinción de un derecho de propiedad*.

la jurisprudencia. Por otra parte, algo más adelante, en 1989, el Conseil Constitutionnel declaró que el *juge judiciaire* es el único garante de la propiedad individual, de modo que solo a él le corresponde ordenar el cese de una vía de hecho vulneradora de aquella. En definitiva, en el caso de la vía de hecho, la Administración pierde su privilegio de jurisdicción y solo el *juge judiciaire* es competente para ordenar su cese y reparación (aunque el juez administrativo sí podría constatar su existencia). En el caso de inexistencia, tanto el juez administrativo como el juez judicial —valga, entre nosotros, la aparente redundancia— pueden declararla.

Más allá de su distinción con la vía de hecho, si tiene sentido traer aquí la categoría de la inexistencia del acto administrativo es porque, como se ha dicho, de ella se derivan algunas consecuencias prácticas de primer orden. Además de la cuestión competencial que acaba de mencionarse, la inexistencia de un acto puede alegarse ante el juez o declararse de oficio por este⁴¹ *sin sujeción alguna a plazo*⁴², a diferencia de los supuestos en que el acto está afectado de cualquier otra ilegalidad. Asimismo, y al contrario de lo que ocurre con los actos ilegales, los actos inexistentes nunca devienen firmes y no puede derivarse de ellos *ningún derecho*; es más, todos los actos dictados al amparo de los mismos se consideran también inexistentes. Por último, aunque no menos importante, la Administración puede revocarlos en cualquier momento⁴³.

Según ha señalado P. Weil, la aplicación jurisprudencial de la categoría de la inexistencia responde, sin embargo, más a las concretas circunstancias del caso enjuiciado que a una concepción teórica bien definida. El autor la califica, por ello, de construcción funcional, esencialmente empírica y utilitaria, de la que los jueces se sirven cuando consideran particularmente intolerable que de un acto se deriven derechos o que pueda servir de base para otros actos⁴⁴.

Fuera de la hipótesis de la inexistencia, no existe en el derecho francés diferenciación según tipos o clases de invalidez de los que puedan derivarse efectos jurídicos como en el caso español. Todo acto ilegal se considera nulo, lo que es tanto como decir que «il est censé n'avoir jamais existé»⁴⁵. Ello implica, por tanto, el carácter *retroactivo* de la anulación —del mismo modo que

⁴¹ Esta posibilidad deriva de ser considerada la inexistencia del acto como un vicio de orden público: CE 5 mai 1971, *Préfet de Paris et Ministre de l'intérieur*: Más recientemente: CE sect. 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*.

⁴² CE 15 mai 1981, *Maurice*.

⁴³ Long *et al.*, *op. cit.*, pág. 466.

⁴⁴ P. Weil (1958), «Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif», en *Recueil Dalloz*, págs. 54-56. Véase, en el mismo sentido, Long *et al.*, *op. cit.*, pág. 467.

⁴⁵ Weil, *Les conséquences de l'annulation...*, *op. cit.*, pág. 136.

sucede en nuestro sistema— pero no equivale a decir que la anulación del acto lo hace inexistente en el pasado⁴⁶: el acto ilegal, vale decir nulo, ha surtido efectos hasta el momento de su anulación y la Administración pública se ha conducido correctamente procediendo a su ejecución forzosa. Por esta razón, los actos que de él se hayan derivado han podido adquirir firmeza y generar derechos, a diferencia de lo que ocurre con el acto inexistente. Dejando a un lado estos eventuales efectos, el carácter retroactivo de la anulación conlleva la necesidad de reestablecer la situación previa a la misma; de proceder, en la medida de lo posible, a una *restitutio in integrum*⁴⁷, lo que en ocasiones genera problemas de seguridad jurídica similares a los que se dan en el caso español. Problemas comunes, por tanto, que han recibido diferente respuesta en uno y otro sistema, como más adelante se verá.

La ilegalidad de un acto administrativo necesita, en cualquier caso, de su declaración, lo que obliga a distinguir varias hipótesis en la dinámica de su control⁴⁸. Una de ellas se acaba de mencionar, la de la anulación del acto por el órgano jurisdiccional. Pero no es la única. De igual modo que sucede entre nosotros, el acto ilegal también puede ser revocado por la propia Administración autora del mismo, asunto que merece una cierta explicación porque no coincide exactamente con el régimen de la revisión de oficio previsto en el derecho español y revela diferencias importantes con nuestra concepción de la nulidad absoluta.

2.1. La revisión del acto por la Administración o «*sortie en vigueur des décisions administratives*»

Por lo pronto, dentro de lo que se entiende por «*sortie en vigueur des décisions administratives*», hay que distinguir la *abrogation* del *retrait*. Mientras que la primera constituye una manifestación de voluntad del autor de la decisión o de un superior jerárquico que tiene efectos únicamente para el futuro⁴⁹, en el segundo el acto desaparece con carácter retroactivo. Pues bien, en ambos casos existe un complejo régimen jurídico previsto hoy en el *Code des relations entre le public et l'administration*⁵⁰, que distingue en función de

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 140.

⁴⁷ Weil, *Les conséquences de l'annulation...*, *op. cit.*, pág. 153.

⁴⁸ Cfr. Gaudemet, *Droit administratif...*, *op. cit.*, pág. 121.

⁴⁹ La *abrogation* podría ser equivalente a la «derogación» entre nosotros, pero en el sistema francés se contempla también para actos administrativos de naturaleza no reglamentaria. Cfr. arts. L240-1 y 2 del *Code des relations entre le public et l'administration*.

⁵⁰ Sobre la codificación de estas reglas: G. Eveillard (2015), «La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux», *AJDA*, pág. 2474.

si se trata de un acto de naturaleza reglamentaria o no, en función de si es un acto *créateur de droits* o no y, por último, en función de si la decisión es legal o ilegal. No es necesario detenerse aquí a describir cada una de estas variantes, interesa únicamente destacar el supuesto del *retrait* (retroactivo, por tanto) de actos ilegales, pues es la hipótesis que más se acerca a nuestra revisión de oficio de los actos nulos (art. 106 LPAC).

Por regla general, este *retrait* de actos ilegales es posible efectuarlo en el plazo de *cuatro meses* desde que la decisión fue dictada⁵¹. Regla general que admite, sin embargo, no pocas excepciones en las que es posible superar dicho plazo e incluso una ausencia del mismo. En primer lugar, si así lo establece una disposición especial (de carácter legislativo o reglamentario) o por exigencias del derecho de la Unión Europea⁵². Igualmente, tratándose de actos no reglamentarios *créateurs de droits* contra los que se ha interpuesto un recurso administrativo preceptivo (*recours administratif préalable obligatoire*), la Administración puede proceder a su *retrait* en los plazos que tiene para resolver dicho recurso⁵³. Por otra parte, en el caso de medidas de carácter sancionador⁵⁴, o cuando ha existido fraude para la obtención del acto, no existe plazo para proceder al *retrait*⁵⁵, como tampoco existe plazo en el caso de que un acto *créateur de droits* estuviera subordinado a una condición que haya desaparecido⁵⁶ o que el *retrait* sea pedido por el beneficiario de la decisión, siempre que no vulnere los derechos de terceros y se sustituya por una decisión más ventajosa⁵⁷.

Como puede observarse, las diferencias con la revisión de oficio prevista en la LPAC son significativas. Nuestra ley hace pivotar el régimen de la revisión de los actos en vía administrativa en función de la naturaleza del vicio de que se trate (nulidad o anulabilidad), de manera que solo en el supuesto de actos nulos de pleno derecho puede la Administración proceder a su revisión en cualquier momento (de oficio o a iniciativa del interesado), de donde resultaba la naturaleza *imprescriptible* de la nulidad. Ahora bien, en Francia, aunque todos los actos ilegales se consideran nulos —al margen de las excepciones descritas— no todos pueden ser revocados por la Administración en cualquier momento sino que ello dependerá del juego de la regla y de las excepciones que se acaban de exponer, no vinculadas a un previo tipo de invalidez como ocurre entre nosotros. No se puede afirmar,

⁵¹ Art. 242-1 del *Code des relations entre le public et l'administration* (en adelante, CRPA).

⁵² Art. 241-1 CRPA.

⁵³ Art. 242-5 CRPA.

⁵⁴ Art. 243-4 CRPA.

⁵⁵ Art. 241-2 CRPA.

⁵⁶ Art. 242-2 CRPA.

⁵⁷ Art. 242-4 CRPA.

por tanto, que la nulidad en el derecho francés tenga en todo caso carácter imprescriptible. El ámbito de la legitimación resulta, en cambio, más próximo en ambos sistemas, puesto que si en España la acción de nulidad puede ser utilizada por cualquier interesado, tampoco en Francia existen límites de legitimación para solicitar el *retrait*⁵⁸.

2.2. El control judicial de la legalidad del acto. En especial, el *recours pour excès de pouvoir*

Fuera de los casos de revocación del acto por la propia Administración, la nulidad despliega todas sus consecuencias en el contexto del *recours pour excès de pouvoir*. Es cierto que junto a este recurso jurisdiccional existen otros de diferente naturaleza y efectos; sin embargo, el *recours pour excès de pouvoir* puede considerarse, en palabras de Gaudemet, como el instrumento por excelencia de control de la legalidad de los actos por la jurisdicción administrativa, de manera que en adelante nos centraremos en él. Es, además, el recurso jurisdiccional de *droit commun*, lo que significa que es el que en principio cabe plantear cuando se pretenda la anulación de un acto administrativo, e incluso aunque nada diga la ley al respecto, salvo que un texto especial contemple otro tipo de recurso para el caso concreto⁵⁹. De este modo, los concretos perfiles de la nulidad dependerán, al menos en la práctica, de la extensión de los poderes de que dispone el juez administrativo cuando anula el acto o reglamento. Es aquí donde la evolución en el derecho francés resulta significativa, pero, antes de entrar en esta cuestión, es preciso describir la situación de partida, esto es, los poderes que tradicionalmente ha tenido el juez del *recours pour excès de pouvoir* al anular un acto.

En primer lugar, es pertinente observar que el contencioso del *excès de pouvoir* está formado por varias modalidades de recursos. Por un lado, el *recours pour excès de pouvoir* en sentido estricto (que se subdivide entre el recurso de *droit commun* y el llamado *déféré préfectoral*); en segundo lugar, el *recours en déclaration d'inexistence* (en el que se pretende, siguiendo el planteamiento apuntado en líneas precedentes, la declaración de inexistencia de un acto) y,

⁵⁸ El CRAP solo establece una distinción en el caso de actos no reglamentarios *créateurs de droits*, según que el *retrait* haya sido impulsado por la Administración o pedido por un tercero, o bien que haya sido solicitado por el propio beneficiario. En los dos primeros casos, el *retrait* solo es posible en el plazo de cuatro meses (con la salvedad de las excepciones señaladas en materia de plazos). En el último supuesto, por el contrario, el *retrait* es obligatorio para la Administración: arts. 242-1 y 242-3 del CRPA.

⁵⁹ Gaudemet, *Droit administratif*, *op. cit.*, págs. 127-128.

por último, el *recours en appréciation d'illegalité*⁶⁰. Todos ellos tienen en común su naturaleza objetiva⁶¹, es decir, que tienen como finalidad asegurar el respeto de la legalidad o, en otras palabras, obtener del juez la anulación del acto como consecuencia de una ilegalidad.

Laferrière concibió el *recours pour excès de pouvoir* como el «procès fait à un acte»⁶², lo que ilustra bien acerca de la naturaleza objetiva a la que nos venimos refiriendo. No se pretende, pues, con este recurso el reconocimiento de una situación individual o de una obligación a cargo de la Administración y en favor del recurrente, sino un puro juicio sobre la legalidad del acto en cuestión. De hecho, cualquier otra pretensión del recurrente que vaya más allá de la anulación del acto (por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios) ha de declararse inadmisibile⁶³. El juez está sometido, por tanto, a una opción binaria, la de anular o no el acto que se somete a su examen, motivo por el cual se lo ha calificado doctrinalmente como un recurso de *moindre juridiction*.

Esta última nota lo distingue del llamado recurso de *plein contentieux*, en el cual el juez puede, además de anular el acto administrativo, reformarlo o modificarlo —por ejemplo, sustituyendo el montante de una sanción en aplicación del principio de proporcionalidad—. Este recurso de *plein contentieux* tiene una naturaleza heterogénea, es decir, comprende todos aquellos recursos que no constituyen *recours pour excès de pouvoir*, ni *recours en appréciation d'illegalité*, ni *recours en déclaration d'inexistence*, y ello tanto si la cuestión planteada al juez es de naturaleza objetiva como subjetiva. Ejemplo de estos últimos son los recursos en materia de responsabilidad administrativa, en los que el recurrente puede solicitar una reparación por los daños y perjuicios causados (lo que no deja de ser, sin embargo, una mera posibilidad, puesto que el recurrente puede siempre contentarse con la mera anulación del acto)⁶⁴. Ejemplo de los primeros son los recursos en materia fiscal, en los que el juez puede modificar el montante del impuesto sometido a examen, o el contencioso en materia electoral, donde el juez puede corregir el resultado del escrutinio y, en consecuencia, la proclamación de los electos. En el ámbito del urbanismo, igualmente, el *Code de la construction et de l'habitation*

⁶⁰ R. Chapus (2008), *Droit du contentieux administratif*, 13e ed., Paris: Montchrestien, págs. 215-222.

⁶¹ Sobre la distinción entre recursos objetivos y recursos subjetivos: J.-M. Auby y R. Drago (1992), *Traité des recours en matière administrative*, Paris: Litec, págs. 123-125.

⁶² E. Laferrière (1896), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris: Berger-Levrault, pág. 561.

⁶³ Auby y Drago, *Traité...*, *op. cit.*, pág. 117.

⁶⁴ Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, pág. 237.

prevé este tipo de recurso para el caso de los edificios amenazados de ruina, en los cuales el juez puede modificar los trabajos ordenados por el alcalde⁶⁵.

Tal variedad de soluciones no tiene cabida, insisto, en el *recours pour excès de pouvoir*, en el que la sentencia tiene un contenido reducido a la anulación o no del acto en cuestión. De este modo, si el juez pronuncia la anulación del acto administrativo o reglamento, ello tiene en principio efectos *ex tunc* o, tomando la expresión francesa, «il est censé n'avoir jamais existé». Una concepción, pues, similar a la de la nulidad entre nosotros. Esta retroactividad exige, en muchos casos, una operación de reconstrucción del pasado⁶⁶ o incluso tiene el efecto de activar una disposición anterior, como ocurre con la anulación de un plan de urbanismo, que vuelve a dejar en vigor el planeamiento inmediatamente anterior⁶⁷. Asimismo, como en España, la retroactividad de la anulación puede afectar a otras decisiones dictadas

⁶⁵ Arts. L511-1 y ss. del *Code de la construction et de l'habitation*.

⁶⁶ Cabe citar aquí el *arrêt Rodière* como el *arrêt* de principio (*CE 26 décembre 1925, Rodière*). En este supuesto, comentado en su momento por M. Hauriou, se trataba de un *tableau d'avancement*, documento que ordena los funcionarios en función de sus méritos para la promoción en la carrera, a partir del cual la Administración designa aquellos que se benefician de un ascenso en grado. Este *tableau* fue anulado por el Conseil d'État, que posteriormente fija los deberes de la Administración en orden a la reconstrucción de la carrera funcional de los afectados. Una reconstrucción que ha de permitir situar al funcionario en la posición que gozaría dentro del organigrama administrativo de no haber tenido lugar el *tableau* ilegal. En otras palabras, la Administración debe asegurarle la continuidad de su carrera y el desarrollo normal que la misma comporta, y ello en lo que atañe a los ascensos por antigüedad pero también a los ascensos no automáticos (por concurso, etc.), aunque estos últimos con variantes perfiladas por la jurisprudencia posterior: Long *et al.*, *Les grands arrêts... op. cit.*, págs. 239-240.

En este mismo contexto, cuando un funcionario es ilegalmente removido de su puesto, la reconstrucción del pasado ha de implicar la de derechos, como el de jubilación, que podría haber adquirido y, en consecuencia, la Administración ha de otorgarle las cotizaciones dejadas de generar (*CE 23 décembre 2011, Poirot*).

En otras ocasiones, en cambio, no se produce una semejante reconstrucción del pasado, sino que se trata, más simplemente, de sustituir la decisión anulada por otra, de manera que la nueva decisión tendrá efectos únicamente para el futuro y se dictará teniendo en cuenta las nuevas circunstancias de hecho o de derecho. Cfr. Chapus, *Droit du contentieux... op. cit.*, pág. 1108.

⁶⁷ Regla recogida hoy en el art. L 174-6 del *Code de l'urbanisme*: «L'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un plan local d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale intervenant après le 31 décembre 2015 ayant pour effet de remettre en application le document immédiatement antérieur,

como consecuencia de la anulada, lo que obliga a plantearse en qué casos estas se mantienen y en cuáles no. En comprimida síntesis puede decirse que con carácter general se conservan aquellas *decisiones que confieren derechos y hayan devenido firmes*⁶⁸.

La jurisprudencia viene exigiendo, en cambio, la revisión de todas las decisiones afectadas por el mismo vicio que la decisión anulada cuando todas ellas formen un conjunto unitario y conexo. Es el caso, por ejemplo, de la clasificación ilegal en un cuerpo de funcionarios por razón de la antigüedad: la Administración debe revisar la situación de todos los agentes en la misma circunstancia, además de la del agente afectado por la anulación⁶⁹. A estos supuestos hay que añadir los de la llamada *annulation par voie de conséquence*. Esta figura se da en aquellos casos en los que la ilegalidad de una decisión implica también la de otra decisión subsiguiente y siempre que la anulación de esta última se haya solicitado en las conclusiones del recurso dirigido contra el primer acto o bien en otro recurso paralelo. En estos casos, se admite que el juez que anula la primera decisión pronuncie también, *par voie de conséquence*, la anulación de la segunda, sin necesidad de entrar a juzgar el fondo de la misma⁷⁰. Para ello es necesario, lógicamente, que exista una conexión suficiente entre ambas decisiones tal y como ha venido exigiendo la jurisprudencia⁷¹.

Junto a estos efectos de la anulación es preciso considerar también el alcance que la misma tiene frente a terceros. Como en España, en principio, se afirma que la anulación tiene un alcance general⁷² o *erga omnes*.

Si el juicio de anulación se ciñe a las consecuencias que se acaban de sintetizar, hasta 1995 la situación era aún más restringida, puesto que ni siquiera se reconocía al juez administrativo el poder de *injection*, esto es, de impartir órdenes a la Administración. Esta restricción estaba en el origen de la decepción del hurón en su primera visita al Palais Royal, que observaba tristemente cómo el *recours pour excès de pouvoir* constituía, en muchos casos, una herra-

en application de l'article L. 600-12, peut remettre en vigueur, le cas échéant, le plan d'occupation des sols immédiatement antérieur».

⁶⁸ CE 3 novembre 1922, *Cachet*.

⁶⁹ CE Sect. 26 janvier 1934, *Glon*.

⁷⁰ Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, págs. 1131-1132.

⁷¹ Es de destacar especialmente el *Avis* del Conseil d'État de 30 de diciembre de 2013, en el que exige que la última decisión haya sido dictada en aplicación de la primera o que esta constituya su base legal. En otras palabras, que la decisión administrativa subsiguiente no haya podido legalmente ser dictada en ausencia del acto anulado.

⁷² Lo que se conoce como la *autorité absolue de la chose jugée*: Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, págs. 1086 y 1093.

mienta vacía de eficacia para el justiciable⁷³. Rivero reconfortaba al hurón por aquel entonces en la confianza de una evolución del sistema activada por el liberalismo del juez⁷⁴. En 1995, la situación cambia efectivamente de manera notable, aunque no debida a un tal liberalismo judicial, sino al legislador, que reconoce por primera vez al juez administrativo la potestad de *injection* frente a la Administración⁷⁵. La evolución posterior, en cambio, sí otorga a las palabras de Rivero un cierto carácter profético, puesto que en los últimos años el juez del *recours pour excès de pouvoir* está haciendo uso incuestionable de ese liberalismo y ampliando progresivamente sus poderes de modulación de las consecuencias de la anulación lo que, a juicio de cierto sector doctrinal, está empezando a desdibujar las fronteras entre este recurso y el *plein contentieux*, como en seguida veremos.

3. SOBRE LOS PROBLEMAS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE INTERÉS GENERAL DE LA CONSTRUCCIÓN QUE ACABA DE RESEÑARSE

A pesar de las particularidades propias de cada sistema y que han podido observarse al hilo de la precedente reseña, una de las ideas-fuerza en la construcción teórica de la nulidad en España y en Francia es la de su proyección —al menos en principio— *ex tunc*, es decir, que la nulidad es un vicio que afecta al acto de raíz, desde que nace, lo que implica en muchos casos una operación de reconstrucción, casi quirúrgica, del pasado por exigencias del principio de legalidad. El acto no debe —no debería— producir ningún tipo de consecuencia jurídica. *Quod nullum est nullum effectum producit*, reza el dictum clásico. Ocurre que, se quiera o no, el acto produce efectos desde que se dicta, tanto en el mundo real como en el jurídico, y ello porque antes de su anulación el acto se presume válido, es ejecutivo y la Administración autora del mismo no incurre en ilegalidad, léase, vía de hecho de proceder a su ejecución forzosa. En consecuencia, del acto anulado han podido nacer derechos subjetivos cuya destrucción podría afectar a intereses públicos o privados no menos dignos de protección.

Esa colisión entre las consecuencias teóricas, de corte absoluto, de la nulidad con otros bienes jurídicos no es algo exclusivo del derecho adminis-

⁷³ La cita se refiere al clásico trabajo de Jean Rivero (1962), «Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir», *Chronique Dalloz*, VI, págs. 37-40. Aquí se maneja la versión incluida en la obra colectiva *Pages de doctrine*, Paris: LGDJ, 1980, págs. 329-334.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 334.

⁷⁵ *Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.*

trativo. Sabido es que en el derecho civil, de donde en definitiva proviene la institución de la nulidad, el efecto-propagación de la radical ineficacia del acto nulo conoce excepciones, la más relevante de las cuales es la del art. 34 de la Ley hipotecaria, que establece que «el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». En estos supuestos, pues, las consecuencias teóricas de la ineficacia ceden en virtud de otro principio jurídico cual es de la confianza en la publicidad registral.

En materia de contratos, asimismo, el Código Civil contempla supuestos en los que la nulidad de los mismos no tiene por consecuencia la *restitutio in integrum* o reconstrucción exacta de la situación previa a su celebración. Es el caso de los contratos con causa ilícita o celebrados por incapaces. En este último caso, el incapaz no está obligado a restituir la cosa o precio que hubiera recibido excepto en la porción en que se haya enriquecido (art. 1304 CC). En el primer caso, cuando la nulidad proviene de la ilicitud de la causa y ello constituya delito o falta, se dará a las cosas el destino previsto en la legislación penal (art. 1305 CC) y, en cualquier caso, el culpable no podrá reclamar del otro la restitución de la cosa o precio entregados (art. 1306 CC). Otro supuesto digno de mención es el del art. 1473 CC, que regula el destino que ha de darse a la cosa cuando la misma haya sido objeto de diversos contratos. Una vez más, de la nulidad del contrato no se deriva como consecuencia ineluctable la reposición de la situación afectada a su estado primigenio, sino que la propiedad se transfiere a uno solo de los distintos compradores según las reglas que al efecto establece el propio artículo (el que primero haya tomado posesión de la cosa, si fuere mueble, o el que primero haya inscrito su adquisición en el Registro, si fuera inmueble, etc.)⁷⁶.

No faltan, por lo tanto, ejemplos en el ámbito civil para corroborar la idea que se viene exponiendo⁷⁷. En el ámbito del derecho administrativo ya ha

⁷⁶ A estos y algún otro ejemplo se refiere también Santamaría Pastor para argumentar que el principio de la eficacia *erga omnes* y el de la retroactividad de la nulidad no tienen carácter absoluto y, por tanto, no pueden constituir un criterio distintivo de la nulidad de pleno derecho: Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos...*, *op. cit.*, págs. 183-185.

⁷⁷ Cabe citar a este propósito en el ámbito civil la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, donde permite la flexibilización de la teoría tradicional en aplicación de los principios generales del derecho («No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos de forma destacada la seguridad

sido citado el art. 73 de la Ley Jurisdiccional, según el cual se han de conservar los actos firmes dictados en aplicación de un reglamento anulado antes de que la anulación haya sido pronunciada. O los supuestos de los arts. 49, 50 y 51 de la LPAC, a los que ahora cabe remitirse, lo que demuestra que la aplicación rigurosa de los planteamientos de la nulidad absoluta es más teórica que real. A estos supuestos habría que añadir el referido a la materia contractual, como ha recordado Martín Rebollo, donde la nulidad del contrato no impide que se mantengan ciertos efectos del mismo en virtud de la doctrina del *enriquecimiento injusto*⁷⁸.

Algo similar ocurre en el derecho administrativo francés, donde también es posible encontrar supuestos en los que la regla de la retroactividad de la nulidad queda matizada y, por ende, mitigado ese teórico regreso al pasado. A estos supuestos se refiere P. Weil en la obra que fuera su tesis doctoral y ya citada varias veces. Dentro de lo que llama la no retroactividad o la *victoria de los hechos sobre el derecho*, el autor distingue tres supuestos. En primer lugar, aquellos en los que la nulidad está desprovista de toda consecuencia práctica, donde la única finalidad es la de censurar la ilegalidad; a estos supuestos el autor los tilda de nulidad «platónica»⁷⁹. En segundo lugar, aquellos casos

jurídica— [...]»). Sentencia a la que se refiere también Martín Rebollo en «Nulidad, anulabilidad y conservación de actos. Un recordatorio básico y una reflexión abierta», *op. cit.*, pág. 380.

⁷⁸ Martín Rebollo, «Nulidad, anulabilidad y conservación de actos. Un recordatorio básico y una reflexión abierta», *op. cit.*, pág. 379.

⁷⁹ Weil, *Les conséquences de l'annulation...*, *op. cit.*, pág. 212. El autor cita el ejemplo del *arrêt Martin* y del asunto de la iglesia Saint-Paterne de Orléans. En este último supuesto, el alcalde de Orléans había ordenado la demolición de la susodicha iglesia por amenazar ruina, decisión que fue recurrida por el cura ante el Conseil d'État. Tras la pericial, el arquitecto determina que la demolición no era absolutamente necesaria por lo que el Conseil d'État debía anular la decisión del alcalde. Sin embargo, entre tanto, entra en vigor la Loi du 5 avril 1914, que desafectó la iglesia, que pasa entonces a ser titularidad del municipio. El alcalde pierde, por tanto, todo interés en el asunto puesto que a partir de entonces tiene las manos libres. El Conseil d'État, sin embargo, decide resolver el asunto y no se priva de entrar a analizar la legalidad de la decisión municipal (quizá con el fin, según P. Weil, de solucionar la cuestión de las costas procesales para el ayuntamiento). Como el propio autor señala, en otros casos, sin embargo, el Conseil d'État se ha abstenido de juzgar decisiones tales como las medidas adoptadas en aplicación de las leyes de Vichy, retroactivamente anuladas por la *Ordonnance du 9 août 1944*, por entender que habían perdido su objeto (aunque para el autor podía haber tenido interés entrar a conocer de estos actos como una forma de *censure morale*), *ibid.*, págs. 212-213.

frecuentes en los que la reposición de las cosas a su ser y estados anteriores es pura y simplemente imposible, lo que se compensa con una indemnización pecuniaria⁸⁰. Por último, el autor se refiere a aquellas hipótesis en las que la retroactividad sería perfectamente posible pero que aparece descartada por la ley o —lo que es más habitual— por la jurisprudencia, por razones de oportunidad o de interés general. Son los supuestos a los que nos venimos refiriendo desde el comienzo del epígrafe. En palabras de P. Weil: «[...] entre el rigor lógico de la retroactividad y la necesidad social de la estabilidad de las situaciones creadas, el Conseil d'État ha preferido con frecuencia ésta a aquél»⁸¹. Estabilidad o seguridad jurídica frente a las teóricas exigencias de la nulidad (que en el fondo no son otras que las del principio de legalidad). Seguridad jurídica que es en buena medida el fundamento, como en seguida se verá, de la evolución de los poderes del juez administrativo francés al enfrentarse a la anulación de un acto.

Un destacado supuesto en el que no se aplica la retroactividad exigida por la anulación de un acto en el derecho francés se refiere a la llamada *théorie des fonctionnaires de fait*. Alude a los supuestos en los que un agente público ha sido nombrado de manera irregular y ejerce —o ha ejercido— funciones públicas con apariencia de tener derecho a su ejercicio⁸². Según ha venido señalando tradicionalmente la jurisprudencia, el funcionario ilegalmente nombrado debe ser mantenido en sus funciones en tanto que la nulidad no sea expresamente declarada⁸³. Más aún: incluso si se produce la anulación de su nombramiento, se considera que el funcionario ha ejercido regularmente sus funciones hasta la fecha del pronunciamiento judicial⁸⁴. La anulación tiene, por tanto, efectos *ex nunc*, a partir de la fecha de la decisión judicial, y ello con la finalidad de proteger otros bienes jurídicos en presencia; en este caso, como indica P. Weil, el interés legítimo de terceros, por un lado, y el principio de continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos⁸⁵, por otro. Ello implica, además, que los actos producidos antes de la anulación del

⁸⁰ *Ibid.*, págs. 213-214.

⁸¹ *Ibid.*, pág. 214.

⁸² Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, pág. 1137.

⁸³ CE Ass. 2 novembre 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, CE 8 février 1995, *Mme Robert* o CE Sect. 16 mai 2001, *Préfet de police*.

⁸⁴ CE 27 octobre 1961, *Commune du Moule*; CE Ass. 2 décembre 1983, *Charbonnel*; CE Sect. 16 mai 2001, *Préfet de police*.

⁸⁵ Weil, *Les conséquences...*, *op. cit.*, pág. 215. El autor considera, sin embargo, que el mantenimiento de los actos anteriores a la anulación del nombramiento del agente no se encuadra dentro de la teoría de los funcionarios de hecho, bien que la razón de ser (la protección de los bienes jurídicos mencionados) sea la misma.

nombramiento son susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración⁸⁶.

Los supuestos en los que las consecuencias de la declaración de nulidad se diferencian al momento del pronunciamiento judicial por exigencias de los principios de seguridad jurídica o del interés público no se agotan en los ejemplos citados. En nuestro sistema es bien conocido el caso de las sentencias prospectivas del Tribunal Constitucional⁸⁷. En el ámbito europeo, igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene haciendo uso desde hace años de la posibilidad, permitida por los tratados, de modular el alcance de sus pronunciamientos⁸⁸, y es esta una de las razones que están en la base de la evolución de los poderes del juez administrativo en el marco del *recours pour excès de pouvoir*.

III. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: LOS PODERES DE MODULACIÓN DEL JUEZ DEL *EXCÈS DE POUVOIR*

En el año 1995, la clásica revista francesa *Actualité juridique du droit administratif* recogía, con el título *Questions pour le Droit administratif*⁸⁹, algunas reflexiones de interés al hilo de un debate entre grandes administrativistas, entre los que se encontraban G. Vedel, Y. Gaudemet, G. Braibant, R. Drago

⁸⁶ Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, pág. 1138. Sobre el problema de la remuneración de los servicios prestados por el funcionario con anterioridad a la anulación de su nombramiento, véase el *arrêt* Deberles du 7 avril 1933 y la *règle du service fait* que el mismo aplica: Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, págs. 1139-1140.

⁸⁷ Véase, en especial, la importante STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que el tribunal afirma que: «Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». Posteriormente, en la STC 195/1998, de 1 de octubre, el Tribunal Constitucional sostiene que «la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición [...]». Sobre esta cuestión: Martín Rebollo, «Nulidad, anulabilidad y conservación de actos...», *op. cit.*, pág. 379.

⁸⁸ Sobre esta materia: P. Cassia (2005), «La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire», *AJDA*, pág. 1025.

⁸⁹ G. Braibant, R. Drago, Y. Gaudemet, D. Labetoulle, A. Lyon-Caen, P. Le Mire, J. Moreau, G. Vedel y P. Waquet (1995), «Questions pour le Droit administratif», *AJDA*, págs. 11 y ss.

o D. Labetoulle (autor este último de un posterior informe fundamental en el ámbito urbanístico). En este debate, G. Braibant planteaba, en línea con lo que se ha expuesto en el epígrafe precedente, que la anulación de un acto reglamentario por el juez del *excès de pouvoir* y su efecto retroactivo pueden entrañar en ocasiones consecuencias «tellement catastrophiques» que hacen necesarias las leyes de validación. Por esta razón, el citado profesor proponía beneficiarse de una cierta *contaminación* del derecho europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que distinga —como ya se ha dicho— entre los efectos *ex tunc* y *ex nunc* de sus decisiones⁹⁰. Semejante propuesta fue respaldada con una adhesión casi unánime por el resto de profesores intervinientes⁹¹ e incluso concitó la adhesión «chaleureuse» de G. Vedel. R. Drago advertía que, pese a tratarse de una solución interesante desde el punto de vista práctico, era necesaria una ley: «no es imaginable que ello pueda realizarse por vía jurisprudencial». La evolución posterior demostraría que sí.

1. LAS TÉCNICAS JURISPRUDENCIALES

La gran decisión en materia de modulación temporal de los efectos de una anulación tiene lugar en 2004 con el asunto *Association AC!* Este pronunciamiento marca, sin duda, un punto de inflexión en relación a la extensión de los poderes del juez del *excès de pouvoir*. Sin embargo, junto a ella es preciso referirse a otros pronunciamientos que, si bien no vinculados específicamente al problema de la retroactividad de la anulación, sí se inscriben en estas mismas preocupaciones, de carácter más amplio, de valorización de las exigencias de la seguridad jurídica sobre el severo respeto de la legalidad.

Por un lado, interesa mencionar las técnicas desarrolladas por la jurisprudencia antes incluso de la fecha citada y que están destinadas a evitar, según se dice, anulaciones estériles o inútiles⁹². Es el caso, por ejemplo, de la técnica de la *inopérance des moyens*. Se trata de aquellos motivos o argumentos alegados por el recurrente en el seno de un recurso *pour excès de pouvoir* que no tienen repercusión sobre la resolución del litigio, incluso si están bien fundados⁹³.

⁹⁰ Véase, sobre esta cuestión, P. Cassia (2005), «La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire», *AJDA*, págs. 1025 y ss.

⁹¹ El profesor que más crítico se mostró con esta opción fue Pierre Le Mire, quien formuló ciertas reservas puesto que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el juez trasluce con esta actitud una *subjectividad excesiva*.

⁹² *Ibid.*, pág. 1428. Sobre esta cuestión: B. Seiller (2004), «L'illegalité sans annulation», *AJDA*, págs. 963 y ss.

⁹³ Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, pág. 810.

Siguiendo a Plessix, esta técnica se aplica en una hipótesis bastante singular: aquella en la que la decisión administrativa deriva de una potestad de carácter estrictamente reglado, de manera que, incluso si se anulara el acto con base en el motivo aducido por la parte, la Administración dictaría una resolución en idéntico sentido. El juez evita este tipo de anulaciones estériles rechazando aquellos motivos considerados inoperantes⁹⁴. Cercana a esta herramienta se encuentra la de la *neutralisation des motifs*, mediante la cual se consideran inofensivos aquellos motivos en los que la Administración ha basado la decisión si existen otros que le sirvan paralelamente de fundamento legal⁹⁵. Unos motivos *neutralizan* los otros, con lo cual el juez puede evitar, nuevamente, las anulaciones inútiles⁹⁶.

Hasta 2004, en virtud de la jurisprudencia *Perrot*, el juez exigía que los motivos invocados por la Administración fueran contemporáneos al acto, es decir, que no se invocaran por primera vez en el recurso. Además, para mantener una decisión administrativa con motivos erróneos era necesario estar ante el ejercicio de una potestad reglada; en otras palabras —al igual que en la técnica de *l'inopérance des moyens*—, que la Administración hubiera dictado la misma decisión con motivos válidos. Estas exigencias cambian con el importante *arrêt Hallal*⁹⁷, en el que el juez da un paso más y admite la llamada *substitution des motifs*. Aquí no se trata ya de hacer un motivo «inofensivo» sino que el juez corrige la propia decisión administrativa, en el sentido de *sustituir* el motivo que le sirvió de fundamento por otro nuevo y, más aún, tanto si deriva del ejercicio de una potestad reglada como de una potestad de carácter discrecional⁹⁸. Ello no significa, no obstante, que el juez determine por sí mismo el nuevo motivo —lo que desde luego iría groseramente más allá de sus funciones— sino que permite a la Administración en la vía contenciosa proponerlo ella misma, como si sacara —siguiendo a Plessix— *un conejo de la*

⁹⁴ En palabras de J.-M. Auby (1966) : «Si le juge, à supposer le moyen fondé, prononce l'annulation de l'acte, l'Administration sera nécessairement tenue de reprendre le même acte: la censure juridictionnelle sera dépourvue de conséquences pratiques. Dès lors, le juge, se plaçant sur le terrain de l'efficacité de son intervention plutôt que sur celui de la légalité pure va renoncer à prononcer une annulation platonique»: Auby, J.-M., «Les moyens inopérants dans la jurisprudence», en *AJDA*, pág. 5. En el plano jurisprudencial véase, por ejemplo, CE 14 avril 1976, *Soc. an. Sumaco-Conforama*; CE 2 novembre 1976, *Comm. D'Elancourt* o CE 3 février 1999, *Montaignac*.

⁹⁵ CE ass. 13 janvier 1968, *Perrot*.

⁹⁶ Plessix, *Droit administratif*, *op. cit.*, pág. 1428.

⁹⁷ CE 6 février 2004.

⁹⁸ Plessix, *Droit administratif*, *op. cit.*, pág. 1431.

*chistera*⁹⁹. No hace falta subrayar el alcance de esta posibilidad¹⁰⁰. Como se ha afirmado en la doctrina: el recurso por *excès de pouvoir* se convierte así en una suerte de taller de reparación y reescritura de las decisiones administrativas¹⁰¹.

Digna de mención es igualmente la posibilidad que admiten los *arrêts Titran* y *Vassilikiotis* de pronunciar lo que podemos llamar una *anulación condicionada* o *condicional*, sintagmas no estrictamente equivalentes, aunque en ambos se permita que la Administración corrija la ilegalidad observada. En el caso de la *annulation conditionnée* del *arrêt Titran*, el acto administrativo es anulado automáticamente si la modificación o subsanación no se produce en el plazo establecido por el juez. En el supuesto, en cambio, de la *annulation conditionnelle* —que fue propuesta por el *commissaire du gouvernement* en el *arrêt Vassilikiotis*— el juez constata la ilegalidad del acto y acuerda la suspensión de la vigencia de la decisión impugnada para dejar tiempo a la Administración para que pueda proceder a la regularización. A la expiración de este plazo que dicha regularización haya tenido lugar, el juez pronunciará con carácter definitivo la anulación.

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 1431.

¹⁰⁰ Conviene precisar, no obstante, que, en el ámbito español hay una tendencia jurisprudencial que va en la línea de la francesa. Tal y como explican L. Martín Rebollo y A. Sánchez Lamelas en sus comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, frente al criterio clásico de no aceptar que la Administración invoque en la contestación a la demanda motivos o causas distintos de los empleados en vía administrativa, existe alguna sentencia, como la STS de 26 de mayo de 2011, que acepta la posibilidad para la Administración de respaldar su actuación en razones distintas de las que esgrimió en vía administrativa. Según esta jurisprudencia, el hecho de que la ley jurisdiccional permita al actor plantear en el proceso argumentos que no había utilizado en vía administrativa ha de verse como una superación de la concepción del recurso como instancia puramente revisora: L. Martín Rebollo y A. Sánchez Lamelas (2015), *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pág. 325. Asimismo, el art. 65.2 en conexión con el 33.2 de nuestra ley jurisdiccional permite al juez —oídas las partes— la introducción de nuevos motivos en el acto de la vista o en las conclusiones: *ibid.*, págs. 379-384.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 1430 [con cita de Clouzot, L. (2012), *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Paris: Dalloz]. Existen, no obstante, ciertas condiciones para que pueda operar esta técnica de sustitución, a saber: es preciso dar audiencia al interesado recurrente, el nuevo motivo debe ser idóneo para fundamentar la decisión administrativa. Además, es necesario verificar que la Administración habría tomado la misma decisión de haber retenido *ab initio* el motivo posteriormente esgrimido en vía contencioso-administrativa y que dicho motivo no vaya acompañado de unas garantías procedimentales particulares de cuyo beneficio se pueda ver privado el interesado: Plessix, *Droit administratif*, *op. cit.*, pág. 1431.

En materia de vicios de carácter formal o procedimental, la jurisprudencia de referencia es la definida en el *arrêt Danthony*, de 23 de diciembre de 2011. Esta jurisprudencia se inspira en el art. 70 de la *Loi de 17 mai 2011*, que establece que cuando una autoridad administrativa procede a la consulta previa de un organismo, *solo las irregularidades susceptibles de haber ejercido una influencia en el sentido de la decisión pueden ser invocadas* para su anulación. Esta importante previsión tenía, sin embargo, ciertas limitaciones porque se refería únicamente a los supuestos de consulta de un órgano colegiado y a las irregularidades en los informes efectivamente emitidos, pero nada decía sobre los supuestos en los que se ha omitido el trámite en cuestión. En el *arrêt Danthony*, el Conseil d'État se apoya en el contenido de esta disposición, pero avanza un paso más. Por lo pronto se refiere tanto a la irregularidad de un trámite efectuado como a la pura omisión del mismo. Además, establece que el vicio procedimental solo puede dar lugar a la ilegalidad del acto en cuestión «s'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intereses d'une garantie». En otras palabras, para el Conseil d'État, la irregularidad formal entraña la ilegalidad de la decisión administrativa cuando ha podido ejercer una influencia sobre el sentido de la decisión, tal y como ya contemplaba la *Loi de 17 mai 2011* y, en segundo lugar, cuando el trámite constituye una *garantía* para el interesado, tenga o no repercusiones en el sentido de la decisión. Me parece una precisión importante que puede enriquecer el tratamiento que entre nosotros se da a este tipo de vicios formales.

No está de más mencionar, igualmente, la técnica de la *substitution de la base légale*, que puede tener lugar cuando el juez detecta, al resolver un supuesto particular, un error sobre la norma que resulta aplicable al mismo. De oficio (dando la posibilidad de formular alegaciones a las partes)¹⁰² o a solicitud de la Administración, el juez puede sustituir el fundamento jurídico de la decisión administrativa por otro, siempre que no existan garantías particulares de procedimiento¹⁰³. Siendo sin duda una técnica de interés, no reviste empero la trascendencia de las ya mencionadas ni desde luego la del *arrêt Association ACI*, cuya repercusión sobre la noción de nulidad, sus consecuencias en el tiempo y los poderes de modulación del juez, resulta de una mayor profundidad¹⁰⁴.

¹⁰² Chapus, *Droit du contentieux...* op. cit., pág. 1005.

¹⁰³ Plessix, *Droit administratif*, op. cit., pág. 1430. Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo: CE Sect. 8 mars 1957, *Rozé*; CE Sect. 27 janvier 1961, *Daunizeau*; CE Sect. 3 décembre 2003; *Préfet de la Seine-Maritime*. En el ámbito español, recuérdese lo apuntado en la nota 98 a propósito de la introducción de nuevos motivos con posterioridad a la demanda o a su contestación.

¹⁰⁴ Según precisan O. Dubos y F. Melleray, pese a la trascendencia de este *arrêt*, se trata más de una evolución jurisprudencial que de una revolución, puesto que se trata de

En este supuesto, diversos recurrentes entre los que se encontraba la *Association AC!* («Les amis d'agir ensemble contre le chômage») atacaron varios *arrêtés* ministeriales de 5 de febrero de 2003 —considerados de naturaleza reglamentaria— que aprobaban, por una parte, algunas modificaciones de una antigua *convention d'assurance chômage* de 1 de enero de 2001 y, por otra, una nueva *convention d'assurance chômage* para un periodo de tres años a contar desde el 1 de enero de 2004 sobre seguro de desempleo. Estos *arrêtés* estaban afectados de vicios de ilegalidad formales (irregularidad en la composición del *Comité supérieur de l'emploi* cuya audiencia venía exigida por el *Code du travail*), así como de vicios de fondo en relación a ciertas estipulaciones de las convenciones¹⁰⁵, que son los que fueron estimados por el Conseil d'État. La originalidad de este pronunciamiento está en que el juez, a pesar de pronunciarse favorablemente sobre la nulidad y de afirmar que en principio el acto nulo «est réputé d'être jamais intervenu», considera al mismo tiempo —siguiendo las conclusiones del *Commissaire du gouvernement C. Devy*¹⁰⁶— que cuando las consecuencias de la retroactividad resultan «manifestamente excesivas», se pueden modular los efectos temporales de esa anulación¹⁰⁷. En este caso, concretamente, a la vista de los efectos excesivos que podría ocasionar una anulación con eficacia retroactiva en relación a la continuidad del régimen del seguro por desempleo, el Conseil d'État determina que la anulación de algunas de las disposiciones cuestionadas se difiera al 1 de julio de 2004 y que algunos de los efectos producidos se consideren definitivos¹⁰⁸.

una solución que venía ya siendo reclamada por buena parte de la doctrina. Cita, por ejemplo, a Galmot, que, apoyándose en el ejemplo del TJUE, se preguntaba: «Sommes-nous assurés, [...], juristes français de droit public, que notre théorie de l'effet des annulations contentieuses est bien adapté à la réalité? La multiplication des validations législatives d'actes annulés ne devrait-elle pas nous conduire à entreprendre sur ce sujet, une réflexion qui pourrait l'alimenter, entre autres, dans les possibilités ouvertes, en droit communautaire, par l'article 174 du Traité CEE [...]?», Y. Galmot (1990), «Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des communautés européennes», *RFDA*, pág. 262. Artículo citado por O. Dubos y F. Melleray (2004), «La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif», *Droit Administratif*, 8/9, étude 15, pág. 9.

¹⁰⁵ Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative... op. cit.*, págs. 798-799.

¹⁰⁶ C. Devys (2004), «La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative», *Revue Française de Droit Administratif*, págs. 454 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. A.-C. Bezzina (2014), «2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!», *Revue Française de Droit Administratif*, págs. 735 y ss.

¹⁰⁸ Sobre la evolución posterior a esta jurisprudencia y otros pronunciamientos en materia de modulación de las consecuencias de la nulidad: Bezzina, «2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!», *op. cit.*, págs. 735 y ss.

El razonamiento que sigue el Conseil d'État en el supuesto plantea inmediatamente la cuestión de qué ha de entenderse por «efectos excesivos» de la nulidad, para lo que el propio pronunciamiento ofrece algunas pautas o criterios. Por lo pronto, debe hacerse un uso excepcional de esta posibilidad. Se han de valorar, señala, tanto los efectos que el acto ilegal haya podido producir o las situaciones creadas mientras estuvo en vigor, como otras razones de interés general. Dicho de otro modo, según esta jurisprudencia, el juez ha de proceder a una *ponderación* de los intereses —públicos y privados— en presencia que aconsejen una modulación en el tiempo de los efectos de la sentencia, por una parte; y, por otra, los inconvenientes de la referida modulación en relación al principio de legalidad y al derecho a una tutela judicial efectiva. Además, debe respetar todos los recursos cuya resolución esté pendiente, pues de lo contrario se desconocería este último derecho¹⁰⁹.

Como se puede observar, lo que late en la ponderación a la que el Conseil d'État se refiere no es sino la tensión entre el principio de legalidad, por un lado, y el de la seguridad jurídica¹¹⁰, o a las exigencias del interés general, por otro¹¹¹. Si la seguridad jurídica había sido tradicionalmente un criterio o canon para juzgar la legalidad, aquí aparece como una condición que opera en un momento posterior, es decir, que una vez determinado que el acto es ilegal, para que esa ilegalidad despliegue sus efectos ha de pasar por el filtro de la seguridad jurídica¹¹². La pregunta que habría que formularse es la siguiente: ¿forma parte de las funciones del juez la modulación de las exigencias de la legalidad en función de un interés general cuyo contenido él mismo determina? No faltan voces en la doctrina francesa que han formulado serias objeciones

¹⁰⁹ Long *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, págs. 803-804.

¹¹⁰ Sobre la articulación de estos dos principios: L. Tesoka (2006), «Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français», *AJDA*, págs. 2214 y ss.

¹¹¹ El reconocimiento de este poder de modulación a favor del juez ha hecho que parte de la doctrina francesa empiece a subrayar el debilitamiento de la distinción, arriba señalada, entre el recurso por *excès de pouvoir* y el contencioso de *pleine juridiction*. Así, por ejemplo, Dieu señala que el juez del *excès de pouvoir* comienza a interesarse por los efectos o el curso de los acontecimientos posteriores al momento en que el acto se dictó no ya en el momento en que juzga su ilegalidad sino, más allá, en el plano de las consecuencias que se han de extraer de su decisión. Mantener algunos de los efectos del acto en cuestión supone, a juicio del autor, una manera de reformarlo: F. Dieu (2016), «La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique», *AJDA*, pág. 2434.

¹¹² Tesoka, «Principe de légalité ...», *op. cit.*, págs. 2214 y ss.

a esta potestad de modulación, a propósito, en concreto, de este pronunciamiento¹¹³, pero también en relación a las llamadas *reservas de interés general*, cuya reseña se impone de modo ineludible.

El 29 de enero de 2003, el Conseil d'État emite un pronunciamiento en el asunto *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, que resulta importante por varios motivos. Por un lado, se integra en una evolución¹¹⁴ —tanto legal¹¹⁵ como jurisprudencial— dirigida a la flexibilización del principio clásico de intangibilidad de la obra pública según el cual, por utilizar la conocida expresión, «ouvrage public mal planté ne se détruit pas». En efecto, el Conseil d'État ratifica un planteamiento que venía siendo acogido por otros tribunales¹¹⁶, esto es, que la obra pública no es absolutamente intangible, como durante muchos años se mantuvo, sino que

¹¹³ Stahl y Courrèges plantean, por ejemplo, entre otras objeciones, que el reconocimiento de este poder de modulación al juez administrativo supone atribuirle una suerte de poder «normativo», lo que suscita un problema de legitimidad así como la cuestión de la elección subjetiva por parte del juez como es la fecha de la decisión jurisdiccional: J.-H. Stahl y A. Courrèges (2004), «La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse», *RFDA*, pág. 445.

¹¹⁴ Sobre esta cuestión resulta inexcusable la remisión a dos trabajos de J. Barcelona Llop que analizan con profundidad la evolución del principio. El primero: (2001) «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (*Ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)», *Revista de Administración Pública*, 154, págs. 463 y ss. El segundo: (2004) «Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia», *RAP*, 164, págs. 371 y ss.

¹¹⁵ Se trata de la reforma de 1995 operada por la *Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, que atribuye por primera vez a los jueces el poder de *injection* —de dirigir órdenes— contra la Administración.

¹¹⁶ Cabe citar, en este sentido, la decisión del *Tribunal de Conflits* de 6 de mayo de 2002, *M. et Mme. Binet c/ Electricité de France* (que reconoce la competencia del juez civil para ordenar la demolición de una obra pública en los supuestos de vía de hecho); el *arrêt* del Conseil d'État de 19 de abril de 1991, *Époux Denard, époux Martin* (que acepta que el juez administrativo pueda anular un acuerdo gubernativo que se niega a demoler una obra pública en caso de error manifiesto de apreciación); el *arrêt* de la Cour Administrative d'Appel de Marseille de 5 de marzo de 2002, *Mme. Gasiglia* (que reconoce que el hecho de que una línea eléctrica constituya una obra pública no es obstáculo para que el juez administrativo ordene la destrucción y la vuelta de las cosas a su estado original). Todas estas decisiones son analizadas exhaustivamente por J. Barcelona Llop en los dos trabajos citados: «La obra pública y su protección jurídica en Francia...», *op. cit.*, págs. 463 y ss., y «Nuevas tribulaciones...», *op. cit.*, págs. 371 y ss.

en ciertos supuestos dicha intangibilidad debe ceder y dar paso a soluciones más matizadas. El Conseil d'État establece, en este sentido, algunos requisitos a los que debe sujetarse la demolición de la obra, la verificación de cuyo cumplimiento corresponde al juez en cada caso¹¹⁷. Por un lado, el *arrêt* exige que no sea posible una regularización de la situación ilegal. En la negativa, el juez debe efectuar, por un lado, una ponderación de los diversos intereses —públicos y privados— que podrían resultar afectados de acordar la demolición de la obra, especialmente para el propietario del terreno y, por otro lado, las consecuencias de la demolición para el interés general. En fin, el Conseil d'État añade un inciso final y exige apreciar «en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général». Es esta expresión la que resulta relevante a los efectos de este trabajo y que sintetiza el significado de las reservas de interés general.

El 26 de febrero de ese mismo año, el Conseil d'État emitió otro pronunciamiento en el asunto *M. et Mme. Bour*, donde volvía a utilizar idéntica expresión. Admite que cuando el juez anula una decisión administrativa de venta o adquisición preferente, el restablecimiento de la situación inicial opera siempre que no se haya producido la cesión efectiva del bien y, además, siempre que ello «ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général»¹¹⁸. El interés general se convierte, como señala J.-B. Auby con gráfica expresión, en *amortiguador de la cosa juzgada* en beneficio de la Administración pública¹¹⁹. La particularidad está en que, tal y como ocurría con la modulación en el tiempo de los efectos de la anulación, el interés general no interviene para modular la regla de derecho en sí misma sino para suavizar, en beneficio de la Administración pública, el restablecimiento de aquella una vez constatada su violación. La Administración goza en estos supuestos, dice Auby, de una suerte de inmunidad de ejecución.

¹¹⁷ Para un comentario más detallado de estos requisitos: Barcelona Llop, «Nuevas tribulaciones...», *op. cit.*, págs. 383-387.

¹¹⁸ Una disección del referido pronunciamiento en: C. Chamard-Heim, F. Melleray, R. Noguellou y P. Yolka (2015), *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2ª ed., Paris: Dalloz, págs. 244-253. Otros pronunciamientos en los que aparece la reserva de interés general son, por ejemplo, el *arrêt* del Conseil d'État de 10 de diciembre de 2003, Institut de recherche pour le développement; el *arrêt* del Conseil d'État de 25 de febrero de 2005, France Télécom; el *arrêt* del Conseil d'État de 18 de noviembre de 2005, Société fermière de Campoloro; el *arrêt* del Conseil d'État de 21 de diciembre de 2016, Union syndicale Solidaires Fonctions publiques et assimilés, entre otros.

¹¹⁹ J.-B. Auby (2003), «À propos des réserves d'intérêt général», *Droit administratif*, repères 6.

F. Brenet afirma que a pesar de que el recurso a las reservas de interés general se ha hecho bastante habitual en la jurisprudencia francesa¹²⁰, la noción continúa en desarrollo y sus perfiles no están nítidamente dibujados¹²¹. Coincide con J.-B. Auby, sin embargo, en una idea importante: que en estos casos el interés general actúa como *fundamento y límite* del poder judicial, puesto que en nombre del mismo el juez administrativo modela las consecuencias que se extraen de la ilegalidad de un acto administrativo¹²². El autor se muestra crítico con la noción y advierte de algunos problemas que pueden surgir con su empleo. Por una parte, entiende que la noción de reserva de interés general se ha convertido en un estándar jurisprudencial de una notable *imprecisión*, dadas las dificultades ligadas a la propia definición del interés general, lo que suscita enormes problemas de inseguridad jurídica. A ello se añade la exigencia utilizada en algunos pronunciamientos de que la *atteinte* al interés general sea *excessive*, adjetivo cuya apreciación queda igualmente en manos del juez administrativo y que genera aún más incertidumbres e inseguridades¹²³. Otra cuestión que se suscita es la de si el recurso a estas reservas de interés general depende en alguna medida de la *naturaleza de la ilegalidad* que afecta al acto, en el sentido de resultar pertinente cuando el vicio es más venial y menos cuando es más grave, interrogación que parece tener, según el autor, tal y como es avalado por algunos pronunciamientos judiciales, una respuesta afirmativa¹²⁴, bien que no se trate de un asunto definitivamente resuelto.

Pero las dificultades no acaban ahí. Las reservas de interés general pueden suscitar problemas a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva y a la

¹²⁰ Véase, entre otros, el *arrêt* del Conseil d'État de 10 de diciembre de 2003, Institut de recherche pour le développement; el *arrêt* del Conseil d'État de 25 de febrero de 2005, France Télécom; el *arrêt* del Conseil d'État de 18 de noviembre de 2005, Société fermière de Campoloro; el *arrêt* del Conseil d'État de 21 de diciembre de 2016, Union syndicale Solidaires Fonctions publiques et assimilés.

¹²¹ F. Brenet (2007), «Les réserves d'intérêt général», en *Le droit administratif: permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Paris: Dalloz, pág. 142.

¹²² *Ibid.*, pág. 143.

¹²³ Como explica el autor, no parece, sin embargo, que esta *atteinte excessive* pueda ser de naturaleza exclusivamente financiera, como se puso de manifiesto en el citado *arrêt Association AC*: «La seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de cette annulation», *ibid.*, pág. 152.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 153.

ejecución de sentencias, puesto que se deja en manos del juez la decisión de si algunos efectos de la nulidad han de quedar neutralizados, privando por tanto al interesado de los efectos normales de una anulación¹²⁵. Y lo que es más grave, se corre el riesgo, como en líneas anteriores hemos apuntado, de alterar las funciones que corresponden al juez y a la Administración, al permitir a aquel determinar el contenido del *interés general* en cada supuesto. En palabras de F. Melleray y O. Dubos, el interés general deja de ser un asunto de la Administración para convertirse en el fundamento del poder jurisdiccional del juez¹²⁶ o, en términos de Brenet, la activación de este poder jurisdiccional presenta un importante componente político que puede ir más allá de lo que se entiende que es el oficio del juez. Y todo ello con un resultado que no deja de resultar paradójico: en nombre de la seguridad jurídica se recurre a un instrumento —las reservas de interés general— que es en sí mismo fuente de no menores incertidumbres¹²⁷.

2. LAS REFORMAS LEGALES

En abril de 2013, el grupo de trabajo creado a propuesta de la entonces *Ministre de l'égalité des territoires et du logement*, Mme. Duflo, emite un informe, conocido como el informe Labetoulle, en el que se incluían algunas propuestas de reforma en el ámbito del derecho urbanístico con el objeto de combatir los recursos abusivos¹²⁸ y acelerar el curso de la justicia en estos sectores. Entre dichas propuestas figuraba, por ejemplo, la limitación de la legitimación para recurrir, la introducción de un procedimiento para la *crystallisation des moyens* (según el cual el juez puede fijar una fecha a partir de la cual no se admiten nuevas pretensiones por las partes), la redefinición de la acción de demolición y de las posibilidades de transacción, etc. En lo que aquí interesa, el informe planteaba la introducción de un mecanismo según el cual el juez administrativo que, al detectar un vicio de ilegalidad en un permiso de construcción,

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 159. Auby señala en este sentido que no corresponde al juez fijar los límites del principio constitucional inherente a todo Estado de derecho según el cual hay que ejecutar lo juzgado: Auby, «À propos des réserves d'intérêt général», *op. cit.*, En derecho español, esta afirmación es merecedora de una cierta puntualización, bien que no afecte a la esencia del principio, si se tiene en cuenta que es admisible la inexecución de sentencias por *imposibilidad material o legal*, cuya determinación corresponde, en definitiva, al juez.

¹²⁶ Dubos y Melleray, «La modulation dans le temps...», *op. cit.*, pág. 14. Igualmente Brenet, «Les réserves d'intérêt général», *op. cit.*, pág. 156.

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 155.

¹²⁸ Sobre esta cuestión: M. Soazic (2013), «Recours abusifs et recours "mafeux": la chasse est ouverte!», *AJDA*, 33, pág. 1909.

estimara que ese vicio podía ser corregido, podía limitar la anulación a dicha parte para permitir la modificación del permiso (anulación parcial)¹²⁹, o bien suspender el procedimiento y fijar una fecha para la regularización del acto en cuestión.

Esta ampliación de los poderes del juez fue posteriormente introducida en el plano del derecho positivo a través de dos importantes reformas del *Code de l'urbanisme*. La primera, introducida por la *Ordonance de 18 juillet 2013*, modifica los artículos L. 600-5 y L. 600-5-1 para permitir al juez, en el mismo sentido propuesto por el informe Labetoulle, suspender el procedimiento durante el plazo que él mismo determina para que el acto se regularice. Esta posibilidad se refiere, no obstante, a los *permis de construire*. En lo que atañe a los *documents d'urbanisme* —esto es, los planes locales de urbanismo, los esquemas de coherencia territorial—, la reforma tuvo lugar con la *Loi de 24 mars 2014* (también conocida como ALUR) que, inspirada en la ordenanza anterior, modificó el artículo L. 600-9 en el sentido de permitir al juez, en ciertos supuestos que el propio artículo define, suspender el proceso para permitir la regularización de los documentos de urbanismo en el plazo por el mismo fijado y durante el cual siguen siendo aplicables.

Si se observa en su conjunto estas últimas reformas legales y las técnicas jurisprudenciales que se han expuesto anteriormente, se tiene una idea de la vertiginosa evolución que han experimentado los poderes del juez administrativo en el sistema francés, teniendo en cuenta que su situación de partida en el marco del *recours pour excès de pouvoir* era bastante más limitada que entre nosotros. Ello contrasta con la postura en la que se sitúa la jurisprudencia española especialmente en el ámbito del urbanismo, a la que resulta oportuno referirse en este momento.

IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: EL CASO DEL URBANISMO

Como se adelantó en la introducción, la tendencia seguida por los tribunales españoles en relación a las consecuencias de la nulidad de un acto o reglamento dista mucho de la que se acaba de describir en el derecho francés.

¹²⁹ Según el propio informe expone, la posibilidad de la anulación parcial de un *permis de construire* ya era admitida por la legislación urbanística con anterioridad (artículo L. 600-5, según la redacción de la *Loi 2006-872*, du 13 juillet 2006). Sin embargo, esta disposición dejaba en manos del interesado o la autoridad administrativa competente la posibilidad de solicitar y, en su caso, acordar la modificación en cuestión y, además, se refería únicamente a los supuestos en los que el vicio afectaba solo a una parte del permiso.

Más bien podría decirse que, especialmente en el sector del urbanismo, se sitúa en las antípodas. En efecto, el Tribunal Supremo mantiene una posición, quizá, excesivamente formalista en relación con los planes urbanísticos que, en virtud de su caracterización como normas reglamentarias, son tachados de nulos de pleno derecho, de incurrirse en su procedimiento de aprobación en algún vicio invalidante¹³⁰. No se admite, siguiendo el planteamiento teórico clásico, ni su convalidación o subsanación, ni la conservación de actos y trámites, ni mucho menos la modulación de las consecuencias de la declaración de nulidad como sí permite el juez francés. De modo que, declarada la nulidad del plan, la consecuencia no puede ser otra sino la elaboración y aprobación *ab initio* de un nuevo plan de urbanismo.

Aunque no es posible dar cuenta aquí de todos los pronunciamientos en la materia —asunto que por lo demás ha sido ya tratado por la doctrina—¹³¹ no está de más traer algunos extractos relevantes a efectos ilustrativos. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012, que anuló un plan general por falta de motivación en el cambio de la clasificación del suelo, el Tribunal Supremo afirma que «no se puede subsanar, enmendar o convalidar el plan nulo»¹³². En su Sentencia de 4 de mayo de 2016, el Tribunal Supremo sostiene que cuando un plan es declarado nulo de pleno derecho, «se requiere iniciar un nuevo procedimiento con todos sus trámites, entre los que está el que han de emitirse todos los informes exigidos por la legalidad vigente al tiempo de esta nueva tramitación»¹³³, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2016 (RJ/2016/2504).

¹³¹ Resulta imprescindible la cita de la obra dirigida por M. Bassols y G. Soria (2017), *Los efectos de la nulidad de los Instrumentos de planeamiento urbanístico*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Cabe también citar la comunicación presentada por J.-M. Alegre Ávila y A. Sánchez Lamelas en el Congreso de la AEPDA, celebrado en San Cristóbal de La Laguna, Tenerife, en febrero de 2017: «Notas para un bosquejo de una controversia dialogada acerca de las consecuencias y efectos de la anulación del plan general de ordenación urbana de Santander». En esta comunicación se da cuenta de la negativa del Tribunal Supremo a la hora de acceder a la subsanación, vía retroacción, de los defectos o vicios que han determinado la anulación del plan», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa... op. cit.*, págs. 521-538. Del propio J.-M. Alegre Ávila puede asimismo citarse su «Acerca de la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos», disponible en línea en: www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1878-Articulo.aspx [última visita: marzo de 2019].

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012 (RJ/2012/9762).

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016 (RJ/2016/211).

2013 se afirma que la nulidad «hace inviable la aplicación del régimen jurídico propio de la anulabilidad de los actos administrativos, así como de los principios de conservación y de convalidación, también reservados a los actos administrativos y no a las disposiciones de carácter general»¹³⁴.

Una aplicación rigurosa o radical de la concepción clásica de la nulidad que, por otra parte, tampoco se ajusta del todo a los contornos de la referida concepción, pues, como ya se ha visto, el ordenamiento jurídico ha admitido desde siempre, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, excepciones a la absoluta retroactividad de la nulidad y a su oponibilidad *erga omnes*. Conscientes o no de ello, los jueces parecen agarrarse a la idea de que la nulidad radical de un instrumento de planeamiento urbanístico no puede producir ningún efecto¹³⁵ y ello con independencia de la gravedad del vicio en que haya incurrido. No es de extrañar que la doctrina haya reaccionado ante los inflexibles contornos de esta solución y postule la necesidad de una interpretación adaptada a las exigencias de la realidad social. Entre estos autores se sitúa A. González Sanfiel, que afirma que el juez debe tener la capacidad de modular los efectos de la sentencia¹³⁶; S. del Saz, quien, apoyándose en alguna de las técnicas francesas examinadas, ha propuesto la toma en consideración de otras soluciones para evitar los efectos radicales de la nulidad en el sector urbanístico¹³⁷; o C. Agoués, que también se refiere a la búsqueda de un mayor equilibrio entre la declaración de nulidad y las situaciones jurídicas creadas al amparo del instrumento anulado, defendiendo que los efectos de la nulidad de los reglamentos deben plantearse también desde la perspectiva de la tutela o protección de dichas situaciones¹³⁸. En un sentido similar, T.-R. Fernández ha criticado la hipervaloración que los tribunales españoles hacen de los vicios formales¹³⁹ y la aplicación automática de la teoría de la nulidad de pleno derecho a todo el plan de urbanismo, con independencia del vicio de que se trate¹⁴⁰. Ha invitado, por ello, a «reflexionar nuevamente sobre un tema, la

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ/2013/3197).

¹³⁵ Como excepción aislada a esta línea jurisprudencial se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2014, que mantiene temporalmente la eficacia del acto anulado.

¹³⁶ González Sanfiel, «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en VV.AA., *El alcance de la... op. cit.*, pág. 433.

¹³⁷ Del Saz Cordero, «¿Debemos repensar los poderes...», *op. cit.*, págs. 1143-1145.

¹³⁸ Agoués Mendizábal, «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en VV.AA., *El alcance... op. cit.*, pág. 406.

¹³⁹ Fernández Rodríguez, «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *op. cit.*, pág. 146.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 157.

teoría de las nulidades, que creíamos tener ya aprobado con nota desde hace mucho tiempo»¹⁴¹. Y F. López Ramón ha defendido, como ya se ha dicho, la preferencia de las tesis graduales que permiten la misma variedad de vicios en los reglamentos que en los actos administrativos (vicios no invalidantes, de anulabilidad y nulidad absoluta), apoyándose en argumentos históricos, contextuales y finalistas¹⁴².

Los autores parecen responder a la idea común, sintetizada por Martín Rebollo, de que toda teoría, toda dogmática, ha de estar en definitiva al servicio de la realidad. Esta parece ser igualmente la filosofía de la Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso¹⁴³. En este documento¹⁴⁴ se recogen una serie de medidas para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística. Por lo pronto, la proposición de Ley distingue por vez primera entre aquellas disposiciones del planeamiento urbanístico con carácter normativo y aquellas otras sin tal carácter. Una heterogeneidad que ha de reflejarse, según el documento, en las distintas consecuencias de la anulación. Así, la nulidad absoluta y la imposibilidad de subsanación que se predica de la invalidez de las disposiciones generales no deberían aplicarse, sin más, a la anulación de las determinaciones que son resoluciones administrativas de carácter general o particular. Por ello, un mismo instrumento de planeamiento urbanístico podría estar afectado de vicios de nulidad y de anulabilidad (por regla general, aquellas determinaciones sin carácter normativo), en los que sí sería posible la convalidación y la retroacción de actuaciones para la subsanación del vicio determinante de la anulación.

Por lo que respecta a la acción pública, el documento contempla una serie de medidas para evitar su utilización abusiva con fines lucrativos, como la limitación de la legitimación a aquellas asociaciones sin ánimo de lucro que tengan entre sus fines la protección ambiental, la ordenación del territorio y el urbanismo, y que desarrollen su actividad en el ámbito territorial que resulte afectado. Además, se han de haber constituido al menos dos años antes del

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 154.

¹⁴² López Ramón, *op. cit.*, págs. 13-48 (en especial, págs. 46-48).

¹⁴³ Disponible en línea en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones?_piref73_2342619_73_1340041_1340041.next_page=/wc/buscarPublicacionesForm

¹⁴⁴ Sobre esta Proposición de Ley: A. González Sanfiel (2018), «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, núm. 5, enero-diciembre, págs. 46-68.

ejercicio de la acción y venir ejerciendo realmente las actividades para las que fueron constituidas.

Por otro lado, la proposición de Ley limita con carácter general el plazo para interponer el recurso indirecto de las normas de planeamiento urbanístico a cuatro años. Una previsión en cierto modo incoherente con la distinción que la proposición sigue manteniendo entre nulidad y anulabilidad. Incoherente porque, a pesar de que no faltan ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico que demuestran que la nulidad absoluta o de pleno derecho no siempre da lugar a las consecuencias ortodoxas que se predicán de esta teoría, el texto mantiene el planteamiento teórico que distingue entre vicios de nulidad y anulabilidad, para poder permitir diferentes efectos en uno y otro caso. Y, sin embargo, establece un plazo para el recurso indirecto que, en el fondo, viene a contradecir el sentido último de esta técnica: permitir con carácter indefinido la impugnación de disposiciones nulas y mantener así el carácter imprescriptible de los vicios de nulidad. Dicho de otro modo, no se comprende la reticencia a admitir que en ocasiones se puedan modular las consecuencias absolutas de la nulidad de pleno derecho si paralelamente se reconoce un plazo, a propósito del recurso indirecto, tan alejada del sentido último de la teoría.

Más allá de estas previsiones, la proposición de Ley refuerza el principio ya reconocido en la legislación administrativa de conservación de actos y trámites que no resulten afectados por el vicio de ilegalidad, así como de mantenimiento de los actos firmes y consentidos y la posibilidad de retroacción de actuaciones al momento oportuno para permitir la subsanación. Además, permite expresamente la posibilidad de anulación parcial del plan urbanístico cuando el vicio afecte exclusivamente a una parte del mismo, así como una previsión de notable trascendencia y que va en la línea de las reformas que también ha conocido el sistema francés: por primera vez se permite al juez fijar un plazo en la sentencia —no superior a un año— para que la Administración subsane el defecto, quedando prorrogada de forma provisional la eficacia del acto o disposición en cuestión. Una previsión importante que podría ser fuente, sin embargo, de una aplicación bastante problemática.

Con independencia de la opinión que en este punto se mantenga, lo cierto es que se trata de un texto que aún tiene que pasar el procedimiento legislativo completo, por lo que no es posible aventurar en qué quedará tal iniciativa. Sí parece claro, en cambio, que la situación del urbanismo en España demanda una adecuada respuesta —ya por parte del legislador, ya de la previa jurisdicción—, que venga a conciliar los dos principios fundamentales que se enfrentan en este campo: el principio de legalidad, por un lado, y el de seguridad jurídica, por otro. No cabe duda de que la exacerbación de las exigencias de la legalidad está colocando al contencioso-administrativo español en una

situación incómoda a la vista de los efectos o consecuencias generados por la anulación judicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico. ¿Quiere ello decir que esta realidad requiere de una evolución similar a la que ha experimentado el Conseil d'État en el marco del *recours pour excès de pouvoir*? Una rápida respuesta afirmativa sería probablemente aventurada, habida cuenta de que los novedosos poderes del juez administrativo francés no están exentos —como se ha visto— de incertidumbres, dificultades y contradicciones con otros principios constitucionales e incluso con la propia seguridad jurídica que se pretende proteger. Si una respuesta definitiva escapa de los modestos propósitos de este estudio, al menos confío en que el mismo haya servido para que, de alguna manera, las soluciones del derecho francés puedan ser útiles en las que se alumbren en derecho español.