

LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONCRETAR LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE REGLAMENTOS Y PLANES

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Baño León, J. M.^o (2019).

La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes.

Revista de Administración Pública, 210, 43-68.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.02>

Resumen

La tesis central es que la LJCA autoriza al juez a concretar o limitar los efectos de la declaración de nulidad de los reglamentos. En ese sentido parece razonable limitar los recursos indirectos contra reglamentos a las cuestiones de fondo. En el caso de los planes urbanísticos y ambientales el juez deberá tener muy en cuenta la posibilidad de anomia.

Palabras clave

Procedimiento; nulidad; defectos de forma; sentencia; planes.

Abstract

The main thesis is that the Spanish Administrative Litigation Act authorizes the judge to determine or limit the consequences of the annulment of a regulation. In this regard, it seems reasonable to limit indirect appeals against regulations as to issues of substance. In the case of planning and environmental regulations the judge should place particular attention to the possibility of anomie.

Keywords

Proceeding; nullity; procedural infringements; ruling; planning.

SUMARIO

I. PERSPECTIVA GENERAL SOBRE LAS INFRACCIONES DE PROCEDIMIENTO. II. EL DOGMA DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y SUS CONSECUENCIAS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO Y EN LA LEY PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. El carácter procesal de la nulidad. 2. La banalidad de la sanción de nulidad de pleno derecho para los reglamentos ilegales. III. LA LJCA AUTORIZA AL JUEZ TANTO A ESTIMAR UN RECURSO Y NO DECLARAR LA NULIDAD DE UNA DISPOSICIÓN COMO A CONCRETAR LOS EFECTOS DE ESA DECLARACIÓN DE NULIDAD. IV. LA PROCEDENCIA JURÍDICA DE EXCLUIR DEL RECURSO INDIRECTO LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTOS. V. LOS DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS Y AMBIENTALES. VI. CONCLUSIONES: 1. Primera. 2. Segunda. 3. Tercera. 4. Cuarta. 5. Quinta. 6. Sexta.

I. PERSPECTIVA GENERAL SOBRE LAS INFRACCIONES DE PROCEDIMIENTO

Tres son las perspectivas dominantes en la relación entre ilegalidades de procedimiento y validez del acto o la disposición.

En primer lugar, la instrumental. El procedimiento es un medio para alcanzar una decisión correcta, luego ningún sentido tiene anular un acto o un reglamento si el defecto no influye en la decisión¹.

En segundo término, el procedimiento es, particularmente en los reglamentos y en los planes que son de naturaleza eminentemente discrecional, un mecanismo de compensación del poder discrecional. El respeto al procedimiento es en estos casos una garantía del Estado de derecho².

¹ El trabajo de referencia en nuestra doctrina es el de T. R. Fernández Rodríguez (1969), «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades», *RAP*, 58.

² La STJUE de 16 de enero de 2019 *United Parcel Service*, C-265/17P, ha observado que el derecho a una buena administración del art. 41 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea exige a la Comisión un respeto riguroso del derecho de defensa, de

En tercer lugar, cuando el procedimiento administrativo interno viene ordenado por el derecho de la Unión Europea, el incumplimiento del procedimiento puede suponer un incumplimiento del derecho Europeo.

Estas tres perspectivas no tienen el valor de proposiciones absolutas en la medida en que resultan, en ocasiones, incompatibles entre sí.

A su vez la preferencia por una u otra perspectiva, dejando ahora al margen la que deriva de la observancia del derecho de la Unión, depende también de la configuración del sistema procesal de acciones. Si se da preferencia al aspecto objetivo de la legalidad, el sistema tenderá a dar importancia a los defectos de procedimiento; si lo que tiene relieve es el aspecto subjetivo de los derechos en juego, el defecto de procedimiento tenderá a ser minusvalorado, pues lo relevante será si están o no afectados los derechos subjetivos. Cuando la ley otorga acción pública o se trata de entidades o asociaciones representativas de intereses colectivos, esta distinción pierde sentido, pues al no existir derechos subjetivos el objeto del contencioso es puramente objetivo, la defensa de la legalidad, que se satisface con la anulación. En este caso, el interés del particular coincide con el interés objetivo en la legalidad.

Por otra parte, no es posible una teoría general de los efectos del defecto de procedimiento sin tener en cuenta la diferencia entre acto administrativo y disposición de carácter general (incluyo aquí a los planes urbanísticos y ambientales, aunque con algunos matices).

En el acto administrativo clásico de intervención desfavorable o favorable para el interesado, el defecto de procedimiento tiende a dar preponderancia a la visión instrumental. La jurisprudencia de todos los países, por diferentes medios, examina la manera en que el defecto influye sobre el contenido del acto. Si el juez llega a la convicción de que el acto, al margen del procedimiento, permanecería el mismo, el defecto no se tiene en cuenta. Excepción a esta regla es el derecho sancionador por traslación de las garantías formales del derecho penal y siempre que el defecto de procedimiento sea grave por producir indefensión³.

modo que anula la decisión que declaraba incompatible la concentración porque se negó a la empresa interesada un informe que, aunque no hubiera influido en el sentido de la decisión, sí ha influido en la «oportunidad, incluso reducida, de preparar mejor su defensa (apartado 210 de la Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2017, T-194/13, que el TJUE confirma en casación)». Véase el comentario de T-R. Fernández Rodríguez (2019), «El derecho a una buena administración en la Sentencia de TJUE de 16 de enero de 2019», *RAP* 209, págs. 247-257. Sobre el carácter objetivo de la garantía procedimental, véase, *in extenso*, J. Ponce Soler (2001), *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento debido*, LexNova, págs. 717-759.

³ Véase críticamente L. Alarcón Sotomayor (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, pág. 97: «[...] la jurisprudencia constitucional propugna que todos los derechos fundamentales del art. 24.2 de la CE son instrumentales del derecho de defensa por lo que sólo resultan vulnerados cuando el vicio procedimental en que haya incurrido la Administración y que conculque el

En la disposición de carácter general, sin embargo, el punto de vista es diferente. Como se trata de una potestad con un alto grado de discrecionalidad, los defectos de procedimiento tienden a valorarse más rigurosamente, por una parte, por otra el juez suele ser prudente antes de anular una disposición general y abstracta, pues la anulación perjudica al interés general y a derechos y expectativas de terceros que pueden no haber participado en el procedimiento, pero que confían en el mantenimiento de la situación jurídica.

Dicho de otro modo, mientras que la anulación del acto por defectos de procedimiento es siempre instrumental respecto de la legalidad del contenido del acto, la anulación del reglamento por defectos de procedimiento no tiene, por lo común, en cuenta la legalidad o ilegalidad del reglamento, sino únicamente la gravedad en sí mismo del vicio. De modo que en el caso del reglamento no estamos ante la confrontación entre legalidad de forma y de fondo, sino ante el contraste entre el defecto de procedimiento y las consecuencias de la anulación. Obvio es decir que la mayor procedimentalización de la elaboración del reglamento conduce necesariamente a una mayor relevancia de los defectos. En particular la obligada elaboración de una memoria de impacto normativo pone de relieve la importancia que el legislador da al procedimiento.

Ahora bien, eso no significa que de manera automática la estimación de un defecto de procedimiento del reglamento debe llevar a una anulación como si no existiera. Pues, como enseguida veremos, el ordenamiento da cauce para que el juez pueda matizar los efectos de la nulidad. Ejemplos en la jurisprudencia de procedimientos de elaboración de normas cuyos vicios no se han trasladado a la norma hay muchos y es innecesario referirlos aquí por ser suficientemente conocidos⁴.

No ha existido nunca una concepción sustancialista del procedimiento administrativo en virtud de la cual la ausencia de un trámite, aunque sea esencial, determina necesariamente la nulidad (invalidez) del acto. Por el contrario, incluso la ausencia del trámite de audiencia es minusvalorada en ocasiones por la jurisprudencia, que entiende no es suficiente para anular la actuación administrativa.

Ahora bien, esta situación se ha visto alterada en los últimos años por la enorme cantidad de sentencias que han anulado planes por defectos de procedimiento. Y esto es lo que justifica en el fondo este trabajo, que, sin embargo, se va a mover en el campo de la teoría general de la invalidez de los reglamentos. Nuestra intención es demostrar que, como tantas veces sucede en el derecho, los argumentos interpretativos —en un sentido o en otro— parten de apriorismos

derecho en cuestión haya ocasionado la indefensión material o efectiva del sancionado. Esa exigencia adicional conlleva la pérdida de autonomía de todos los derechos del art. 24.2 de la CE».

⁴ Véase por ejemplo, F. López Ramón (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», *RAP*, 205, págs. 15 y ss.

valorativos⁵. En el caso del dogma de la nulidad de pleno derecho se extrae la consecuencia de que cualquier defecto de procedimiento en una disposición de carácter general o en un plan conducen a la nulidad, descuidando que ni la LJCA ni la LRJPC ordenan esa consecuencia; en el otro extremo, se invoca la seguridad jurídica para impedir las letales consecuencias de una nulidad radical. Por las razones que a continuación exponemos, nuestro ordenamiento concede amplios poderes al juez para encontrar soluciones razonables sin perjuicio de que el legislador pueda o deba precisar los efectos de la invalidez de los planes.

II. EL DOGMA DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y SUS CONSECUENCIAS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO Y EN LA LEY PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. EL CARÁCTER PROCESAL DE LA NULIDAD

En tanto en el ordenamiento español el número de causas que determinan la nulidad es tan amplio y hay tal cantidad de leyes especiales que castigan sus infracciones con nulidad, difícilmente puede decirse que estamos ante una situación excepcional.

Es cierto que el Consejo de Estado y la jurisprudencia han tratado de reconducir esta hipertrofia a términos racionales, pero en todo caso la diferencia entre nulidad y anulabilidad nada tiene que ver en la Ley de Procedimiento con el dogma que aparece todavía en muchos manuales de la disciplina⁶. En rigor las dos únicas diferencias notables entre nulidad y anulabilidad están en la ley de Procedimiento:

⁵ La cuestión misma de qué cosa signifique la invalidez de un acto o una disposición es discutida. Por todos, T. Cano Campos (2017), «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *Revista InDret*, 4. Es un lugar común por lo demás calificar la teoría de la nulidad como selva inextricable, ya en Kormann (1962), *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Scientia Verlag (reimpresión de la edición de 1910), pág. 203, con cita de Von Büllow.

⁶ Como expone con profusión de acertados argumentos M. Rebollo Puig (2008), «La relativización de la nulidad absoluta de los actos administrativos que lesionan derechos fundamentales», en L. Martín Rebollo (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, El Justicia de Aragón, págs. 271-304. El mejor tratamiento de la cuestión general de la nulidad, a mi juicio, es el de S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo IV. El ordenamiento jurídico*, págs. 326 y ss., tomo XII, *Actos administrativos y Sanciones*, págs. 160-184, 4ª ed, BOE.

- a) La nulidad es revisable de oficio; la anulabilidad, no. Al mismo tiempo la nulidad —de los actos, no de los reglamentos— permite el ejercicio por el particular de una auténtica acción de nulidad, mientras que en la anulabilidad, no.
- b) La anulabilidad tiene un régimen de convalidación más generoso que el de la nulidad, aunque no es cierto ni que todos los actos anulables sean convalidables (solo lo son los que tienen defecto de procedimiento) ni que los actos nulos sean insusceptibles de convalidación. Así, por ejemplo, el acto dictado por funcionario de hecho, pese a la inexistencia de potestad, se mantiene, como es natural. Incluso aunque pueda ser consecuencia de la comisión de un delito.

Y desde luego no es cierto que un reglamento que contraviene la jerarquía normativa o la reserva de ley produzca una nulidad radical como si el reglamento no hubiera existido. Será nulo de pleno derecho, sin duda, porque lo dice la ley, pero en absoluto ese reglamento deviene ineficaz «ex tunc». Deviene ineficaz «ex tunc» para quien ha invocado la nulidad, pero no borra, como es lógico, las situaciones de derecho conformadas a su amparo. En el derecho civil el negocio «contra legem» es nulo solo en el supuesto de ciertas normas prohibitivas cuando se trata de preservar el orden público representado por la ley como límite a la autonomía de la voluntad⁷. Esto nada tiene que ver con las disposiciones de carácter general cuya ilegalidad se manifiesta exclusivamente en el efecto de que los jueces deben inaplicarlas y en el ámbito del derecho administrativo en el llamado recurso indirecto que más bien es una cuestión incidental de validez de la norma, el juez anula el acto porque el reglamento en que se basa la Administración vulnera la Constitución o la ley.

Si fuera cierto que la nulidad de pleno derecho de los reglamentos equivale a su práctica inexistencia, serían también nulos todos los actos o relaciones jurídicas trabados al amparo del reglamento ilegal, pues debe tenerse en cuenta que también existen no pocos reglamentos que disciplinan el tráfico privado (basta pensar en el reglamento hipotecario o todas las normas de rango inferior a la ley que ordenan los sectores económicos) para comprender que no quedan, necesariamente, afectados por la nulidad del reglamento. Ya la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS de 29 de enero de 1983) interpretó muy restrictivamente las consecuencias de los negocios jurídicos contrarios a la ley. Y en el fondo, como agudamente analizó Gordillo⁸, la sentencia viene a coincidir con la tesis de Karl Larenz sobre la nulidad: «[...] solo puede razonablemente entenderse existente una prohibición legal cuando la ley trata de evitar un negocio en razón

⁷ Véase L. Díez Picazo (1993), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, Civitas, 4ª ed., págs. 445 y ss. A. Gordillo Cañas (1990), «Nulidad, anulabilidad, inexistencia», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil, Vol. I*, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 935 y ss.

⁸ A. Gordillo Cañas (1990), *op. cit.*, pág. 969.

de su contenido». Lo cual nada tiene que ver, como regla general⁹, con las ilegalidades de derecho público, lo que justifica que, por supuesto, los actos firmes favorables para el interesado se mantengan y que la ley también pueda mantener los actos desfavorables firmes, conforme a la jurisprudencia mayoritaria.

La caracterización de la nulidad de pleno derecho en nuestro ordenamiento público es puramente procesal: la posibilidad de instar la revisión de oficio sin plazo¹⁰. Materialmente, de la concepción originaria de una nulidad radical similar a la inexistencia no hay rastro en la Ley de Procedimiento que obviamente se encargó de decir que las facultades de revisión y anulación están limitadas, entre otras circunstancias, cuando el transcurso del tiempo pueda determinar consecuencias contrarias a la equidad o al derecho de los particulares, cláusula abierta que permite modelar o excluir la anulación de un acto administrativo incurso en una causa de nulidad.

⁹ Tal vez el ejemplo de derecho público más cercano sea la sanción impuesta en virtud de una norma luego declarada inconstitucional conforme al art. 40.1 LOTC, que permite revisar incluso las sentencias firmes. Más aún en la STC 30/2017, FJ 5, el TC ha declarado que los actos sancionadores firmes, incluso las sanciones ejecutadas, pueden ser revisables cuando la inconstitucionalidad afecta a la tipificación de las infracciones o de las sanciones. Dice la sentencia: «Esto es, frente a lo que afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, nuestra doctrina no sujeta la aplicación del último inciso del art. 40.1 LOTC al hecho de que no se haya ejecutado totalmente la sanción, limitándose a imponer una imposibilidad *pro futuro* del establecimiento de nuevos recargos de naturaleza sancionadora. Ni el art. 40.1 LOTC establece dicha limitación, ni nuestra doctrina sobre el particular autoriza a extraer semejante conclusión. Antes al contrario, las continuas referencias al art. 25.1 CE como inequívoco fundamento de la previsión del art. 40.1 *in fine* LOTC permiten defender que no existe ese límite no explicitado legal ni doctrinalmente a las posibilidades de revisión de un acto sancionador producido en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional, *presuponiendo la existencia de cauces de revisión, sea en vía administrativa, sea en vía judicial, para eliminar, por mandato del reiterado art. 25 CE, todo efecto de la sentencia o del acto administrativo, por más que hayan adquirido firmeza, ya que admitir otra posibilidad chocaría frontalmente con el propio art. 25.1 CE, del que es corolario el inciso final del art. 40.1 LOTC*. Es más, este Tribunal ha avanzado incluso otro paso, declarando que el principio de alcance general implícito en el art. 25.1 CE “no agota su concreción en lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, tan sólo aplicable, como hemos reiterado, a los procesos de declaración de inconstitucionalidad”, sino que “ha de proyectarse, con su alcance propio, para medir los efectos de cualesquiera procesos constitucionales, lo que presupone la existencia de cauces de revisión penal para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 25.1 CE, todo efecto de la Sentencia de condena dictada, en su día, conforme a una interpretación de la ley penal que ha sido desautorizada, por inconstitucional, en Sentencia dictada en recurso de amparo” (STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5)».

¹⁰ En términos particularmente claros, 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*, IEA, 2ª ed., 1ª ed. 1975, pág. 391.

2. LA BANALIDAD DE LA SANCIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO PARA LOS REGLAMENTOS ILEGALES

Y esto es mucho más patente en las disposiciones de carácter general en la que se da la paradoja de que la enfática declaración de nulidad de los reglamentos contrarios a las leyes no va acompañada del reconocimiento de una acción de nulidad que es el instrumento procesal que define a la nulidad. El hecho de que la ley impida el ejercicio en ese caso de la acción de nulidad por los particulares significa la preponderancia del principio de conservación de la norma sobre el principio de legalidad, acaso por entender el legislador que la configuración del recurso indirecto es suficiente para garantizar los derechos del particular afectado por la norma ilegal. Obsérvese, sin embargo, que, pese a esta tutela efectiva del derecho del particular, la brevedad del plazo para recurrir, poco justificada como veremos, implica una merma del control abstracto de la norma y sobre todo de sus vicios de procedimiento.

Justamente en el caso de las disposiciones de carácter general, aquella idea originaria de la nulidad como inexistencia ideal (como si no hubiera existido) resulta en la mayoría de los casos de normas o planes intrasladable desde un punto de visto no ya realista, sino puramente lógico.

Un negocio jurídico privado, incluso un acto administrativo con un destinatario singular, pueden incurrir en tal vicio de orden público que el ordenamiento lo considere como si no hubiera existido (efecto «ex tunc» en sentido estricto). Esta posibilidad no puede concebirse lógicamente en la mayoría de normas reglamentarias, por muy nulas que sean, cuando la nulidad se declara años después de que el reglamento se haya aplicado a infinitud de relaciones jurídicas de todo tipo, incluso estrictamente privadas¹¹. En todo caso, y extremando por pura hipótesis la tesis de la nulidad, podría decirse que tiene efectos «ex tunc» para los actos desfavorables dictados a su amparo (cosa que no dice la LRJCA). No creo que nadie haya defendido jamás que los efectos «ex tunc» de una disposición reglamentaria se extienden a los efectos favorables para el interesado o simplemente a las relaciones jurídico-privadas de buena fe contraídas al amparo de aquel reglamento, por muy nulo que sea.

¹¹ Ante esta realidad, una parte de la doctrina opta por mantener los efectos «ex tunc» de la nulidad y al mismo tiempo reconocer que por aplicación de otros principios (seguridad jurídica, protección de la confianza, etc) deben mantenerse los actos inválidos. Véase Cano Campos (2017), *op. cit.*, págs. 25-28; Santamaría Pastor (2010), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: Lustel, advierte que no reconocer los efectos «ex tunc» podría ser un acicate para que la Administración cometiera ilegalidades. Sin entrar en juicios de intenciones, lo que es claro es que el ordenamiento español no dice expresamente que la nulidad de las disposiciones generales tenga efectos «ex tunc». Por el contrario, la LRJC, la LPAC y la LRHL parten del presupuesto opuesto, como se aduce en el texto *infra*.

Estructuralmente el caso de los reglamentos como el de la ley inconstitucional es incompatible con una noción radical de nulidad de pleno derecho por razones de seguridad jurídica desde luego, pero también de imposibilidad práctica¹², pues es virtualmente imposible dejar sin efecto todo el entramado de múltiples relaciones jurídicas creadas al amparo de una norma. De la misma manera, en el caso de los planes, la nulidad en cascada de que habla la jurisprudencia es limitada, ya que no afecta a las licencias urbanísticas otorgadas bajo el imperio del plan luego anulado.

De donde puede sostenerse que el dogma de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general no tiene por regla general efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. La posibilidad de abrir sin plazo el recurso indirecto en el derecho administrativo o de invocar la excepción de ilegalidad en el resto de sectores del ordenamiento es una derivación del principio de legalidad sin que ello signifique que la nulidad tiene verdaderamente efectos «ex tunc», ni siquiera que siempre y en todo caso la nulidad comporte la invalidez, como lo demuestra el hecho de que aun hoy en día si el juez civil o laboral considera que un reglamento es ilegal, la sanción prevista por el ordenamiento es la simple inaplicación. Tampoco la nulidad de los reglamentos o planes dictados al amparo del reglamento anulado es una consecuencia de la nulidad de pleno derecho ni tiene verdaderos efectos retroactivos. Lo primero porque es una simple consecuencia de la jerarquía normativa¹³. Si un reglamento de rango inferior tiene su cobertura en uno de rango superior, esa cobertura desaparece cuando se anula el anterior. Lo segundo, porque el reglamento subordinado no desaparece con efectos «ex tunc», sino solo desde el momento en que el juez o la Administración así lo declara, como lo prueba el hecho de que los actos firmes dictados a su amparo subsisten, incluso aquellos cuya firmeza se adquiriera después de pronunciada la sentencia anulatoria.

¿Qué ocurriría si la ley se limitara a decir que los reglamentos contrarios a las leyes son inválidos? ¿Querría decir que hay un efecto distinto a si dijera que son nulos? A nuestro juicio no hay diferencia ninguna, porque en ambos casos no es la

¹² M. Rebollo Puig (2018), «Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, 100, pág. 491, ha realizado el estudio más completo sobre esta cuestión. Y aunque el autor alude a la eficacia «ex tunc» de la nulidad del reglamento, lo cierto es que él mismo pone numerosos ejemplos de lo contrario, de subsistencia de las relaciones jurídico-privadas y actos producidos durante la vigencia del reglamento ilegal.

¹³ Véanse A. M. González Sanfiel (2017), «El principio de especialidad como límite a la declaración de nulidad del planeamiento»; J. M^a. Baño León (2017), «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», ambos en M. Bassols, A. Menéndez y J. Gifreu, (2017) *El derecho de la ciudad y el territorio*, INAP. En los dos trabajos se expone, desde diferentes perspectivas, que no siempre la relación entre planes es jerárquica. De donde la invalidez del Plan General no siempre debe llegar aparejada la de los planes parciales o especiales.

nulidad la que marca la diferencia, sino el hecho de que la ley diga que son inaplicables los reglamentos contrarios a las leyes y las consecuencias derivadas del principio de jerarquía normativa. De hecho, si, como sostiene Santamaría Pastor¹⁴, la técnica de la nulidad tiene un fin eminentemente procesal (permitir la acción de nulidad respecto de los actos nulos de pleno derecho) *en el derecho administrativo español, la caracterización de los reglamentos ilegales como nulos de pleno derecho no tienen significado jurídico alguno más allá de la potestad exclusiva de la Administración de revisar de oficio el reglamento*. Y esto es así porque el particular en España no tiene acción de nulidad contra los reglamentos. Podría decirse que la distinción nulidad/anulabilidad que tiene un sentido procesal preciso (la prescripción o no de la acción de nulidad¹⁵) es superflua cuando se trata de normas jurídicas, ya sean reglamentos o leyes. Y, en este sentido, la ley procesal es mucho más precisa que la ley de procedimiento, pues la primera se limita a permitir la anulación e incluso solo a declarar la disconformidad a derecho, mientras la segunda no alcanza a dar contenido alguno a la nulidad de pleno derecho de las disposiciones. Presa de un prejuicio dogmático, la LPA de 1958 situó a los reglamentos ilegales en la categoría de la nulidad de pleno derecho, pero sin que esta calificación tuviera efecto práctico alguno, ya que inicialmente la LPA no configuró la nulidad como una técnica al servicio del ciudadano, sino al exclusivo servicio de la Administración.

La reinterpretación doctrinal de la LPA solo se consolidó legalmente en la Ley 30/1992¹⁶. Sin embargo, no se hizo congruentemente, ya que se siguió eliminando de la acción de nulidad a las disposiciones de carácter general, lo que en la práctica supone que más allá de la carga simbólica, la nulidad de pleno derecho con que se castiga a los reglamentos ilegales no tenga otro significado jurídico

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Sobre si es o no imprescindible la acción de nulidad en el derecho civil, con carácter general, véase L. Díez Picazo (1993), *op. cit.* Y, específicamente, M. Pasquau Liaño (2007), «La acción de nulidad sí prescribe», en J. Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor: Thomson.

¹⁶ La exposición de motivos lo dice con toda claridad: «[...] la revisión de oficio, por su parte, se configura como un verdadero procedimiento de nulidad, cuando se funda en esta causa, recogiendo la unanimidad de la doctrina jurisprudencial y científica». Pero, naturalmente, esa unanimidad que probablemente existía en 1992 no era tal en 1972, cuando se publica la primera edición de la obra decisiva de J. A. Santamaría, ni en 1974 cuando se publica la primera edición de las lecciones de E. García de Enterría y T. R. Fernández (2017), *Curso de derecho administrativo I*, 18ª ed., Civitas, págs. 667-669 (págs. 431-434 de la primera edición). Fue la doctrina la que reconstruyó en rigor el texto de la ley de 1958 que no reconocía al particular acción de oficio alguna conforme a un modelo autoritario afortunadamente superado. No sobra recordar que la jurisprudencia tampoco era unánime en aquellas fechas, como recuerdan los autores últimamente citados.

que el de la invalidez¹⁷ o inaplicabilidad¹⁸ del reglamento ilegal. En efecto, tradicionalmente la invalidez del reglamento solo se producía como consecuencia del recurso directo, mientras que la aplicación de la excepción de ilegalidad en el recurso indirecto solo determinaba su inaplicación, que sigue siendo el efecto general previsto en la LOPJ para el juez no administrativo. Desde la Ley 29/1998 se ha apoderado al juez administrativo competente para declarar la invalidez del reglamento en el recurso indirecto.

El único significado práctico de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general es la posibilidad de la Administración de revisarlas de oficio con efecto retroactivo, excepción hecha de los actos firmes, y establecer indemnizaciones conforme al art. 106.4 LPAC, lo que no puede hacer mediante la derogación. Sigue sin reconocer el ordenamiento español acción de nulidad del particular contra reglamentos y los efectos de la invalidez son por lo común «ex nunc», conforme a los arts. 72 LRJCA¹⁹ y art. 106.4 LPAC. La «restitutio in

¹⁷ Destaca esto desde otra perspectiva Requena López (2004), *El principio de jerarquía normativa*, Civitas, págs. 279-283.

¹⁸ L. M^a. Díez-Picazo (1995), «Anulación de las normas (Derecho constitucional)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, págs. 482-485.

¹⁹ Véase, por todos, R. Gómez-Ferrer Morant (1977), «Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, quien ya admitió que el acto podía ser válido cuando encuentra fundamento en otra norma. La jurisprudencia mayoritaria no admite la revisión de oficio de los actos desfavorables firmes dictados al amparo de un reglamento ilegal. La jurisprudencia ha declarado que la nulidad o anulación de una disposición general no debe afectar a los actos firmes dictados en su aplicación, por razones de seguridad jurídica y habida cuenta de la necesidad de respetar las relaciones establecidas (Sentencias de 24 de abril de 1999, rec. n.º 2559/1994, Roj: STS 2751/1999, o de 31 de octubre de 2000, rec. n.º 8136/1994, Roj: STS 7937/2000). La única salvedad se ha destacado respecto de los actos de aplicación que en sí mismos considerados adolezcan del mismo vicio determinante de la anulación de la disposición general, como destaca la Sentencia de 18 de junio de 1998 (rec. n.º 10544/1991, Roj: STS 4044/1998), interpretando el art. 73 LJCA y 102.4 LPAC, así como el art. 120.1 de la antigua LPA de 1958. Por otra parte, debe notarse que el art. 19.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLRHL), establece que si mediante una resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de una ordenanza fiscal, se mantendrán los actos firmes dictados al amparo de la ordenanza anulada o modificada, salvo que expresamente lo prohíba la resolución judicial. A la vista de todos estos datos, M. Rebollo (2018), «Efectos...», *op. cit.*, pág. 520, concluye contundentemente: «[...] las sentencias anulatorias de reglamentos o planes no comportan la anulación de los actos firmes dictados en su aplicación ni “por sí mismas” ni de ninguna otra forma; que no conducen ni directa ni indirectamente a su invalidez porque no cabe contra ellos la revisión de oficio en ninguna de sus variantes». Conclusión con la que coincidimos. El raro supuesto de que la declaración de ilegalidad del reglamento sea consecuencia de la inconstitucional tipificación de la infracción o de la

integrum», consecuencia clásica de la nulidad²⁰, no aparece como tal consagrada en nuestro ordenamiento jurídico-público ni en la jurisprudencia²¹. Y el efecto «erga omnes» de la sentencia es una consecuencia del hecho de que el reglamento sea contrario a la ley.

Queda la cuestión de la insusceptibilidad de convalidación de la disposición de carácter general, conforme a la interpretación del art. 51 LPAC, *sensu contrario*. Gabriel Doménech²² ha argumentado profusamente sobre la posibilidad de convalidación de los reglamentos mediante un reglamento subsanador. No entramos en esta cuestión, puesto que nuestra perspectiva es distinta. Y es que la ley jurisdiccional no distingue entre nulidad y anulabilidad a efectos de la sentencia, y lo que a nosotros nos preocupa son las posibilidades del juez y la interrelación entre ley de procedimiento y la ley jurisdiccional. Pues aquí de lo que estamos hablando es si el juez en sentencia puede al «anular» establecer los efectos de su sentencia sin prejuzgar si son nulos o anulables.

Si el juez limita la declaración de nulidad de una disposición de carácter general, ¿está convalidando o por el contrario está estableciendo los efectos de la nulidad? ¿Es el juez aplicando la LPAC quien fija los efectos de la sentencia o esta está condicionada por el régimen de la Ley de Procedimiento? Obvio es decir que el juez está sujeto al ordenamiento jurídico todo y a la Ley de Procedimiento, pero esto no significa que las normas de procedimiento tengan que interpretarse con un prejuicio conceptual derivado de una dogmática superada incluso en el ámbito del derecho civil.

La realidad es que ninguna norma de la Ley de Procedimiento dice que el juez no pueda fijar el alcance de la declaración de nulidad, sea de actos nulos o anulables. Del principio de que son nulos de pleno derecho las disposiciones que infringen las leyes, la reserva de ley o la jerarquía normativa no se infiere que el juez no pueda limitar los efectos de la nulidad, pues la LPAC el único efecto que induce de la declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones es que son susceptibles de revisión de oficio.

sanción no es una excepción a la regla, ya que la posibilidad de revisión de oficio deriva de la inconstitucionalidad de la ley (art. 25.1 CE) (STC 30/2017, *cit. supra apud.* nota 9).

²⁰ Cfr. R. Letelier Wamberg (2011), *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, págs. 155 y ss.

²¹ No puede ignorarse —insisto— que nuestro derecho positivo público no anuda a la declaración de nulidad de pleno derecho ni el efecto «ex tunc» ni la «*restitutio in integrum*». Como en todo el debate sobre la invalidez, desde el clásico (Kelsen, Jellinek) hasta el actual se puede optar por dos posiciones. La formal, la invalidez significa la pérdida de efectos de la disposición ilegal y cuando la ley o el juez no la consagra, es porque entran en juego otros principios como la seguridad jurídica. O la realista: es el juez, en último término, el que fija los efectos de la invalidez. Véase esta perspectiva en M. Beladiez (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons. Y, en general, la insuperada obra de J. A. Santamaría (1972), *op. cit., in toto*.

²² G. Doménech Pascual (2001), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanch.

Cuando un juez declara la nulidad de un reglamento, pero limita sus efectos, no está convalidando el reglamento de la misma forma que cuando la ley jurisdiccional dice que la nulidad de las disposiciones no implica la de los actos dictados en su ejecución tampoco está convalidando un reglamento ilegal. Está simplemente fijando el alcance de la nulidad; cuando la ley dice «anulará» no dice ni que sea nulo o anulable, solo dice que el juez debe anular, no cuál es el contenido de la anulación, si se retrotraen o no sus efectos, etc.

Constituye un prejuicio que no está en la ley decir que la declaración de nulidad de las disposiciones de carácter general determina la imposibilidad de convalidación o los efectos «ex tunc». Lo segundo no lo dice en absoluto la ley²³ y lo primero lo refiere exclusivamente a los actos administrativos. Si partimos de la base de que la LPAC distingue entre disposiciones y actos administrativos dispensando un régimen diferente en cuanto a la publicación, modificación y nulidad, tendremos que convenir que la extensión del régimen jurídico de los actos a las disposiciones de carácter general, incluidos los planes, carece de base legal en la LPAC. ¿Y por qué no habló la Ley de Procedimiento desde el año 1958 del régimen jurídico de la convalidación de las disposiciones, cuando tanto empeño puso en distinguirlas en otros aspectos? Pues sencillamente porque, desde el punto de vista administrativo (y esto vale para el reglamento, no para los planes), la Administración podía modificar o derogar el reglamento, de manera que no necesitaba del instrumento de la convalidación, ya que para los efectos favorables siempre podía dar eficacia retroactiva a la modificación. Y en cuanto a los efectos desfavorables es lógico que la Administración tenga vedada la posibilidad de dictar disposiciones retroactivas desfavorables²⁴, aunque la Ley de Procedimiento nada diga a este respecto. De modo que en la LPAC no hay norma alguna que prohíba la convalidación de disposiciones nulas, sencillamente porque la ley se refiere exclusivamente a actos administrativos. Es exclusivamente la LJCA la que fija el campo de acción del juez a la hora de dar contenido a una sentencia estimatoria.

Por otra parte, el art. 52 LPAC se refiere exclusivamente a la Administración («La Administración podrá convalidar los actos anulables...»), no al juez. Y es que una cosa es lo que puede hacer la Administración y otra distinta es el papel institucional del juez, que tiene que ponderar a la vista de las circunstancias concretas del caso cuál es el alcance de la nulidad, porque ahí entran en tensión no solo el principio de legalidad, sino la seguridad jurídica, etc. Por tanto, que un juez, advertida una ilegalidad, conceda un plazo para la subsanación a la Administración que, en caso de ser posible, comporta *de facto* una convalidación del vicio, no es lo mismo que la Administración pueda hacerlo vía convalidación. Sencillamente la posición institucional del juez y de la Admi-

²³ Por eso los tribunales anulan todos los días actos anulables con efectos retroactivos.

²⁴ Este efecto retroactivo sí podría conseguirse con la revisión de oficio, dentro de los límites de los arts. 106.4 y 112 LPAC.

nistración no es la misma. Del mismo modo que no lo es cuando la ley atribuye a la Administración pública una potestad de apreciación discrecional (así lo recoge la LJ), tampoco lo es cuando la misma ley jurisdiccional atribuye al juez poderes de delimitación de la nulidad que no son los mismos que los que tiene atribuidos la Administración.

El trabajo pionero de Garrido Falla²⁵, que tanta influencia tendría en la enumeración de las causas del art. 47 LPA 1958, es anterior a la LJCA de 1956. Los redactores de la Ley de 1956 no se dejaron llevar por estas distinciones dogmáticas, sino que se refieren simplemente a la anulación cuando hablan de la sentencia y tampoco tienen en cuenta la distinción nulidad/anulabilidad a la hora de plantear el plazo del recurso.

III. LA LJCA AUTORIZA AL JUEZ TANTO A ESTIMAR UN RECURSO Y NO DECLARAR LA NULIDAD DE UNA DISPOSICIÓN COMO A CONCRETAR LOS EFECTOS DE ESA DECLARACIÓN DE NULIDAD

La lectura de la exposición de motivos de la Ley de 1956 es suficientemente ilustrativa de que el legislador no hacía disquisiciones entre nulidad y anulabilidad, de la misma forma que rechazó con muy buenas razones prácticas la distinción entre recursos de anulación y de plena jurisdicción.

La LRJCA dice desde su redacción originaria que si la sentencia es estimatoria el juez declarará la disconformidad a derecho «y en su caso anulará». La ley, pues, permite al juez declarar que un reglamento es disconforme a derecho y no anularlo y permite además anularlo. Pero cuando la ley emplea la locución verbal «anulará» no distingue desde luego entre nulidad y anulabilidad, por un lado, y además no dice cuáles son los efectos de la anulación sobre la norma. La ley se limita a decir que las sentencias que deciden la nulidad tendrán efecto «erga omnes» desde que se publica la declaración de nulidad, pero no dice cuáles son —repito— los efectos de nulidad.

Lo dicho anteriormente no es mera retórica. La exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1956 expresamente incide en que no toda estimación del recurso tiene que conducir a la anulación del acto o la disposición, sino solo cuando el tribunal considere que las ilegalidades son suficientemente graves para determinar la anulación. Cuando la exposición de motivos detalla las razones que explican el rechazo a la admisión de dos recursos al modo francés, el de anulación y el de plena jurisdicción, dice lo siguiente:

Nada justifica por otra parte, enunciar una clasificación de las infracciones y que en las demandas tenga que subsumirse la ilicitud denunciada en uno de esos tipos abstractos: lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más in-

²⁵ F. Garrido Falla (1955), «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *RAP*, 17.

teresa hacer expeditiva la justicia que dificultaría con la imposición de un requisito puramente formal, como el de calificar la infracción precisamente con un nombre determinado, máxime si el error en la calificación puede determinar que prevalezca el acto, a pesar de no ser conforme a Derecho.

En definitiva, la Ley no considera que el fundamento de la procedencia de la acción contencioso-administrativa sea distinto, según los casos. Esencialmente es siempre el mismo: que el acto no sea conforme a Derecho. Tanto la incompetencia como el vicio de forma, la desviación de poder o violación de ley —causa que propiamente comprende las anteriores— pueden servir de fundamento a las pretensiones de anulación y a las de plena jurisdicción, y, en cualquiera de las hipótesis, la sentencia estimatoria siempre contiene idéntico pronunciamiento básico: la declaración de ilicitud del acto y, en su caso, su anulación.

Sobre esta unidad sustancial, las diferencias que puedan señalarse no son suficientes para configurar dos recursos autónomos, máxime no siendo cualitativas, sino sólo de grado.

5) La estimación o desestimación de la pretensión básica —es decir, la declaración de ilicitud y, en su caso, la anulación del acto o disposición— depende de que el acto impugnado sea o no conforme a Derecho.

La Ley lo determina así, tanto por afirmar la unidad sustancial de todas las Jurisdicciones, como porque, *existiendo la falta de conformidad a Derecho, se da la condición suficiente para que se declare la ilicitud del acto o disposición, y, siendo de entidad adecuada, se pronuncia la anulación de los mismos.*

Es cierto que, en lo que me consta, el Tribunal Supremo no ha hecho uso de esta posibilidad que avanza soluciones que se han incorporado a otros ordenamientos, como el alemán, cincuenta años después y que también se adelanta a la jurisprudencia constitucional española²⁶. Ignoro las razones. Pero que esa posibilidad existe y que podría dar mucho juego²⁷ es un hecho incontestable.

La ley tampoco dice cuáles son los efectos de la anulación y, por eso, desde siempre, y pese a no estar dicho expresamente en la ley, hay ocasiones en que el tribunal anula, pero limita, los efectos de la nulidad, ordenando la retroacción de actuaciones, a veces en favor del recurrente al no poder tener suficientes elementos

²⁶ Nótese que el TC hizo, a partir de la STC 45/1989, IRPF, una interpretación creativa del art. 39.1 LOTC que dice que cuando se declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados. El FJ 11 de esta sentencia dice: «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». Pues bien, en la ley procesal administrativa es aún más claro que ni existe correlación entre ilegalidad y nulidad, y que la ley permite al juez concretar los efectos de la sentencia estimatoria.

²⁷ La posibilidad de estimación de un recurso sin anulación puede servir tanto en el caso de las normas como cuando el objeto del contencioso es simplemente una inactividad de la Administración; puede ser útil en materia de imposición de costas, ya que la demanda puede ser estimada, aunque no conduzca a la anulación.

de juicio el tribunal para reconocer el derecho a la parte, otras muchas en contra del recurrente, al sostener el tribunal que debe volverse a tramitar el procedimiento, pese a disponer el juez de todos los elementos para decidir solo el fondo²⁸.

Si el contenido de la declaración de nulidad fuera unívoco en el sentido de invalidar el acto y dejarlo sin efecto no cabría que el juez ordenara la retroacción de actuaciones. Pero como esto no es así al concurrir en cada caso concreto circunstancias que pueden hacer que una simple declaración de nulidad conduzca a un resultado injusto, el juez puede y debe concretar los efectos de la declaración²⁹. Y ningún inconveniente hay para que lo haga en la ley jurisdiccional. De hecho, hay ejemplos en la jurisprudencia. Reseñamos dos espigados entre las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos años.

Las SSTs 1489/2014, de 22 de abril de 2014 y 1684/2014, de 23 de abril, pese a anular el Real Decreto 1422/2017, de 5 de octubre por vicios en su procedimiento de elaboración, ordena en el fallo: «Mantener, excepcional y provisionalmente, la eficacia de las servidumbres aeronáuticas establecidas en el Real Decreto 1422/2012, así como de las medidas de control impuestas respecto de ellas por aplicación del art. 29 del Decreto 584/1972, en tanto en cuanto no se apruebe un nuevo Real Decreto que sustituya al ahora anulado».

La Sala podía, a nuestro juicio, haber basado el fallo en el art. 71.1.a) LRJCA como hemos argumentado³⁰. Lo hace, sin embargo, basándose en la ex-

²⁸ Cfr. J. M^a Baño León (2011), «La retroacción de actuaciones: denegación de justicia o garantía del justiciable», *REDA*, 152, págs. 839-857.

²⁹ Esta posición teleológica orientada al caso concreto cuenta con una larguísima tradición: E. v. Hippel (1960), *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, 2^a ed., Berlin (1^a ed. en 1933), págs. 66-68.

³⁰ P. Teso Gamella (2019), «La impugnación de los Reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad», en esta misma revista y número, argumenta que el precepto tiene como finalidad «reconocer que cuando se estima un recurso indirecto interpuesto contra una disposición general, en los que el órgano jurisdiccional que resulta competente para anular el acto administrativo impugnado, no es el competente para declarar la nulidad de la norma de cobertura, su pronunciamiento debe limitarse a la anulación del acto por considerar que la disposición no es conforme a Derecho. Pero no puede anular la disposición general, sencillamente porque no es competente». No podemos compartir esta argumentación por las siguientes razones: 1^a) El texto es el mismo que el del art. 84, a) LRJCA 1956, con la única excepción de que esta expresamente permite la anulación total o parcial mientras que el art. 71.1.a) solo habla de anulación, y recuérdese que entonces el recurso indirecto solo permitía la inaplicación de la norma. 2^a) El precepto vigente como el anterior se refiere a actos y disposiciones, por lo que el sentido del precepto no puede reducirse solamente a las disposiciones, ya que dejaría sin sentido la referencia a los actos. 3^a) Y no menos importante, el objeto del recurso indirecto nunca ha sido ni es la disposición, sino el acto que la aplica. El juez de instancia incompetente para pronunciar la anulación del reglamento no tiene en el fallo que hacer pronunciamiento alguno sobre el reglamento (la ley no lo prevé). Se debe limitar a anular el acto, como TESO reconoce. Solo cuando es firme la sentencia planteará cuestión de ilegalidad al tribunal superior. Y por eso, aunque el

cepcionalidad de la situación. Sea como fuere, está claro que no toda ilegalidad del procedimiento determina la nulidad radical de la norma. Pero existen ejemplos que llegan al mismo resultado por razones de fondo, es decir, aunque el tribunal anula, considera, sin embargo, que debe dar un plazo al gobierno para que dicte una nueva regulación para salvaguardar los derechos del particular. En efecto, la STS de 7 de julio de 2016 anula el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014, pero concede un plazo de cuatro meses al Gobierno para establecer los parámetros que permitan una rentabilidad razonable de las instalaciones.

IV. LA PROCEDENCIA JURÍDICA DE EXCLUIR DEL RECURSO INDIRECTO LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTOS

El Tribunal Supremo ha establecido como regla general la prohibición de alegar en el recurso indirecto los vicios del procedimiento con ciertas excepciones, como incompetencia manifiesta o ausencias de informes determinantes del Estado o falta de publicación de la norma. En rigor, en estos casos, no estamos ante vicios de procedimiento, sino de incompetencia, inexistencia o ineficacia. En el caso de la falta de publicación no puede decirse que exista una norma, pues la publicación es condición de existencia, y en el caso de falta de informe del Estado lo que existe también es la imposibilidad de que el municipio oponga al Estado una normativa que le afecta y que no le ha sido comunicada.

La incompetencia no es realmente un vicio de forma o de procedimiento, sino la ausencia misma de potestad para dictar el acto, lo que entronca con la idea prístina de nulidad de pleno derecho como un acto que el derecho considera idealmente inexistente.

En los restantes supuestos, el Tribunal Supremo ha estimado que la ausencia de un informe vinculante de la Administración del Estado sobre la ordenación municipal de un bien de dominio público era susceptible de ser invocado en el recurso indirecto. Pero en estos casos tampoco estamos ante un defecto de procedimiento más o menos grave, sino ante la posible invasión del ámbito de competencia de una Administración pública por otra. El informe, en estos supuestos, es una técnica de protección de las competencias del Estado. Al no haber sido solicitado a su debido tiempo, el Estado no tuvo oportunidad de defender su ámbito competencial. Esto es lo que ocurre en la STS de 25 de octubre de 2007,

tribunal desestime la cuestión de ilegalidad, se mantiene firme la sentencia. Si la disconformidad a derecho estuviera en el fallo, nos encontraríamos con la contradicción irresoluble de una sentencia firme que declara disconforme a derecho una disposición y otra sentencia firme a resultas de la duda planteada por el tribunal inferior, que diría que la disposición es conforme a derecho. En consecuencia, el resultado de la tesis de la que discrepamos es que la expresión «en su caso anulará» del art. 71.1.a) es rigurosamente inútil, en la medida en que el precepto se refiere estrictamente al fallo, no a la fundamentación de la sentencia.

Cese actividad de tiro del ejército, basándose en la ausencia total de comunicación a la Administración en el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan Especial de Protección del Espacio Natural del Garraf.

Y en esa sentencia y correctamente el Tribunal Supremo dice que «no nos encontramos ante un simple vicio o defecto del iter procedimental del Plan, sino ante la falta de comunicación de su misma tramitación, sin posibilidad alguna de defensa y audiencia», lo que justifica que se tenga en cuenta como causa de estimación del recurso indirecto³¹.

La excepción de ilegalidad que es la base del recurso indirecto y que tradicionalmente se ha articulado a través de la potestad del juez de inaplicar los reglamentos contrarios a las leyes, tanto por su origen como por razones de seguridad jurídica, no debe estar abierta a los defectos de procedimiento. La doctrina del Tribunal Supremo de no admitir en el recurso indirecto contra reglamentos alegaciones sobre defectos de procedimientos es certera, a mi juicio.

Se ha criticado acerbamente la falta de fundamento de esta doctrina jurisprudencial que veda la innovación de vicios de procedimiento en el recurso indirecto³². Sin embargo, no se ha profundizado tanto en la falta de fundamento de la tesis según la cual en el recurso indirecto sería admisible invocar tantas razones de fondo como de procedimiento.

En primer lugar, el art. 47.2 LRJPAP, cuando dice que son nulas de pleno derecho las disposiciones contrarias en la ley o que pugnen con la jerarquía normativa o la reserva de ley, no se refiere al procedimiento, sino al contenido de las disposiciones. Tanto la redacción vigente como las anteriores están pensando en que el contenido de la disposición sea ilegal no en su procedimiento de elaboración.

En segundo término, la ley no dice que los defectos del procedimiento de elaboración de norma determinen la nulidad por la que hay que estar, en todo caso por analogía a lo que disponen los arts. 47 1.c) y 49 de la LPAC.

En tercer término, la excepción de ilegalidad que justifica el recurso indirecto con ocasión de la aplicación de actos está pensada para la depuración del ordenamiento jurídico, que normas ilegales no pervivan en el tiempo al no haber sido recurridas en plazo mediante el recurso directo. Admitir la fiscalización en

³¹ La STS 4270/2010, de 6 de julio de 2010, *PERI, Plana de la Torre*, que resume esa doctrina general, anula en recurso indirecto la alteración del uso urbanístico de unas zonas verdes sin seguir el procedimiento previsto en la legislación urbanística. Como la propia sentencia señala no se trata de un problema de procedimiento de elaboración del PERI, sino de la infracción por el PERI de las normas que rigen el procedimiento de modificación de las zonas verdes.

³² Entre la abundante bibliografía destaco, además de la autorizada opinión de E. García de Enterría y T. R. Fernández (2018), *Curso...*, vol. I, cit., págs. 255-256, a M. Carlón Ruiz (2005), *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, 2ª ed., Civitas, págs. 166-174. G. M. Díaz González (2014), «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», *Rev. Vasca de Administración Pública*, 99-100, págs. 1161-1167.

el recurso indirecto de los defectos de procedimiento sería tanto como extender la excepción de ilegalidad mucho más allá de su radio natural de acción, que es la depuración del contenido de las normas, no de las formas como se adoptaron.

En cuarto término, si el propio legislador ha limitado la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, que solo es actuable por la Administración misma, es justamente para impedir que normas de alcance general puedan ponerse en cuestión ilimitadamente más allá de los casos en que la aplicación de la norma perjudica a un interesado.

Ciertamente, en el caso de los actos administrativos no normativos, la causa de nulidad del art. 47.1.e) puede utilizarse en el procedimiento de revisión de oficio por cualquier particular. Pero aquí el tratamiento diferente que el legislador ha dado no afecta al régimen sustantivo de la revisión de oficio, sino al procesal: el ordenamiento jurídico niega al particular la acción de oficio contra las disposiciones de carácter general, pero no niega a la Administración fundar la revisión de oficio precisamente en un defecto de procedimiento.

Por tanto, que la excepción de ilegalidad como fundamento del recurso indirecto no comprenda los defectos de procedimiento es completamente lógica, pues la finalidad del recurso indirecto es impedir que un acto administrativo aplique disposiciones ilegales. El objeto del recurso indirecto es conseguir la anulación de un acto basado en que la ilegalidad de la norma que aplica la Administración, su objeto no es el reglamento, aunque desde la Ley 4/1999, la ley jurisdiccional administrativa contemple un mecanismo (cuestión de ilegalidad) para declarar «erga omnes» la ilegalidad de la norma. Así lo prueba el hecho de que pueda, por sentencia firme, anularse un acto basado en la ilegalidad del reglamento y esta anulación perviva, aunque la cuestión de ilegalidad sea desestimada (art. 126.5 LRJCA).

Todas estas razones están en fin claramente resumidas en el art. 27.1 LRJCA que refiere el planteamiento de la cuestión de ilegalidad a los casos en que el juez o tribunal dicta sentencia estimatoria «por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada»³³.

El criterio dominante tradicional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo coincide sustancialmente con la doctrina reciente del Consejo de Estado francés. También en Francia se ha planteado si los defectos de procedimiento podían esgrimirse como fundamento de la excepción de ilegalidad. En su decisión 414.583, de 18 de mayo de 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, el Consejo dice que «en razón del carácter permanente del reglamento

³³ Ciertamente desde un punto de vista formal pueden sostenerse unos argumentos u otros, pues si bien el art. 27.1 LJCA dice claramente que la cuestión de ilegalidad solo se planteará cuando el juez considere ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el art. 26 LJCA es mucho más ambiguo al decir que el recurso indirecto es admisible, fundado en que tales disposiciones no son conformes a derecho. Sobre esto, *in extenso*, M. Carlón (2005).

en todo momento se puede cuestionar la legalidad de las normas que contiene la competencia de su autor y la existencia de una desviación de poder». Por el contrario, «las normas de formación del acto (reglamentario), los vicios de forma y de procedimiento que padezca no pueden ser invocados más que en el marco del recurso por exceso de poder dirigido contra el mismo acto reglamentario interpuesto antes de la expiración del plazo del recurso contencioso». Tampoco, dice el Consejo, puede invocarse los defectos de forma y procedimiento en el recurso encaminado a solicitar la abrogación del reglamento, transcurrido el plazo del recurso directo por exceso de poder.

Cuestión distinta es si el plazo de dos meses para la impugnación de las disposiciones de carácter general es suficientemente amplio o si, por el contrario, el legislador debiera conceder un plazo más generoso (en Francia son seis meses; en Alemania, dos años) para el control absoluto de las normas infralegales, incluidos los vicios de procedimiento. En mi opinión, un plazo de entre seis meses y un año sería suficiente para permitir la denuncia de todos los defectos de procedimiento y el control abstracto de la norma, dejando el recurso indirecto para el control concreto del contenido de la norma y acaso la incompetencia territorial por su evidente carácter de orden público.

Queda, no obstante, un cabo por atar: si esa doctrina que veda el examen de los defectos de procedimiento en el recurso indirecto es compatible con el derecho de la UE cuando la falta formal contraviene una regla europea, como es el caso, por ejemplo, del procedimiento previsto para la evaluación estratégica o la evaluación de proyectos.

Claro es que una doctrina jurisprudencial que impidiera la alegación de los vicios de procedimiento de un plan sería contraria al derecho de la Unión al privar a esas previsiones normativas de cualquier «efecto útil». Del mismo modo, el TJUE ha establecido la incompatibilidad con el derecho de la Unión de una normativa nacional que solo tuviera en cuenta la omisión total del procedimiento (STJUE 7/11/2013, C-72/12, *Gemeinde Altrip*) y no la existencia de vicios de procedimiento «incluso graves, ya que ello privaría de cualquier efecto útil a la Directiva 85/337 relativa a la participación del público».

Ahora bien, también tiene dicho el TJUE que los Estados miembros por motivos de seguridad jurídica puede limitar el plazo hábil para interponer un recurso e incluso, lo que a nuestros efectos es más importante, ha sostenido el TJUE que un Estado miembro puede reconocer al juez la competencia para descartar un vicio del procedimiento previsto en una norma europea si llega a la convicción de que la decisión administrativa hubiera sido la misma de no haberse cometido la infracción del procedimiento, con la única condición de que la carga de la prueba no puede incurrir al demandante. Dicen literalmente los puntos 53 y 54 de la sentencia citada:

53. Por consiguiente, las nuevas exigencias que se deducen del artículo 10 *bis* de esta Directiva implican que el menoscabo de un derecho sólo pueda descartarse si, desde el punto de vista del criterio de causalidad, al tribunal o al órgano

mencionados en este artículo les es posible concluir, sin imponer en absoluto al demandante la carga de la prueba a este respecto, sino tomando en consideración, en su caso, los elementos de prueba aportados por el promotor o por las autoridades competentes y, más generalmente, el conjunto de los documentos del asunto que se les haya sometido, que la decisión impugnada no habría sido diferente sin el vicio de procedimiento invocado por el demandante.

54. Al llevar a cabo esta apreciación, el tribunal o el órgano de que se trate habrán de prestar particular atención al grado de gravedad del vicio invocado y comprobar especialmente, a estos efectos, si dicho vicio privó al público interesado de alguna de las garantías establecidas con el fin de permitirle tener acceso a la información y participar en el proceso decisorio, en concordancia con los objetivos de la Directiva 85/337.

En términos similares se expresa la STJUE, de 15 de octubre de 2015, C-137/14, *Comisión contra Alemania*, que declara contrario al derecho de la Unión el art. 46 de la Ley federal de Procedimiento Administrativo alemán que limitaba la anulación de las decisiones por vicios de procedimiento a la omisión de la evaluación o del examen previo de impacto ambiental y a los casos en que el demandante acredita una relación de causalidad entre el vicio de procedimiento y el resultado de la decisión.

En definitiva, la doctrina de limitar los defectos de procedimiento al plazo del recurso directo no va en contra del derecho de la Unión Europea siempre que se respete el principio de equivalencia, es decir, que se aplique idéntico tratamiento jurisprudencial al derecho interno y al derecho de la Unión.

V. LOS DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS Y AMBIENTALES

De lo que llevamos expuesto podemos ya extraer algunas conclusiones hábiles para el caso de los planes:

- 1º) La LPAC no establece regulación alguna sobre las consecuencias de los defectos de procedimiento en la elaboración de reglamentos ni de planes. Análogamente cabe aplicar en todo caso los arts. 47.1.c) y 49 LPAC, que permiten al juez moderar la valoración jurídica del defecto de procedimiento³⁴.

³⁴ Esta posición de asimilación entre acto administrativo y reglamento a efecto de invalidez, que también encuentra eco en la jurisprudencia, venía siendo defendida entre nosotros desde antiguo. Véase, por ejemplo, J. M^a. Boquera Oliver (1984), *Estudios sobre el acto administrativo*, 2ª ed., Civitas, págs. 153 y ss. G. Doménech Pascual (2001), *op. cit.*, *passim*. Recientemente, con cita de numerosos autores, F. López-Ramón (2018), *op. cit.*, págs. 31-46.

- 2º) La LJCA da un amplísimo margen al juez para establecer los efectos de las ilegalidades procedimentales.
- 3º) En absoluto se sigue de ambas leyes que los defectos esenciales del procedimiento de elaboración de planes y reglamentos tengan que conducir a una nulidad radical como si la norma o el plan no se hubiera producido. Por el contrario, el art. 71.1.a) da al juez un amplio abanico de posibilidades, desde la declaración de nulidad radical o la simple declaración de disconformidad a derecho otorgando plazo a la Administración para que subsane el defecto, lo cual es particularmente relevante respecto de los defectos de procedimiento³⁵. Por supuesto nada impide la nulidad parcial o la retroacción de actuaciones con mantenimiento de la eficacia del plan. Ahora bien, cabría plantearse la conveniencia de introducir modificaciones legales al modo alemán o francés para esclarecer la situación o al menos conferir expresamente al juez poderes, que en nuestra opinión ya tiene, pero que puede ser conveniente aclarar. En consecuencia, hay un extenso campo para posibles cambios en la jurisprudencia³⁶. La ley también permite que el juez limite los efectos en cascada de la declaración de nulidad.

A ello hay que añadir un aspecto importante de la cuestión que tiene que ver con el vacío que puede producir la nulidad. En ocasiones porque la norma por su carácter novedoso regule lo que antes no era objeto de regulación, de modo que la nulidad determina una vuelta a una situación de desregulación que puede ser contraria al interés público. En otros casos, y esto vale en especial en relación con planes urbanísticos y ambientales, la nulidad puede ser sinónimo de desprotección, permitiendo la consolidación de situaciones contrarias al interés público.

Lo cual es tanto más grave cuando el vicio achacado a la norma es de procedimiento y no de fondo. En ese caso, la nulidad sin más del plan produce un vacío difícilmente justificable, aun cuando nadie haya cuestionado seriamente las razones que justifican la regulación protectora. La proteica realidad de los planes se compadece mal con la idea de que, descartada la nulidad del plan, revive el plan anterior. Para empezar, puede haber casos en los que no exista plan anterior o en el que el plan anterior prevea normas permisivas que al momento de dictarse la sentencia anulatoria sean social, ambiental o urbanísticamente insostenibles.

Por otro lado, al ser el plan un conjunto complejo de obras públicas, recursos económicos, normas y reconocimiento de derechos, la reviviscencia del

³⁵ J. Ponce Soler (2019), *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad de Alcalá de Henares, que ha defendido como pocos la relevancia del procedimiento, sostiene que es inevitable la labor casuística de los tribunales para ponderar si los defectos de procedimiento en decisiones discrecionales conducen o no a la invalidez y «decidir finalmente, qué tipo de invalidez es la adecuada para el caso concreto», págs. 211-222 (218).

³⁶ Cfr. en esta misma revista y número la ponencia de C. Tolosa Tribiño (2019).

antiguo plan puede ser sencillamente imposible, lo que aboca más que al vacío normativo a la anomia.

Utilizo la expresión anomia y no vacío porque el fenómeno que quiero describir con la anulación de los planes se parece al que originariamente empleó Durkheim para referirse al hecho social en virtud del cual el individuo se encuentra perdido en una sociedad en la que no es capaz de integrarse. Pues bien, la anulación de un plan produce una verdadera anomia que no puede salvarse con la reviviscencia del plan antiguo, aunque solo sea porque aquel plan resucitado estaba pensado en unos supuestos de hecho económicos, sociales y ambientales que ya no existen y que justifican el nuevo plan, luego anulado. Los juristas podemos quedarnos tranquilos diciendo que el ordenamiento jurídico siempre tiene una respuesta, pero en el mundo de los planes si algo hay claro es que los problemas de la anulación de un plan no se resuelven con la reviviscencia del plan antiguo.

El TRLS 1976 fue muy consciente de esa realidad. De ahí que permitiera la aprobación de normas subsidiarias urgentes en caso de anulación de los planes, posibilidad que ha cercenado el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de febrero de 2014 (STS 693/2014, *O Grove*), de 29 de junio de 2017 (STS 2626/2017, *Denia*), al considerar que este procedimiento no puede prescindir del trámite de información pública³⁷.

La oportunidad de una reforma legislativa que concrete por razones de seguridad jurídica las opciones en poder del juez para evitar los desastrosos efectos de la anulación radical de los planes es cuestión que ya se ha planteado en países como Francia y Alemania. En Francia, la reforma permite al juez plantear a la Administración, antes de dictar la sentencia, la subsanación de los vicios de que adolece el plan si entiende que son subsanables; en Alemania, el juez puede en sentencia limitarse a declarar la incompatibilidad del plan con el ordenamiento jurídico, lo que permite iniciar un nuevo procedimiento administrativo para subsanar el defecto, subsanación que puede tener efectos retroactivos.

En España³⁸, tanto en el gobierno como en sede parlamentaria, se han formulado propuestas de reforma de la ley urbanística y de la contencioso-adminis-

³⁷ Como expresamente recogen las dos sentencias, se separa así el Tribunal Supremo de su jurisprudencia anterior: «...Sentencias de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de fechas 16 de diciembre de 1999 (recurso de casación 1402/1994) y 7 de febrero de 2000 (recurso de casación 1423/1994), en las que expresamos que el artículo 70.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 exime en la declaración de urgencia de la tramitación establecida en el artículo 41 del mismo texto legal, para insistir en que, según aquel precepto, en casos de urgencia no es necesaria la audiencia prevista en este artículo».

³⁸ Podría hablarse de clamor doctrinal en favor de la reforma. Véanse a título de ejemplo: J. A. Santamaría Pastor (2016), «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», *Práctica Urbanística* 141; F. Iglesias González (2015), «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiental*, 301, XLIX; J. M^a. Baño León (2016), «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en Gifreu, Bassols y Menéndez

trativa para limitar las consecuencias de los defectos de procedimiento y limitar los efectos de la acción pública. Así mismo se propone limitar el recurso indirecto al plazo de cuatro años cuando se trata de las normas de los planes y se positiviza la imposibilidad de alegar vicio de forma en el recurso indirecto.

Desbordaría el objeto de este trabajo un análisis exhaustivo de la proposición de reforma. En todo caso debe valorarse positivamente que se abra el debate y se ponga en manos del juez instrumentos más precisos para abordar la invalidez de los planes por defecto de procedimiento. Conviene notar, no obstante:

- 1º) La reforma no puede poner en duda el efecto útil del derecho de la Unión Europea. Por tanto, en ausencia de toda evaluación ambiental, es difícil sostener el mantenimiento general de la eficacia del plan impugnado mientras se subsana. Dicho de otra forma, puede haber supuestos en que no pueda subsanarse el vicio, salvo que el efecto de la anulación sea más perjudicial para la protección ambiental, conforme ha autorizado la STJUE de 28 de julio de 2016, *Association France Nature*, D-378/15, contestando a una cuestión prejudicial francesa³⁹.
- 2º) No se trata tanto de hacer hincapié en la nulidad o anulabilidad, decisión de la que debe prescindirse a los efectos que aquí interesan, como permitir al juez concretar el contenido del fallo estimatorio del recurso.

(dirs.), *El Derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP; J. M^a. Baño León (2017), «El plan urbanístico en ruina. Esbozo de una reconstrucción», *Práctica urbanística*, 144; L. Parejo Alfonso (2017), «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora», *Práctica urbanística*, 144; T. R. Fernández Rodríguez (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *RAP*, 203; A. M. González Sanfiel (2017), «Límites a la declaración de nulidad de los planes», en López Ramon y Villar Rojas (coords.), *El alcance de la validez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP; G. Soria Martínez y M. Bassols (coords.) (2017), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi.

³⁹ Dice el fallo: «Si el Derecho interno lo autoriza, un órgano jurisdiccional nacional puede limitar, excepcionalmente y tras un examen caso por caso, la eficacia temporal de una declaración de ilegalidad de una disposición de Derecho nacional que haya sido adoptada incumpliendo las obligaciones establecidas en la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, en particular las resultantes de su artículo 6, apartado 3, siempre que tal limitación esté justificada por una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, y una vez tomadas en consideración las circunstancias específicas del asunto que debe resolver. No obstante, sólo podrá ejercerse esa facultad excepcional si se cumplen todos los requisitos que resultan de la sentencia de 28 de febrero de 2012 *Inter-Environnement Wallonie y Terre Wallonne* (C-41/11, EU:C:2012:103)[...]».

VI. CONCLUSIONES

1. PRIMERA

La calificación legal de que los reglamentos son nulos de pleno derecho tiene escasas consecuencias jurídicas prácticas al no reconocerse al particular acción de oficio contra los reglamentos ilegales, y no producir por lo común efectos «ex tunc» sobre los actos administrativos y relaciones jurídico-privadas dictadas a su amparo.

2. SEGUNDA

La posibilidad de inaplicar o declarar la invalidez de las disposiciones ilegales a través del recurso indirecto no es una consecuencia de la nulidad de pleno derecho sino del principio de legalidad que exige que a los particulares no se les apliquen normas ilegales.

3. TERCERA

La LRJCA no distingue entre nulidad y anulabilidad. Prescindió sabiamente de un mito que sigue torturando a los juristas innecesariamente.

4. CUARTA

La LRJCA permite al juez concretar los efectos de la invalidez graduando las consecuencias jurídicas e incluso declarar la desconformidad a derecho de una disposición y no anularla. La nulidad parcial o la retroacción de actuaciones son manifestaciones prácticas de esta posibilidad legal.

5. QUINTA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que veda la invocación en el recurso indirecto de vicios de forma o de procedimiento es certera, sin perjuicio de que sería conveniente «lege ferenda» ampliar el plazo del recurso directo. Dicha doctrina es compatible con el derecho de la Unión Europea.

6. SEXTA

La reforma de la ley procesal para ofrecer mayor seguridad jurídica respecto de los defectos de procedimiento en los planes debe ser bienvenida. Lo cual no obsta a que, como este trabajo ha tratado de demostrar, la LRJCA conceda plenos poderes al juez para concretar y limitar los efectos de las ilegalidades procedimentales, que solo en contadas ocasiones puede conducir a una anulación total del procedimiento.

En definitiva, la ley procesal administrativa permite al juez modular los efectos jurídicos de las declaraciones de ilegalidad de los planes, sea por defecto de procedimiento o por ilegalidades materiales. La LPAC no se opone en absoluto a esta conclusión.