

ESTUDIOS

PROPOSICIONES SOBRE LA TEORÍA Y LA REGULACIÓN DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2020).
Proposiciones sobre la teoría y la regulación
de la invalidez de los actos administrativos.
Revista de Administración Pública, 213, 111-140.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.06>

Resumen

El trabajo pretende llevar a cabo una nueva delimitación de los conceptos básicos de la teoría de la invalidez de los actos administrativos (eficacia e ineficacia, ilegalidad, validez e invalidez). En una segunda parte, analiza los aspectos fundamentales de su regulación en la Ley 39/2015, poniendo de manifiesto sus debilidades.

Palabras clave

Acto administrativo; legalidad; eficacia; invalidez; nulidad; anulabilidad.

Abstract

The work aims to carry out a new delimitation of the basic concepts pertaining to the theory of the invalidity of administrative acts (effectiveness and ineffectiveness, unlawfulness, validity and invalidity). Part Two analyses the fundamental aspects of the regulation for Act 39/2015, setting out its weaknesses.

Keywords

Administrative act; legality; effectiveness; invalidity; nullity; voidability.

SUMARIO

I. UN SISTEMA INSATISFACTORIO. II. LOS CONCEPTOS: 1. Eficacia: 1.1. *La eficacia como efecto primario y autónomo*. 1.2. *¿Ineficacia?* 1.3. *¿Ejecutividad?* 2. Ilegalidad. 3. Invalidez: 3.1. *Ilegalidad e invalidez*. 3.2. *Contenido*. 3.3. *Alcance*. 4. Presunción de validez. III. EL RÉGIMEN LEGAL: 1. *¿Una o dos categorías de invalidez?*. 2. Indeterminación de los efectos de la invalidez. 3. Indiferenciación de los efectos y del régimen impugnatorio. 4. Tipificación insuficiente.

I. UN SISTEMA INSATISFACTORIO

Durante muchos años, el régimen de la invalidez de los actos administrativos ha permanecido, en España, en un estado de práctica inmovilidad. Su disciplina legal no ha experimentado, desde 1958, más que retoques superficiales; las exposiciones académicas ofrecen unas muy acusadas estabilidad y homogeneidad de contenido; y la jurisprudencia contenciosa se ha movido en concordancia sustancial con la doctrina.

Este pacífico panorama ha comenzado a experimentar convulsiones en épocas recientes. Ciertamente, no han faltado en el pasado algunos planteamientos críticos globales, como el que hace más de veinticinco años expuso el profesor Alejandro Nieto¹ —que, desgraciadamente, pasó desapercibido a muchos autores y al que, como se verá, este trabajo debe mucho—. Pero ha sido en tiempos muy próximos cuando estos planteamientos se han retomado: en términos generales, merced al estudio capital del profesor Cano Campos²; y más recientemente, moti-

¹ En su estudio preliminar a la monografía de Margarita Beladiez Rojo (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 10 a 22; el propio libro así prologado incidía también en críticas, aunque parciales. A ellos deberían añadirse los valiosos estudios de Raúl Bocanegra Sierra (2012), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor: Civitas, 4.ª ed., y de Javier García Luengo (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, y (2017), *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Madrid: Iustel, entre otros.

² Tomás Cano Campos (2017), «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse» InDret 4/2017, y en su posterior trabajo (2018), «Consideraciones generales sobre la

vados por las graves consecuencias que produjo la doctrina del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los planes urbanísticos por motivos formales³, que trajo al primer plano uno de los muchos problemas que aquejan a la teoría y la regulación de la invalidez.

No parece, pues, impertinente volver sobre esta cuestión, que no puede ser tratada como un epígrafe o capítulo más de cualquier manual: la invalidez es una cuestión que se halla en el corazón mismo del derecho administrativo y que afecta transversalmente a todos sus sectores. Si la Administración es una organización que, por imperativo constitucional, debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, es crucial preguntarse qué sucede o debe suceder cuando este mandato es desconocido.

Debo adelantar que coincido plenamente con estas voces discrepantes, como trato de explicar en estas páginas. El corpus teórico y la regulación legal de la invalidez presenta, a mi juicio, deficiencias muy importantes, que tiene causas y manifestaciones muy diversas.

a) La causa última quizá se encuentra, seguramente, en la adaptación rudimentaria que la doctrina administrativa de la primera mitad del siglo XX hizo del modelo elaborado, en el campo del derecho civil, para la invalidez del negocio jurídico.

Ya de entrada, este modelo presentaba importantes defectos: fue diseñado por el pandectismo con la pretensión de dar coherencia sistemática a un conjunto de desordenados *topoi* acuñados por la doctrina del derecho intermedio⁴; pero la inadecuación de este sistema a la realidad provocó que no pocos Códigos lo desconocieran, en todo o en parte, y que la doctrina se viera obligada a manipularlo y alterarlo de mil formas, hasta el punto de no poder hablarse de un modelo único, sino de una multiplicidad de esquemas conceptuales; quizá, exagerando un tanto, de un modelo por cada autor.

Pero si el modelo era malo, su adaptación al derecho público no lo mejoró. En sus inicios, la doctrina se limitó, en un afán exclusivo de *marcar distancias* respecto del derecho civil, a proclamar la inversión de las reglas nulidad/anulabilidad, convirtiendo a la primera en excepción, y a reclamar la necesidad de técnicas

invalidez en el Derecho Administrativo», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, 5, enero-diciembre, págs. 7-26. Algunas de sus ideas ya habían sido avanzadas en su libro (2004), *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid: Thomson-Civitas.

³ Que dio lugar a un importante seminario de profesores y magistrados, celebrado en la sede del Tribunal Supremo. Las ponencias de este seminario, debidas a los magistrados César Tolosa Tribiño y María Pilar Teso Gamella, y a los profesores José María Baño León, Luis Martín Rebollo y Joaquín Tornos Mas, se publicaron en el número 210 de la *Revista de Administración Pública* (septiembre-diciembre 2019).

⁴ Con el resultado inevitablemente incoherente surge de todo intento de fusión entre los planteamientos tópicos o problemáticos y los de carácter sistemático-deductivo, lúcida-mente advertido por Th. Viehweg (1964), *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid: Taurus, págs. 73 ss.

de preservación de la eficacia de los actos (convalidación, conversión); el resto de las cuestiones relativas a los efectos de la ilegalidad se remitían implícitamente al acervo doctrinal del derecho civil. De ahí surgieron los arts. 47 y siguientes de la Ley de Procedimiento de 1958, que en lo sustancial conservamos aún.

b) La imperfecta asunción de un modelo ajeno y cuestionable ha tenido como primera y alarmante consecuencia lo que debe calificarse sin ambages como un auténtico caos terminológico en la catalogación e identificación de los conceptos⁵, que ha tenido lugar en tres planos:

- primero, en la proliferación de términos empleados para aludir a los diferentes «estados» o situaciones (normales o anómalas) del acto administrativo, hablándose, sin excesivo rigor, de (ir)regularidad, (i)legalidad, (i)legitimidad, (in)validez, (in)eficacia, nulidad (de pleno derecho, absoluta), anulabilidad (o nulidad relativa), ejecutividad, ejecutoriedad, ejecución forzosa, acción de oficio...; términos que, además, se han utilizado, frecuentemente, de modo indistinto;
- segundo, en el empleo de conceptos de contenido semántico impreciso, oscuro (p. ej., «no producción de efectos»; «ineficacia *inmediata*»; «efecto *ex tunc* y *erga omnes* de la nulidad»; posibilidad de «desconocer» los actos nulos) que, en el mejor de los casos, aluden a fenómenos de forma puramente aproximativa;
- y, por último, en la frecuente confusión que se produce entre las nociones empleadas para aludir (i) a las condiciones o circunstancias determinantes de la invalidez (la disconformidad a derecho), (ii) a los efectos o consecuencias que deben resultar de ella en cada caso (invalidez, nulidad...) y, finalmente, (iii) a su régimen o procedimiento de invalidación.

c) A este desorden lingüístico ha de añadirse una segunda y más grave deficiencia. La escasez y carácter fragmentario de las reglas legales relativas a la invalidez ha estimulado la creatividad de los autores, que han tendido a completarlas construyendo un sistema ideal en base a criterios personales de orden sistemático y, lo que es más importante, valorativo.

De este modo, se ha llegado en muchos casos a ofrecer un sistema *conceptual* —y de descripción del derecho positivo— parcialmente desvinculado y discrepante del plano de la producción *fáctica* de los fenómenos. Este último alude al comportamiento real que los operadores jurídicos tienen cuando surge la discusión acerca de la legalidad de un acto administrativo; el primero, a la forma en que los teóricos lo describen, que a veces no se acomoda a la realidad de las cosas,

⁵ Ya advertido por T. Cano Campos, *op. cit.*, págs. 3-5. Aunque no sirva de consuelo, el panorama del derecho privado no es muy diferente: véase L. Díez-Picazo Ponce de León (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid: Civitas, 5.ª ed., pág. 450.

sino a la forma en que el autor estima que deberían producirse, con el (legítimo) afán de que aquella cambie.

Este trabajo tiene pretensiones muy limitadas. Huelga decir que no intenta, ni de lejos, exponer una teoría completa de la invalidez de los actos administrativos. Menos aún, criticar ninguna de las exposiciones más conocidas, crítica que, de pretenderse, debería comenzar por las de mis propios trabajos, de cuyas premisas me encuentro hoy totalmente alejado. Solo intento en estas páginas proponer una depuración de su lenguaje conceptual, intentando ajustarlo a la dinámica real del fenómeno (II), y advertir de los aspectos más censurables de su regulación legal vigente (III), con el deseo de incentivar su posible reconsideración.

Y una última cautela: la búsqueda de claridad —y, sobre todo, de brevedad— me ha aconsejado realizar una exposición concisa y un tanto terminante, prescindiendo de discusiones, matices y citas que serían inexcusables en una investigación más extensa; la apariencia de dogmatismo que ello le pueda proporcionar es algo totalmente alejado de mis intenciones.

II. LOS CONCEPTOS

1. EFICACIA

De acuerdo con la opinión común, el curso dinámico de un acto administrativo puede describirse mediante la siguiente cadena de proposiciones: (i) los actos administrativos se presumen ajustados a la legalidad; (ii) la legalidad de un acto equivale a su validez (para algunos, la determina); (iii) la validez produce la eficacia; (iv) y esta, a su vez, su ejecutividad o ejecutoriedad. Esta ordenación mental se encuentra presente, como no podría ser de otra manera, en la Ley 39/2015 (LPAC), que, en la misma secuencia lógica, menciona la presunción de validez de los actos (art. 39.1); después, y como consecuencia de la validez, su eficacia (*ibidem*); y, finalmente, su ejecutoriedad (art. 98).

A mi juicio, las cosas suceden de otra forma.

1.1. La eficacia como efecto primario y autónomo

La primera manifestación —jurídica y fáctica— de un acto administrativo, previa a cualquier otra, se encuentra en su fuerza de obligar. La emisión de un acto administrativo crea o regula, de modo inmediato⁶, una situación jurídica de poder

⁶ Art. 39.1, según el cual los actos administrativos «producirán efectos desde la fecha en que se dicten». Es cierto que la finalidad de este precepto parece ser otra —determinar el *tempus a quo* del inicio de la fuerza obligatoria de un acto—, pero no deja de decir lo que dice.

o deber con efecto vinculante intrínseco, cuya fuerza de obligar no requiere del refrendo de una decisión judicial; crea, en definitiva, (i) un deber de observancia, cumplimiento y respeto general de lo resuelto en la parte dispositiva del acto, y (ii) un deber que se impone *erga omnes*: a sus destinatarios, pero también a la Administración que lo dicta, a las restantes Administraciones y a cualesquiera terceros⁷. A este fenómeno suele denominársele eficacia, término que usaremos provisionalmente por razones tradicionales, por más que no nos parezca el más afortunado.

La eficacia es, además, una característica *independiente* de la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico⁸. La fuerza de obligar de un acto administrativo es el mero producto de su existencia; deriva, exclusivamente, del hecho de ser el pronunciamiento de un órgano integrante del poder público, que es lo que le presta su autoridad. Suponer que la fuerza de obligar de un acto administrativo es solo una consecuencia de su conformidad a derecho es un prejuicio que intenta meramente legitimar aquella; como repugna a la sensibilidad de un jurista decir que los actos obligan por el solo hecho de emanar de un poder público dotado de autoridad, se afirma que el acto trae su fuerza de obligar de su ajuste a derecho, de la norma que aplica⁹. Pero esto no es así: en la realidad de las cosas, y como

⁷ Aunque el art. 39 de la LPAC alude solo al interesado (efectos condicionados a la notificación, apdo. 2) y a los órganos distintos del emisor del acto (apdo. 4), no cabe duda de que los efectos del acto administrativo se despliegan en todas direcciones. Coincidentemente, y con rigor, R. Bocanegra Sierra (2012), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor: Civitas, 4.ª ed., pág. 126.

⁸ En contra, A. Nieto, *op. cit.*, pág. 20 (por no decir que, también, la generalidad de la doctrina), que apoya su tesis en el instituto de la presunción de validez del acto administrativo, noción que no me parece asumible: véase más adelante.

⁹ Por lo dicho, no puedo compartir íntegramente la tesis, bastante generalizada, según la cual los actos nulos de pleno derecho carecen sin más de fuerza obligatoria. Coincido con ella en que, para que los efectos se produzcan, el acto debe reunir unas «condiciones externas mínimas de legitimidad»; pero no en que tales condiciones falten en todos los actos que el art. 47.1 de la LPAC enumera, sino solo en aquellos —en la práctica, absolutamente excepcionales— que, estando o no incluidos en tal relación, adolezcan de una irregularidad grosera, de las que suscitan un rechazo espontáneo (el cese del presidente del gobierno acordado por un alcalde, por ejemplo). Dado que la nulidad no es, por lo común, una circunstancia apreciable *ictu oculi*, sino el producto de un juicio conclusivo al que solo se llega tras un análisis detenido y contradictorio, legitimar la desobediencia a cualquier acto que el destinatario juzgue subjetivamente como nulo (lo que no es difícil de argumentar para un jurista avezado), supone negar de entrada el principio de la fuerza obligatoria de todos ellos.

La única incidencia de las causas de nulidad en la fuerza obligatoria de un acto que cabe admitir debería consistir en la interdicción de toda consecuencia negativa estrictamente derivada de su incumplimiento o desobediencia; una incidencia que nuestra legislación debería acoger formalmente (pero que hoy día es dudoso que exista, ni aun implícitamente), como se hace hoy solo respecto de los funcionarios públicos a efectos penales (art. 410.2 del Código Penal).

veremos de inmediato, la legalidad de un acto es un *posterius*, el resultado de un juicio valorativo ulterior sobre la forma y contenido del acto.

La primacía —temporal— de la eficacia se aprecia tanto desde la perspectiva del destinatario del acto como desde la de su autor.

Desde la perspectiva de los destinatarios del acto, la prioridad de la fuerza de obligar del acto sobre su conformidad a derecho es algo patente. La percepción primaria que se tiene de un acto es la del deber de su cumplimiento; la valoración del acto desde el punto de vista de su ajuste con el ordenamiento jurídico es siempre posterior, consecuencia de la reacción que se emprende frente al mandato que el acto impone, que se rechaza. Subjetivamente, esta valoración puede incluso no tener lugar, si el destinatario del acto lo considera acorde con sus intereses (o, sencillamente, porque no quiere hacerla).

Nada distinto ocurre desde la perspectiva de la autoridad que lo dicta. Cuando un servidor público procede a elaborar un acto administrativo (salvo que se trate de un acto estrictamente reglado), persigue naturalmente, como objetivo prioritario, efectuar una declaración que dé respuesta eficaz a la situación o problema de base a los que se refiere, desde la óptica de la mejor satisfacción posible del interés público. Solo secundariamente trata de lograr que el contenido del acto se ajuste al ordenamiento jurídico, como ordena el art. 34.2 de la LPAC.

1.2. ¿Ineficacia?

Precisar el concepto de eficacia obliga a referirse brevemente a su opuesto, que se utiliza en la doctrina jurídica con una pluralidad de significados.

i) En su versión más difundida, el término ineficacia se emplea como sinónimo del de invalidez, esto es, la carencia de efectos de un acto derivada de su desajuste con el ordenamiento (por ello, en derecho privado se habla, con este significado, de la ineficacia del contrato¹⁰); y en algunos casos, con mayor precisión, se le define como la consecuencia natural de la invalidez. Este significado es impreciso y, por ello, debe ser descartado. Como después veremos, la invalidez no conlleva necesariamente la ineficacia/privación de efectos, sino solo la exclusión de aquellos que la resolución invalidante determine; que pueden ser todos, pero también solo parte de los pretendidos o producidos por el acto.

ii) La noción de ineficacia y su opuesto de eficacia aluden también, en el lenguaje de la teoría del derecho¹¹, no a la capacidad de un acto para producir efectos (jurídicos), sino a la producción real de los mismos (o no): así, se dice que

¹⁰ Así, L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos...*, cit., págs. 449 ss.

¹¹ H. Kelsen (1960), *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke Verlag, 2.ª ed., pág. 10; también, N. Bobbio (1958), *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, pág. 38. Entre nosotros, véase M. Atienza (1985), *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova, págs. 23, 46 y *passim*; P. E. Navarro (1990), *La eficacia del Derecho*, Madrid: CEC; y L. L. Hierro, (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.

es ineficaz el acto que, pese a ser completo y no haber sido declarado ilegal e inválido, no llega a producir en la realidad de las cosas los efectos que se persiguen con él (p. ej., una multa que no se cobra, una orden de demolición que no se ejecuta).

Este significado, por más que venga avalado por la autoridad propia de la teoría del derecho, es impropio, confundiendo los planos jurídico y fáctico; el deber ser con el ser. Los conceptos de eficacia e ineficacia deben circunscribirse al plano estrictamente jurídico de la producción (o no) de efectos obligatorios; la inexistencia de resultados prácticos de un acto, en el puro terreno de los hechos, es un fenómeno que pertenece al universo de la sociología jurídica, no de la dogmática¹², y carece de conexión con su ajuste o desajuste a derecho¹³.

iii) Por fin, en el lenguaje jurídico-administrativo español, el término ineficacia suele referirse (también) al supuesto de los actos que carecen transitoriamente de efecto vinculante, el cual se halla aplazado o demorado por la concurrencia de eventos inherentes al acto (art. 39.2 LPAC) o ajenos al mismo (suspensión administrativa o judicial). Por ello mismo, su empleo es inadecuado, porque no es cierto que, en este caso, el acto carezca de toda fuerza obligatoria: el acto no notificado, o sometido a plazo o a condición, vincula cuando menos a la Administración que lo dictó, que no puede desconocerlo ni revocarlo más que por los cauces de la LPAC establece. Los supuestos que suelen denominarse de ineficacia solo son de *eficacia (total) demorada*.

En una terminología rigurosa, el concepto de ineficacia posee una utilidad limitada. Como opuesto al de eficacia, solo podría ser empleado, con cierta propiedad, para referirse a los (escasos) supuestos de actos que carecen de toda posibilidad de ser cumplidos o ejecutados coactivamente, bien por ausencia de algún elemento esencial (por ejemplo, falta de parte dispositiva: imposición de una multa sin indicar su cuantía o el obligado al pago) o por ordenar una actividad absurda (separación del servicio de un funcionario y fallecido). Pero la rareza de estos supuestos hace desaconsejable su uso.

1.3. ¿Ejecutividad?

En una tarea de depuración terminológica es obligada la referencia al concepto de ejecutividad. Se trata de uno de los términos más utilizado en los textos

¹² Sobre la distinción entre ambos planos, con gran claridad, L. Ferrajoli (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. esp., Madrid: Trotta, págs. 9-11. Mucho más afortunado, a mi juicio, sería el empleo del término *efectividad*, como propone el mismo autor, págs. 426 ss.

¹³ En el mismo sentido, A. Nieto, *Estudio preliminar...*, *cit.*, págs. 20-21; J. García Luengo (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, pág. 249; R. Bocanegra Sierra, *Lecciones...*, *cit.*, pág. 126; y T. Cano Campos, *El laberinto...*, *cit.*, pág. 20, en nota. Rectifico así la tesis que mantuve en mi obra (1975), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 2.^a ed., págs. 159-161.

que aluden a la invalidez de los actos administrativos, pero al que, de modo sorprendente, se le confieren una pluralidad de significados: se emplea, en efecto, (i) como sinónimo del de eficacia o fuerza de obligar del acto administrativo, (ii) como término expresivo de la fuerza de obligar *inmediata* del mismo, y (iii) como alusivo a su posibilidad de ejecución forzosa, para lo cual se emplean también los sinónimos de ejecutoriedad y de ejecución forzosa. Añádase a ello que estos significados se emplean a veces de modo acumulativo, como si la ejecutividad significara al tiempo estas dos o tres cosas.

Esta imprecisión no es admisible. De estos significados referidos, los dos primeros son manifiestamente erróneos, si es que se pretende ser fiel al lenguaje que utiliza la ley, en la que ejecutividad equivale, sin lugar a duda alguna, a ejecutoriedad.

Es cierto que la LPAC incurre en ambigüedades que permitirían discutir esta conclusión. Su art. 38 emplea este vocablo, pero sin decir en qué consista; el art. 98.1 reproduce el texto del artículo anterior, pero añadiéndole el adverbio «inmediatamente» y modificando su denominación (ahora se habla de «ejecutoriedad» en el rótulo del artículo), de manera que no se sabe si la característica que este artículo regula es la misma que la mencionada en el art. 38; y, por fin, el art. 99 dice prácticamente lo mismo que el 98, pero en este caso con el rótulo de «ejecución forzosa» (!). Parecería, pues, que, para el legislador, ejecutividad equivale a ejecutoriedad; pero su mención —reiterada, pero no totalmente idéntica— en un lugar de la LPAC muy alejado de la regulación de esta última permite albergar dudas razonables sobre si uno y otro precepto aluden a características diferentes.

Estas dudas se desvanecen mediante un sencillo análisis histórico del art. 38. Su texto proviene del art. 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, del que se deducía sin vacilación que ejecutividad y ejecutoriedad eran consideradas como sinónimos: «Los actos de la Administración sujetos al Derecho público —decía— serán ejecutivos, *con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V del título IV de esta Ley*», capítulo y título que se referían a la ejecución forzosa. Esta explícita mención desapareció en el art. 56 de la Ley 30/1992, que la sustituyó por una vaga alusión: «serán ejecutivos *con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*», fórmula que copió el art. 38 de la vigente LPAC. No hay razón alguna, pues, para suponer que las leyes de 1992 y 2015 hayan querido decir algo distinto de lo que decía el texto matriz de 1958.

El empleo del término ejecutividad es, por todo ello, desaconsejable. Es ocioso emplear sinónimos cuando ya se dispone del concepto de ejecutoriedad, mucho más expresivo; y es perturbador, porque el uso acumulativo de estos significados tiende a confundir los conceptos de eficacia y ejecutoriedad, que aluden a fenómenos totalmente diversos, como es notorio: una cosa es la imposición de un deber jurídico de cumplimiento, y otra muy distinta la posibilidad de llevar a la realidad este deber cuando el destinatario del acto opone resistencia, activa o pasiva. La ejecutoriedad no es una característica intrínseca del acto administrativo, ni un efecto típico y automático del mismo, porque no todo

acto eficaz es, por definición, ejecutorio. No hay ejecutoriedad, evidentemente, cuando la declaración en que el acto consiste es cumplida de modo voluntario por su destinatario, ni tampoco cuando el acto surte efectos sin necesidad de actuación alguna por parte de este, como ocurre con los de carácter declarativo (p. ej., la inscripción en un registro administrativo) o con los de naturaleza favorable al destinatario; la ejecutoriedad es un rasgo que solo aparece como efecto derivado de la resistencia al cumplimiento, y que exige además para su puesta en práctica de un segundo acto complementario de apercibimiento, como prevé el art. 99.

2. ILEGALIDAD

En principio, no parecería necesario precisar, por elemental, el concepto de ilegalidad. En el lenguaje jurídico común se dice, sin más precisiones, que hay ilegalidad (i) cuando existe una incompatibilidad entre el contenido de un acto y alguna norma jurídica —*lato sensu*— aplicable a su supuesto de hecho (ilegalidad material), (ii) cuando se ha producido una inobservancia total o parcial del procedimiento exigido para su emanación (ilegalidad procedimental), o (iii) cuando se han infringido los requisitos formales de que el acto ha de estar revestido (ilegalidad formal). Pero esta afirmación hace supuesto de la cuestión, que radica en saber *cuándo* tal incompatibilidad existe o se produce.

1. Es una creencia intuitiva que la legalidad o ilegalidad son circunstancias objetivas, intrínsecas al acto: un hecho que existe desde el momento mismo de su formulación y que el observador se limita a descubrir y constatar mediante la comparación entre la forma o contenido del acto y la norma jurídica aplicable a él, de la que se extrae una calificación; el acto *es*, desde su mismo nacimiento, legal o ilegal.

Esta conclusión es incierta, y simplifica un proceso algo más complejo (por más que sus fases puedan realizarse de modo prácticamente simultáneo). Un acto administrativo es un complejo de enunciados lingüísticos, cuya aprehensión requiere una acción triple¹⁴: en primer lugar, la fijación de su contenido semántico (esto es, de su significado en lengua natural); algo que puede no ser percibido directamente si el lector desconoce la terminología jurídica o, simplemente, no habla el idioma en que el acto está redactado. En segundo lugar, la determinación de su significado jurídico, mediante la interpretación de estos enunciados (que pueden ser varios, como es notorio). Y, por último, el contraste de este significado jurídico con las normas a las que el acto ha de atenerse (que, a su vez, también han de ser interpretadas), de donde resultará su compatibilidad o incompatibilidad,

¹⁴ Como ha puesto de relieve la filosofía analítica del lenguaje: véase por todos, R. Guastini, (1985), *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino: Giappichelli, págs. 7-9 y *passim*.

su legalidad o ilegalidad. Estas, por tanto, no versan sobre el texto literal del acto, sino sobre el significado jurídico que la interpretación le atribuye¹⁵.

La legalidad, como la ilegalidad, no tiene naturaleza fáctica ni inequívoca. *No se trata, pues, de hechos pertenecientes al enunciado del acto, sino el producto de dos calificaciones posteriores, de atribución de significado y de contraste de este con las normas.* Estas calificaciones son operaciones intelectuales frecuentemente complejas, cuyo resultado final, como hemos dicho, puede ser dispar: en la comparación entre el acto (su significado) y la norma pueden surgir razones que parecen apoyar la coherencia entre uno y otra, o, por el contrario, su incompatibilidad. La opción entre una u otra conclusión dependerá, para un observador imparcial, del mayor peso de unas y otras razones; para quien tenga interés en defender la legalidad o ilegalidad, de la asunción voluntaria de unas razones en perjuicio de las otras.

No existen, pues, legalidades o ilegalidades *per se*, porque cualquiera que se afirme —incluso las aparentemente más evidentes— puede ser puesta en cuestión y negada razonablemente en el marco de un debate. Su apreciación no consiste en una mera constatación: no solo porque el acto evaluado y las normas potencialmente infringidas pueden admitir interpretaciones diversas, sino también porque en el proceso de contraste entre el acto y la norma inciden parámetros no objetivables, como los principios y valores, que condicionan la apreciación de los hechos, de los resultados prácticos del acto, y también la interpretación de la norma jurídica de contraste.

2. El análisis del acto realizado por cualquier persona no descubre, pues, su ilegalidad, *pero tampoco la crea*. La contradicción entre el acto y la norma solo da lugar a una auténtica ilegalidad cuando, una vez efectuado ese proceso valorativo, *es pronunciada formalmente por un órgano que tiene competencia para privar de efectos al acto*. Una ilegalidad constatada o declarada por quien carece del poder de anular el acto no es sino una mera opinión, una simple proposición intelectual acompañada de una pretensión de ser creída o aceptada, pero que por sí sola es jurídicamente irrelevante. No *hay* ilegalidad, por tanto, sin pronunciamiento de la misma por el órgano competente para hacerlo y para privar de efectos al acto; y no es cierto, por tanto, que tal pronunciamiento tenga naturaleza meramente declarativa, expresión de una ilegalidad preexistente; jurídicamente, tiene siempre carácter constitutivo.

¹⁵ Coincido así, en lo sustancial, con A. Nieto, *op. cit.*, págs. 10-11, aunque la primera de las conclusiones de su análisis (pág. 20) podría interpretarse en sentido contrario. Nada de nuevo hay en lo que se expone en el texto, que se ha repetido en numerosas ocasiones respecto de los juicios de validez de las normas: es más que conocida la distinción, que debemos a V. Crisafulli, entre disposición (el enunciado literal de un precepto) y norma (el significado que la interpretación le otorga); también, que el juicio de legalidad versa sobre esta segunda, no sobre la primera.

Huelga decir que esta afirmación o pretensión carece de efecto alguno sobre la fuerza de obligar del acto o negocio, la cual se desarrolla —ahora sí— en virtud del acto mismo y desde el momento de su pronunciamiento. La ilegalidad, solo pretendida o formalmente declarada, es un *posterius* temporal respecto de la eficacia.

3. INVALIDEZ

La caracterización habitual del concepto de invalidez adolece de la misma imprecisión que el de ilegalidad. En ocasiones, ambos términos se emplean como sinónimos (un acto es ilegal, o sea, inválido); en otras, como dos fenómenos enlazados por una relación de causalidad (el acto es ilegal y, por tanto, inválido o carente de efectos). Una y otra descripción son inexactas.

3.1. Ilegalidad e invalidez

Lo es, en primer lugar, la sinonimia, porque invalidez no es lo mismo que ilegalidad. La declaración de ilegalidad consiste, como acaba de decirse, en la constatación, hecha por el órgano público competente, de que el acto, efectivamente, contradice una norma jurídica en vigor; pero tal declaración carece, por sí sola, de incidencia en el acto ni en sus efectos. Estos solo se ven afectados (con el alcance que luego se verá) en virtud de la sucesiva declaración de invalidez, la cual —igual que la ilegalidad— *tampoco se produce en tanto no es declarada por el órgano competente para hacerlo*¹⁶; la invalidez requiere, pues, de dos declaraciones de autoridad distintas y sucesivas.

Esto supone que el acto formalmente declarado ilegal debe surtir todos sus efectos (ser eficaz) hasta que la declaración de invalidez se produce (o hasta que, en vía cautelar, su fuerza de obligar se suspenda), y ello con independencia del nivel de intensidad que tenga la infracción (nulidad o anulabilidad).

La (declaración de) ilegalidad es un presupuesto *necesario* de la (declaración de) invalidez: por regla general, no cabe declarar inválido un acto si previamente no ha sido declarado ilegal; y, también por regla general, la declaración de ilegalidad conlleva la de invalidez. Pero no es un presupuesto *suficiente ni determinante*: la declaración de ilegalidad no conlleva necesariamente la de invalidez¹⁷.

¹⁶ En el mismo sentido, A. Nieto, *op. cit.*, pág. 16. No comparto, sin embargo, su siguiente afirmación de que «*mientras no tenga lugar esta declaración son válidos* por muy graves que sean sus vicios»; en tanto tal declaración no se produce, el acto no es válido ni inválido, porque no se ha producido la calificación formal que produce la validez o la invalidez. Es, simplemente (y no es poco), eficaz u obligatorio.

¹⁷ Debo también esta puntualización a A. Nieto, *op. cit.*, págs. 11 y 12. No se alude aquí a las acciones de responsabilidad, cuya dinámica es diversa de los procesos de mera anulación de

Así ocurre, al menos, en dos supuestos. En primer lugar, cuando la ilegalidad del acto se debe exclusivamente a la concurrencia en el mismo de irregularidades no invalidantes (apdos. 2 y 3 del art. 48 de la LPAC); esta denominación indica, con toda claridad, que el acto puede (y debe) ser declarado ilegal, pero no invalidado o anulado. En segundo lugar, en la estimación de recursos contra vías de hecho de carácter material, actuaciones que pueden ser declaradas ilegales, pero que no tiene sentido declarar inválidas (la consecuencia de la declaración de ilegalidad será la orden de reponer las cosas a su estado original o, si ello no fuera posible, imponer la indemnización de los daños causados). Así lo prevé el art. 71.1.a) de la LJCA, según el cual, cuando la sentencia contenciosa estime el recurso, «declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido»¹⁸.

3.2. Contenido

¿En qué consiste la (declaración de) invalidez? La fórmula tradicional de que «la invalidez priva de efectos al acto» es muy escasamente expresiva.

El contenido de la invalidez (siempre entendida como resultado de una declaración de autoridad) es doble: de una parte, consiste en un *mandato prohibitivo*, que tiene por destinatarios a todos los operadores jurídicos, y que les ordena desconocer, no aplicar ni amparar los efectos que el acto pretende producir; y, de otra, es un *mandato repristinatorio*, esto es, una orden que se imparte a la Administración demandada para que proceda a eliminar los efectos que el acto pudiera haber producido en el pasado, y a reponer las cosas a una situación idéntica o equivalente a la que hubiera existido de no haberse dictado el acto¹⁹.

actos. En primer lugar, cuando el daño ha sido causado por una actuación material, el fallo estimatorio no tiene que declarar necesariamente la ilegalidad (la acción dañosa puede haber sido lícita) ni tampoco su invalidez (las acciones materiales no se «invalidan»). En segundo lugar, cuando el causante del daño fuera un acto administrativo que se impugna en el mismo proceso en el que se ejercita la acción indemnizatoria, el acto se anula; pero la imposición del deber de indemnizar no es, propiamente, una declaración de invalidez, que solo podrá referirse a los efectos propios del acto (por ejemplo, la devolución de un bien expropiado ilegalmente), no a sus consecuencias dañosas adicionales. Por último, un proceso de responsabilidad por daños causados por un acto administrativo previamente anulado en otro anterior tampoco puede dar lugar a declaración alguna de ilegalidad ni, por tanto, a su invalidación.

¹⁸ El art. 71.1.a) suscita una amplia problemática que, por su extensión, resulta imposible tratar aquí: véanse, sobre ella, las muy serias consideraciones de J. M.^a Baño León (2019), *La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento*, RAP/210, págs. 57 ss.

¹⁹ La expresión «efecto repristinatorio», un tanto en desuso en nuestro idioma, está tomada de E. Cannada Bartoli (1958), *Annullabilità e annullamento*, Enciclopedia del diritto, II, Milano: Giuffrè, pág. 496, siendo hoy de empleo frecuente en la doctrina italiana (B. G.

Considerada así la invalidez, es obligado preguntarse —como antes se hizo respecto de la eficacia— por el contenido y significado de la noción opuesta de validez.

En nuestro sistema de impugnación de actos (tanto en vía administrativa como jurisdiccional), el concepto de validez resulta cuestionable, pese a su indiscutible arraigo. Si la invalidez es exclusivamente el producto de una decisión de autoridad, podría pensarse que la desestimación de fondo de un recurso declara y constituye al acto como válido. Pero no es exactamente así: la decisión que desestima el recurso se limita a declarar que, puesto que no se aprecia ilegalidad relevante alguna en el acto, *se abstiene* de invalidarlo: no declara su validez, sino exclusivamente *su no invalidez en el concreto supuesto enjuiciado*. La desestimación del recurso emprendido contra un acto deja a este intacto e invariable; en cuanto declaración puramente negativa, nada añade a su fuerza de obligar; continúa teniendo la que originariamente ostentaba. Aunque tal desestimación haya sido acordada en sentencia firme, la fuerza de cosa juzgada no confiere al acto ninguna suerte de blindaje definitivo (solo prohíbe la repetición del proceso), ya que dicho acto podrá ser impugnado por otra persona y anulado (por el mismo o distinto tribunal) si se advirtiera que incurre en infracciones que el pronunciamiento precedente no consideró.

Solo, pues, en sentido figurado puede decirse que un acto cuyo recurso haya sido desestimado es válido. Hablando con propiedad, la mejor calificación que le cabe es la de una validez provisional o claudicante. En la realidad, la validez no pasa de ser una noción meramente virtual: un concepto/espejo de la invalidez, solo útil a efectos descriptivos (metajurídicos).

3.3. Alcance

La declaración de invalidez de un acto puede afectar, al menos teóricamente, a los efectos que dicho acto haya podido producir (1), y al acto mismo (2).

1) En lo que se refiere a la incidencia de la invalidez en el tiempo, la doctrina seguidora del modelo clásico modulaba los efectos de esta en función del tipo de vicio que afectara al acto, afirmando (dicho resumidamente) que, así como la invalidez por causa de anulabilidad privaba solo de cobertura a los efectos que el acto podía producir en el futuro, desde el momento de su pronunciamiento (*ex nunc*), la nulidad suponía la obligada eliminación, además, de todos los efectos pasados sucedidos desde la emisión del acto nulo y que fueran consecuencia del mismo (*ex tunc*).

Coincido con la más reciente doctrina²⁰ en que esta distinción es insostenible. La invalidez, por supuesto, incide sobre los efectos *ex novo* que en el futuro

Mattarella (2003), *Il provvedimento*, en S. Cassese (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, II, 2.^a ed., Milano: Giuffrè, pág. 1007).

²⁰ J. A. Tardío Pato (2017), *Los efectos ex tunc de la anulabilidad*, REDA/184, págs. 75-107; y T. Cano Campos, *El laberinto...*, *cit.*, págs. 23 y ss., y bibliografía allí citada.

podiera producir el acto; efectos que no deberán producirse por pesar sobre ellos el mandato prohibitivo antes mencionado. Pero incide también sobre los efectos ya producidos en el pasado: no eliminándolos (lo que es imposible), sino obligando a crear (en el futuro) efectos nuevos y de sentido contrario a los que tuvieron lugar en tiempo pretérito (efecto repristinatorio).

El impacto temporal de la invalidez se produce con entera independencia de que el vicio determinante de la misma sea de nulidad o anulabilidad. Atribuir efectos meramente *ex nunc* a determinados tipos de infracciones, aunque su gravedad no sea la máxima posible, supone negar eficacia práctica a la invalidez declarada. El pago de una multa impuesta por una resolución sancionadora declarada inválida, por ejemplo, no puede eliminarse ontológicamente; pero, en virtud de la invalidez, tal efecto ha de ser sustituido por la supresión formal de la sanción, y también por la obligación de devolución, sea cual sea el tipo de vicio en que haya incurrido aquella resolución.

Esta regla general no supone, sin embargo, que la invalidez haya de afectar necesariamente a *todos* los efectos (jurídicos) y consecuencias (materiales) producidos por el acto declarado inválido. Respecto del pasado, la declaración de invalidez debe conservar, al menos, los «actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción», como ordena el art. 52 de la LPAC²¹, pero también todas las situaciones jurídicas y consecuencias materiales que sea necesario preservar para proteger a los terceros de buena fe, siempre que ello no suponga perjuicio estimable para la completa tutela efectiva de quien haya impugnado el acto.

Pero, salvo la escueta previsión del art. 52, las leyes no contemplan esta posibilidad, y sería muy conveniente que lo hicieran, definiendo además con un cierto detalle el alcance de esta potestad. En la actualidad, la ausencia de esta regulación ha hecho que la jurisprudencia, salvo casos excepcionales, se resista a dictar fallos modulando o limitando el alcance de los pronunciamientos anulatorios con efectos *ex tunc*. Esto ha dado lugar a una intensa crítica por parte de la doctrina, especialmente referida a las sentencias anulatorias de planes urbanísticos por infracciones de procedimiento²². Y, aunque comparta sus aspiraciones, entiendo que una decisión unilateral de los tribunales de ejercer

²¹ Esta norma se refiere a las anulaciones declaradas por la propia Administración, pero expresa un principio de sentido común que, a mi juicio, obliga también a su aplicación por los jueces y tribunales en el momento de dictar sentencia anulatoria. El art. 71 de la LJCA no lo prevé expresamente, pero tampoco alude a los fallos de retroacción de actuaciones, que se dictan con toda naturalidad; y, si es evidente que, en estos casos, se puede anular selectivamente determinadas partes de los procedimientos administrativos, no advierto la razón que impida conservar otras, incluso cuando sean posteriores a la fase de producción del vicio, pero sobre las cuales este no haya tenido incidencia alguna (lo que, en la práctica, es excepcional que se haga).

²² Sobre ella, y últimamente, J. M.^a Baño León (2019), «La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento», y L. Martín Rebollo

tales potestades de modulación sería arriesgada sin disponer previamente de una regulación legal precisa²³.

2) La declaración de invalidez no incide sobre *la existencia* del acto anulado. Las comprensiones superficiales de los fenómenos de validez e invalidez tienden a aplicar a los mismos una metáfora antropomórfica, que concibe a su enjuiciamiento contencioso como una suerte de proceso penal en el que el acto desempeña el papel de un encausado: se le presume inocente (válido: luego volveremos sobre ello), y puede ser absuelto (confirmada su validez) o condenado a muerte (anulado). La anulación de un acto supondría su extinción física, en un esquema mental de típicas raíces animistas, que perviven en los fondos de nuestra cultura en mucho mayor grado del que suponemos.

Nada de esto es cierto, como es obvio. Como hecho físico, el acto anulado continúa existiendo. Su invalidación solo supone, como se dijo, la prohibición de trasladar a la realidad los efectos jurídicos que pretendía operar; algunos de los cuales, incluso, pueden subsistir en muchas ocasiones. Pero, incluso cuando todos sus efectos característicos sean neutralizados, el acto permanece en la realidad de las cosas como puro *factum*, que puede desencadenar efectos jurídicos diversos: por todos, el inicio de una acción de responsabilidad por los daños por él causados (siempre que concurren, además, los requisitos de la lesión que establecen los apdos. 1 y 2 del art. 32 de la Ley 40/2015)²⁴.

(2019), «De nuevo sobre la invalidez en el derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos», ambos en RAP/210, págs. 43 y ss., y 91 y ss.

²³ Aunque no es reprochable, sino todo lo contrario, que comience a abrirse alguna puerta en este sentido: así lo han hecho las recientes SSTs de 4 de marzo de 2020 (rec. 2560/2017), y de 27 de mayo de 2020 (rec. 6731/2018), con un mensaje que el legislador no debería desoír.

²⁴ Es cuestión polémica si el acto invalidado constituye una circunstancia fáctica hábil para surtir el efecto de interrupción de la prescripción extintiva de los derechos de la Administración (ya sean patrimoniales, o derivados del ejercicio de una potestad de gravamen, como la sancionadora o tributaria), o de la prescripción adquisitiva por los particulares de derechos frente a la Administración (art. 30.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). La jurisprudencia ha apuntado una solución *salomónica* respecto de la prescripción de las deudas tributarias, negando eficacia interruptiva a los actos cuando estos son declarados nulos de pleno derecho, pero admitiéndola cuando se califican meramente como anulables (que, obvio es decirlo, son la inmensa mayoría). Pero no me parece que tal solución ecléctica sea satisfactoria: en línea de principio, parece incongruente que la ilegalidad pueda conllevar algún efecto beneficioso para quien la comete, con independencia de su gravedad. Con infracción del principio que prohíbe obtener algún beneficio derivado de la propia torpeza. Por ello, estoy de acuerdo con T. Cano Campos en la crítica que hace a dicha jurisprudencia: *op. cit.*, pág. 18.

4. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ

Pieza clave del modelo cuyo análisis se hace en este trabajo es el concepto de presunción de validez: en él se apoya la tesis (más que una tesis: art. 39 de la LPAC) de que un acto es o debe ser considerado válido en tanto no sea anulado (declarado inválido) (art. 39.1 de la LPAC). Esta regla goza de un grado muy amplio de aceptación, aunque ha sido objeto de críticas importantes²⁵, que comparto en lo sustancial. La importancia de esta noción exige que estas objeciones sean expuestas con el debido detenimiento.

a) Para empezar, la estructura argumental que soporta la presunción de validez carece de consistencia lógica: los actos administrativos, se dice, se presumen válidos (ajustados a derecho); esta presunción es lo que les permite desplegar su fuerza de obligar; y dicha presunción de validez arroja sobre sus destinatarios la carga de impugnarlos. Este razonamiento carece de sentido, porque el contenido que se predica de la presunción de validez (la carga de impugnar) no tiene relación lógica alguna con su enunciado: la consecuencia no se deriva de la premisa. La carga de impugnar no trae causa de ningún tipo de presunción, sino del hecho elemental de que el acto surte efectos obligatorios *per se*, lo que hace imperativa su impugnación si se intenta neutralizar tales efectos. Una mera presunción nunca puede fundamentar una carga de impugnar.

En realidad, la presunción de validez, aparte de ser producto del error de partida de que la fuerza de obligar es consecuencia de la validez, es una declaración jurídicamente inútil, formulada con una finalidad puramente justificativa. Así se advierte claramente en el citado art. 39.1 de la LPAC, que la enuncia con objeto de apoyar el mandato que expresa a continuación, de aire terminante y autoritario, de que los actos administrativos «producirán efectos desde la fecha en que se dicten». Con toda evidencia, lo que se pretende es aportar *un factor de legitimación* a la fuerza intrínseca de obligar de los actos, afirmando un marco ideal de regularidad institucional y de (supuesto) respeto al derecho que obliga a acomodarse al contenido del acto hasta que el órgano competente para ello se pronuncie autoritativamente sobre su adecuación a derecho²⁶. Pero los elementos de legitimación carecen, por sí, de efecto jurídico alguno.

b) Hablar de «presunción» de validez es también erróneo, porque las presunciones son mecanismos deductivos que operan en el terreno de los hechos,

²⁵ Da cuenta de las mismas M. Rebollo Puig (2005), *La presunción de validez*, REDA/128, págs. 587 ss., sin duda el trabajo más extenso y profundo sobre esta presunción, en el que se hace una encendida defensa de la misma. Mi desacuerdo con sus tesis se basa en cuestiones de principio, que no empañan el respeto que me merece su contribución. La más completa exposición, en términos no polémicos, en S. Muñoz Machado, *Tratado...*, cit., XII, págs. 79 ss.

²⁶ Debo esta idea a T. Cano, con quien he debatido sobre todos estos extremos.

no de las valoraciones jurídicas²⁷; son una técnica de fijación de datos fácticos en el debate procesal, que alteran las reglas relativas a la carga de la prueba; por ello, la presunción de inocencia significa, fundamentalmente, que la carga de la prueba de los hechos sancionables corresponde a quien sostiene una acusación. Así lo daba a entender el texto del art. 1253 del Código Civil (hoy derogado)²⁸; lo reitera el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹, y lo confirma la generalidad de la doctrina procesal³⁰, que no contempla más presunciones auténticas que las referidas a hechos³¹.

Y es que las cosas no pueden ser de otra manera. Fuera del ámbito procesal, toda presunción no pasa de ser una inferencia teórica que lleva de premisas fácticas que se tienen por verdaderas a una conclusión, que también se afirma como verdadera, apoyándose en un juicio de verosimilitud estadística. Las presunciones legales se basan en una estimación aproximativa de que el supuesto de hecho que se contempla como presunto posee alto grado de probabilidad de realización en la práctica³². Por ello, el art. 69 del Código Civil puede decir que, salvo prueba

²⁷ Lo admite colateralmente, M. Rebollo Puig, *op. cit.*, pág. 592, aunque lo desecha diciendo que «este mandato se asemeja en algo a una presunción».

²⁸ «Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que *entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir* haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.»

²⁹ «A partir *de un hecho* admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, *de otro hecho*, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.»

³⁰ Desde la monografía clásica de J. W. Hedemann (1931), *Las presunciones en el Derecho*, trad. española, Madrid (y Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019), toda la doctrina del derecho procesal: la más completa exposición, en la obra de A. de la Oliva Santos-I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres (2014), *Curso de Derecho procesal civil*, II, parte especial, Madrid: Ramón Areces, 2.^a ed., págs. 211 ss.

³¹ Las llamadas *praesumptiones juris* tienen la misma naturaleza. Aunque, en apariencia, en ellas la ley liga, a un hecho, una determinada consecuencia jurídica, lo que realmente acaece es que la ley anuda, a la producción de un hecho real y probado, la suposición de haberse producido otro hecho que es el que generaría aquella consecuencia jurídica; hecho este cuya prueba impide (en las presunciones *juris et de jure*) o permite (*juris tantum*), pero solo a los efectos de acreditar que entre un hecho y otro no existe el enlace lógico necesario para que la presunción opere.

³² Véase A. de la Oliva Santos-I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, *Curso...*, *cit. op.*, pág. 214, donde se señala que el fundamento de toda presunción radica en un juicio de probabilidad cualificada: «se permite o se exige pasar del hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable (casi seguro) o muy probable, *según distintas máximas de la experiencia*, que, dándose A, se dé B». El papel fundamental del factor probabilístico en el juego de las presunciones es un lugar común en el ámbito de la teoría general del derecho: véase M. Gascón Abellán (1999), *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons; L. Peña Gonzalo y T. Ausín Díez (2001), «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII;

en contrario, se presume que los cónyuges viven juntos; porque eso es lo que sucede en la mayor parte de los casos. Y lo mismo sucede con el art. 116 del mismo cuerpo legal: los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, se presumen hijos del marido, porque lo son en la mayoría de los casos. La presunción de validez de los actos administrativos incumple esta relación de probabilidad, porque el porcentaje de los que son contrarios a derecho es, por lo menos, considerable.

c) La defensa de la presunción de validez se apoya a veces, más o menos explícitamente, en razones de conveniencia pública: el mantenimiento de un grado aceptable de obediencia a los actos administrativos exige que, en principio, deban ser considerados conformes a derecho; es conveniente que se interiorice la idea de que las Administraciones observan, por lo general, el mandato del art. 103.1 de la Constitución.

Esta alegación no me parece aceptable: aparte de que el mero aserto de la presunción de legalidad es insuficiente para crear en la sociedad una imagen sólida de comportamiento ajustado a derecho (que la práctica desmiente diariamente), entiendo que constituye un axioma que distorsiona el sistema de control judicial de la legalidad, en perjuicio de los destinatarios de los actos.

Esto es así en la realidad de los procesos contenciosos. Aunque sea un lugar común que la presunción de validez solo entraña la carga de impugnar el acto cubierto por ella, lo cierto es que la expresión contiene el mensaje subliminal de que *debe suponerse que, en principio, los actos administrativos son ajustados a derecho*; y este mensaje, sea compartido en mayor o menor grado por el juzgador, conlleva no solo la carga de recurrir, sino también dos consecuencias adicionales: primera, que pesa sobre el recurrente un deber implícito de acreditar y demostrar de modo concluyente la ilegalidad del acto que impugna; mientras que a la Administración demandada *le basta con intentar rebatir los argumentos impugnatorios del demandante y afirmar apodícticamente que su acto es legal, justamente porque goza de presunción de validez*, sin que pese sobre ella la carga equivalente de razonar y acreditar tal legalidad. Y segunda y más grave consecuencia: la invitación subliminal al juzgador a dar por existente y real la legalidad del acto que se impugna (y, por tanto, a desestimar el recurso), salvo que concurran evidencias muy sólidas de lo contrario.

Nada de esto es nuevo para cualquier jurista mínimamente experimentado en el proceso contencioso, al que le consta que, en él, las partes se hallan de hecho en una situación de desigualdad: al imponer al destinatario del acto la carga de impugnarlo, se le atribuye, también, la posición, siempre más incómoda, de demandante. Y la presunción de validez añade un plus emocional de desequilibrio, invitando al juzgador, en caso de duda, a acoger la tesis de que el acto es efectivamente ajustado a derecho.

J. Ferrer Beltrán (2002), *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons; y J. Aguiló Regla (2006), «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*/35, págs. 9 ss.

Y la gravedad del problema se intensifica exponencialmente cuando la presunción de validez se interpreta —como sucede con frecuencia— en un sentido expansivo, generando las hijuelas de la *presunción de veracidad* de los hechos tomados como base por el acto impugnado y, todavía más, de la *presunción de acierto* de las valoraciones que se hacen en él respecto de los hechos; presunciones que no pocas sentencias asumen, como demuestra la doctrina (vacilante, cierto es) acerca del valor probatorio de los hechos recogidos en las actas de inspección³³, y, asimismo, la viejísima jurisprudencia acerca de la presunción de acierto de las valoraciones expropiatorias hechas por los jurados.

La pacífica asunción de la presunción de validez ha surtido unos efectos letales en la dinámica del proceso contencioso-administrativo, de la que podemos dar testimonio todos los profesionales del derecho³⁴, y que aconsejan la eliminación de esta categoría. No hay razón material para suponer que los actos administrativos son, por lo general, legales, ni menos para eximir a las Administraciones de la cumplida argumentación y demostración (positivas, no meramente reaccionales) en el proceso de que sus actos se ajustan a la legalidad, de la prueba de los hechos en que se fundan y del acierto de sus valoraciones técnicas.

III. EL RÉGIMEN LEGAL

Es obvio señalar que las infracciones del ordenamiento en que puede incurrir un acto administrativo son de una variedad inabarcable. Esto, unido al seguimiento del modelo privatista, explica que el legislador español estimara conveniente, en 1958, agruparlas en categorías diferenciadas, mediante el esquema binario nulidad/anulabilidad³⁵ (a las que quizá debería añadirse la de las irregularidades no invalidantes).

³³ Sobre la cual, últimamente, el estudio de T. Cano Campos (2008), *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador*, Madrid: Thomson/Civitas, y la bibliografía allí citada.

³⁴ Sería injusto, sin embargo, olvidar algunos fallos —desgraciadamente, poco frecuentes— que han sentado, en línea de principio, la doctrina que aquí se propugna. Tomo del libro de R. Bocanegra Sierra, *op. cit.*, pág. 128, la cita de la STS de 12 de febrero de 2009, en la que puede leerse que el principio de presunción de validez de los actos administrativos «despliega una eficacia meramente extraprocesal al permitir la ejecutoriedad de dichos actos, siquiera su validez no se haya acreditado, pero [...]en ningún caso supone una presunción irrefutable de su corrección legal, ni tampoco permite un desplazamiento de la carga de la prueba que conforme a las reglas por las que se rige ... corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acreditamiento del presupuesto fáctico que invoquen...».

³⁵ Muy probablemente, inspirándose en la obra de F. Garrido Falla (1956), *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, págs. 224 y 265.

Esta clasificación legal, y las consecuencias extraídas de ella, reviste defectos innumerables.

1. ¿UNA O DOS CATEGORÍAS DE INVALIDEZ?

El interrogante que figura en el rótulo se explica por la circunstancia de que, menos de dos años antes de la aprobación de la Ley de Procedimiento de 1958, la Ley de lo contencioso de 1956 había reducido a un único supuesto el motivo de estimación del recurso y de anulación del acto impugnado: «cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder» (art. 83.2). Y la Ley de Procedimiento de 1958 marginó absolutamente esta previsión: sin anunciar la intención de modificarla, reprodujo la fórmula del art. 83.2 en su art. 48.2, exclusivamente respecto del régimen de la anulabilidad, y añadió la figura de la nulidad de pleno derecho.

Esta incoherencia legislativa ha perdurado (parcialmente) hasta nuestros días: las nuevas versiones de las leyes de lo contencioso y de procedimiento (de 1998, en el primer caso, y de 1992 y de 2015, en el segundo), mantuvieron impávidas sus respectivas posiciones unitaria y dual. Esto no ha supuesto obstáculo apreciable en el funcionamiento de la jurisdicción contenciosa, cuyos órganos han venido aplicando pacíficamente ambos textos de manera diferenciada (utilizando solo el vigente art. 70.2 de la LJCA en sus fallos³⁶, y las categorías dogmáticas de las leyes de procedimiento, cuando procede, en los fundamentos jurídicos de las sentencias³⁷).

Esta incoherencia se incrementó en la vigente LJCA, con dos atípicas decisiones: primera, acogiendo *ex novo* la categoría de la nulidad de pleno derecho en su art. 103.4 (a propósito de los actos o disposiciones dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales), pero aplicándola a un supuesto —la desviación de poder— que las leyes de procedimiento han integrado siempre en la anulabilidad³⁸ (?); y, segunda, acuñando la nueva infracción

³⁶ Es cierto que, en ocasiones, no se hace así, calificándose en el fallo si el acto impugnado es nulo o anulable. Pero esta calificación es completamente innecesaria: lo que el fallo debe hacer es constatar su disconformidad con el ordenamiento jurídico y decretar, en su caso, su anulación.

³⁷ Pero hacen esto último, en ocasiones, con un comprensible desdén: lo que les preocupa primariamente, al fallar un recurso, es si el acto impugnado incurre efectivamente en un vicio, y si este es de suficiente relevancia, prestando solo una atención secundaria a si los vicios invocados por los recurrentes pertenecen a la categoría de la nulidad o de la anulabilidad.

³⁸ La jurisprudencia ha tratado de salvar esta incongruencia declarando que se trata de una desviación de poder «reforzada» o «cualificada»; pero ello no pasa de ser una argucia nominalista, ya que la conceptualización de este vicio no admite gradaciones de intensidad; existe o no existe. En realidad, la declaración de nulidad de pleno derecho que figura en el art. 103.4 no pasa de ser un mero énfasis que pretende resaltar la gravedad de la infracción consistente en contradecir abiertamente las resoluciones judiciales.

de la vía de hecho (arts. 25.2, 30, 32.2, 46.3 y *passim*), con total despreocupación por precisar si se trataba de un supuesto de nulidad o de anulabilidad³⁹.

A pesar de estas innovaciones, técnicamente muy cuestionables, la distinción entre nulidad y anulabilidad continúa seriamente relativizada en la práctica procesal. Y no solo por los tribunales, como hemos señalado, sino también por los letrados recurrentes, que tienden sabiamente a eludirla, evitando la calificación dogmática de las infracciones que alegan (sobre todo, si esta pudiera ser de nulidad, que ofrece el riesgo de que le sea aplicada la tradicional doctrina de la apreciación restrictiva de los supuestos pertenecientes a esta categoría). En la realidad diaria, la calificación en las demandas del acto impugnado como nulo de pleno derecho no pasa de ser una invocación retórica con la que los letrados menos competentes tratan de dar énfasis peyorativo a sus argumentaciones para satisfacer psicológicamente a clientes no muy versados en derecho.

Esta descoordinación legislativa, resuelta de un modo tan pragmático, no es deseable. Pero la utilidad de la dualidad nulidad/anulabilidad ha de contrastarse, también, en base a otros factores.

2. INDETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA INVALIDEZ

En la línea de la más clásica doctrina, la LPAC, igual que sus antecesoras, limita las consecuencias de la anulación a la privación de efectos del acto. Lo hace incluso implícitamente, lo que, además de aparentar que descarta cualquier otra consecuencia, no precisa en qué consista tal eliminación de efectos; y esta ausencia de regulación afecta tanto a los supuestos de nulidad como de anulabilidad.

Este silencio legal tiene efectos indeseables.

a) Los tiene, en primer lugar, para quienes han pedido y obtenido en un recurso la anulación del acto. La mera eliminación de los efectos propios del acto puede ser, en muchos casos, absolutamente insuficiente desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva. Además de sus efectos propios, los actos anulados pueden haber causado otras lesiones en la esfera jurídica de quien lo ha impugnado, que deben ser también eliminadas.

³⁹ De hecho, la jurisprudencia ha resaltado la naturaleza ambivalente de la vía de hecho, declarando que la constituyen no solo los supuestos de omisión total del procedimiento [art. 47.1.e) de la LPAC], sino otros muchos que encajarían más fácilmente en la cláusula general de anulabilidad del art. 48.1 de la LPAC: ausencia de resolución previa que sirva de fundamento jurídico a una actuación material, irregularidades absolutamente invalidantes en el acto que se ejecuta, o los casos en los que el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excediendo los límites que el acto permite. Véase un resumen de esta jurisprudencia en J. A. Santamaría Pastor (dir.), (2017), *1700 preguntas sobre contencioso-administrativo*, Madrid: Francis Lefèbvre, págs. 265 ss.

Esta exigencia no está suficientemente cubierta, en la práctica, por la posibilidad de que la sentencia anulatoria otorgue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (arts. 31.2 y 71.1.b de la LJCA). La falta de previsión legal expresa, respecto de cada concreta infracción, de cuáles puedan ser los contenidos de la situación jurídica a restablecer dificulta seriamente su obtención en vía jurisdiccional, por la natural y comprensible resistencia de los jueces a dar cosas que la ley no prevé de ninguna manera. La anulación de una sanción de suspensión a un funcionario, por la comisión de una conducta infamante, con el consiguiente pago de las retribuciones no percibidas, no satisface en modo alguno su necesidad de tutela; y no está previsto ni es claro que pueda exigir un reconocimiento público de la Administración, por ejemplo.

Por ello, y de igual manera que la imposición de una sanción pecuniaria puede conllevar sanciones accesorias que han de ser eliminadas junto con la principal, no sería inadecuado que la ley previera qué medidas puede exigir naturalmente un sancionado para la plena satisfacción de sus pretensiones. Y lo dicho a propósito de los actos sancionadores debería aplicarse a cualesquiera otros.

b) Pero esta indeterminación tampoco resulta demasiado confortable para la Administración autora del acto anulado. Hay, desde luego, anulaciones cuya ejecución es muy simple; pero, en otros muchos casos, crean una situación de anormalidad y una cadena de efectos cuya corrección sume a la Administración en una considerable perplejidad: ¿qué ha de hacerse, por ejemplo, cuando se anula la adjudicación de un contrato cuya ejecución está a punto de finalizar? ¿Qué, también, en los supuestos de gastos nulos por ausencia de cobertura presupuestaria? ¿Debe limitarse a reclamar la devolución del pago?, pero ¿qué ha de hacerse si el receptor del pago realizó su prestación a la Administración? ¿Darlo meramente por bueno, en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, como hace en ocasiones la jurisprudencia?

A las situaciones de incertidumbre acerca de cómo ejecutar una sentencia anulatoria ha de añadirse que limitar los efectos de la invalidez a la anulación es una medida que no entraña ningún incentivo para que la Administración rectifique en lo sucesivo sus comportamientos ilegales, como el profesor Parada viene señalando desde hace años. La anulación, podría decirse, le sale gratis a la Administración; ni siquiera la censura de haber cometido una ilegalidad causa una pequeña decepción, porque cuando la sentencia recae, transcurridos varios años desde la emisión del acto, el asunto ya está olvidado, porque la mayoría de los responsables políticos que lo forjaron ya no se encuentran en sus puestos. No hay consecuencia negativa adicional alguna para la Administración, salvo la responsabilidad patrimonial prevista en el párrafo segundo del art. 32.1 de la Ley 40/2015, cuyas escasas posibilidades de éxito son bien conocidas; tampoco para los autores intelectuales de la ilegalidad, ya que la eficacia real de la acción de regreso que prevé el art. 36.2 de la misma ley es puramente simbólica.

3. INDIFERENCIACIÓN DE LOS EFECTOS Y DEL RÉGIMEN IMPUGNATORIO

La completa indeterminación de los efectos de la anulación pone en cuestión, además, la utilidad de la distinción entre nulidad y anulabilidad. ¿Para qué, podríamos preguntarnos, se establece una graduación de las infracciones en función de su gravedad, cuando sus consecuencias son prácticamente idénticas⁴⁰?

a) Lo son, sin duda, en el aspecto sustantivo. No hay diferencia alguna en el orden del alcance temporal de las infracciones (*ex tunc* en la declaración de los actos nulos y *ex nunc* en los anulables), como vimos páginas atrás; y tampoco la hay en punto a comunicación de la ilegalidad, conversión y conservación de los actos anulados (arts. 49, 50 y 51).

Resta una diferencia en punto a la posibilidad de convalidación del acto anulado, que el art. 52.1 de la LPAC parece limitar a los actos anulables. Pero esta limitación, cuyo origen se encuentra, sin duda, en uno de los más rancios tópicos de la doctrina civil⁴¹, ha de ser cuidadosamente matizada: primero, porque no todos los actos anulables son susceptibles de convalidación⁴²; y segundo, porque no hay razón alguna para que los actos afectados por algunas de las causas legales de nulidad no puedan ser convalidados⁴³.

b) Y lo son también, prácticamente, en cuanto al régimen procesal de impugnación. Dos clásicos mitos de la nulidad de pleno derecho (que podía ser alegada por cualquiera, y la posibilidad de interponer un recurso sin sujeción a plazo alguno) fueron ya hace tiempo rechazados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, con buen juicio, aplicó a todo recurrente los mismos criterios en cuanto a la legitimación para recurrir (mucho más generosos que los del proceso civil) e idéntico plazo de interposición, ya fuera de nulidad o anulabilidad de la infracción invocada.

⁴⁰ Nuevamente coincido en este punto con A. Nieto, *op. cit.*, pág. 13.

⁴¹ Tópico que, por lo demás, el Código Civil desconoce, al admitir la posibilidad de confirmación de los contratos nulos (arts. 1309 y siguientes).

⁴² Solo lo son los que han sido anulados en infracciones de procedimiento. Los afectados de ilegalidades sustantivas no pueden serlo, salvo mediante la emisión de un acto que omita dicha ilegalidad; pero ese nuevo acto no es de convalidación, sino un nuevo acto, porque su contenido y fundamentación han de ser diferentes.

⁴³ J. M.^a Baño León, «La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes», RAP/210 (cit. *supra*), págs. 29 ss. ¿Qué inconveniente hay en que la resolución dictada por un ministro notoriamente incompetente *ratione materiae* sea convalidada por la posteriormente dictada por el ministro competente? ¿O en que el acuerdo nulo de un órgano colegiado por haber sido adoptado fuera del orden de día sea convalidado en la siguiente sesión, con previa constancia en dicho documento?

De esta forma, el rasgo definidor de la dualidad ha quedado reducido a la posibilidad de revisión de oficio de los actos nulos regulada en el art. 106 de la LPAC, institución que aún conserva el recuerdo aparente de la vieja idea del carácter inextinguible de la acción de nulidad⁴⁴. Y lo que cabe preguntarse es si la pervivencia de este peculiar instituto (que no existe en ninguno de los países de nuestro entorno) justifica por sí solo el mantenimiento de una dualidad de categorías de invalidez que parece que debiera fundamentarse en diferencias de sus respectivos efectos sustantivos, que no existen, o en regímenes de impugnación menos excepcionales que la revisión de oficio.

4. TIPIFICACIÓN INSUFICIENTE

Con todo, el mayor reproche que puede hacerse a la regulación de la LPAC —y a sus antecesoras— es la pobreza eremítica de la tipificación que realiza de las infracciones a que se refiere. Los supuestos de infracciones legales son prácticamente infinitos y, además, de relevancia muy diversa: pese a lo cual, el legislador, desde 1958, optó por la solución de enumerar exclusivamente un escueto y extraño número de infracciones (solo referidas a la nulidad de pleno derecho), arrojando todas las restantes al cajón de sastre del art. 48.

Esta solución legal, ciertamente peculiar, posee tanta solidez científica como una hipotética clasificación de los seres humanos entre los que se denominaran Pedro, Antonio y Julio, de un lado, y todos los demás, de otro. Y esta solidez no puede buscarse, como se ha hecho, alegando que la ley califica todas las infracciones legales como de anulabilidad, salvo las excepciones del art. 47, siendo así que, luego, unas y otras ilegalidades carecen de rasgos diferenciados de régimen jurídico. Pero es que, además, esta singular forma de legislar genera inconvenientes prácticos muy importantes.

a) En primer lugar, las infracciones determinantes de nulidad previstas en el art. 47. La versión de 1958 realizó esta selección de acuerdo con un criterio puramente académico, como un negativo de los elementos o requisitos teóri-

⁴⁴ Debe calificarse de aparente por cuanto la generosa declaración de que la revisión puede emprenderse o reclamarse por un interesado «en cualquier momento» viene desmentida por el art. 110, al establecer que dicha potestad no podrá ejercitarse «por el tiempo transcurrido», esto es, cuando hubiera transcurrido un tiempo considerable desde la fecha de emisión del acto. El plazo para emprender la revisión no puede considerarse, pues, ilimitado, sino meramente indeterminado. Sobre este límite, recientemente, E. M.^a Menéndez Sebastián (2019), *Los límites a la potestad de revisión*, Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, págs. 151 ss. Sobre esta misma cuestión en el ámbito del derecho civil, véase M. Pasquau Liaño, *La acción de nulidad sí prescribe*, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288&format=print>.

cos de validez del acto administrativo: de carácter subjetivo —la competencia—, objetivo —ilicitud penal e imposibilidad— y formal —forma del acto y procedimiento—, matizados en algunos casos por algún adjetivo que pretendía enfatizar su importancia (incompetencia *manifiesta*, omisión *total y absoluta* del procedimiento, reglas *esenciales* en la formación de la voluntad de los órganos colegiados); un criterio técnicamente aséptico, comprensible en el entorno jurídico-político de los años cincuenta del pasado siglo, en el que hubiera sido altamente inconveniente para los redactores de las leyes efectuar una relación detallada de los posibles atropellos que podía cometer la Administración.

Pero esta enumeración carece en la actualidad de lógica. Parece obvio que la sanción de nulidad, de tener algún efecto, debería aplicarse a infracciones de singular gravedad, a las conductas que se estimen objetivamente más lesivas para el interés público o a los principios generales del ordenamiento⁴⁵. Y resulta igualmente evidente que esta exigencia no concurre en buena parte de los supuestos tipificados en el art. 47.1: algunos de ellos (los de las letras c) y d), y la omisión total y absoluta del procedimiento) son de aplicación tan excepcional, y tan obvios, que podrían haberse dado por supuestos; y la incompetencia manifiesta, pese a su raigambre histórica, es un vicio hoy francamente devaluado cuando se produce en el seno de cada Administración, y de casi imposible aplicación dado el intrincado entrecruzamiento de competencias de los entes territoriales que nuestro sistema ha generado.

Sin perjuicio de estas reservas, estas reglas podrían considerarse aceptables; pero, desde luego, son absolutamente insuficientes. La calificación de actos como nulos solo puede hacerse correctamente en el marco de la legislación sectorial, que es la única que puede definir las inobservancias a sus preceptos y principios que se consideren políticamente de mayor gravedad y relevancia. Así lo prevé el art. 47.1.g), con una remisión que pudiera parecer innecesaria, pero que, a mi juicio, apunta en la dirección correcta, porque es precisamente en esas otras leyes donde la nulidad de pleno derecho debe ser preferentemente declarada⁴⁶. Lo que cabe deplorar es que dichas leyes hayan sido, hasta ahora, tan escasas.

b) Por su parte, la fórmula general que figura en el art. 48.1 tampoco es de recibo. Una renuncia a tipificar —que es lo que hace ese precepto— tiene como consecuencia que los vicios incluidos en esa cláusula vean seriamente limitadas sus posibilidades de ser estimados por los tribunales.

Ya de entrada, el art. 48 relativiza muy intensamente la eficacia anulatoria de lo que podríamos llamar la mitad de ellos (los vicios de forma o de procedi-

⁴⁵ Como hizo la Ley 30/1992 al añadir la letra a) del actual art. 47.1... aunque su contenido se dé de bruces con el carácter excepcional y singular de la nulidad de pleno derecho, si se tiene en cuenta la desmesurada extensión que la jurisprudencia constitucional ha dado a algunos derechos fundamentales.

⁴⁶ Sobre este precepto, J. García Luengo (2002), «Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común», RAP/159, págs. 137-172.

miento); lo que, unido a la evidencia de que su estimación en el proceso pudiera ocasionar más perjuicios que beneficios a los recurrentes (como hace años argumentó de modo contundente T. R. Fernández), ha llevado a una situación práctica en la que los tribunales les confieren fuerza anulatoria en muy escasas ocasiones o de manera un tanto errática, como sucede, por ejemplo, con la omisión del trámite de audiencia⁴⁷.

Esta desvalorización de las infracciones de procedimiento ha contaminado a los vicios de fondo, que han llegado a contemplarse con un escepticismo similar por algunos órganos jurisdiccionales, hasta el punto de aplicarles, aun sin decirlo, el criterio de la «violación suficientemente caracterizada» acuñado por el Tribunal de Justicia. Los profesionales del derecho sabemos que no basta con alegar y razonar una infracción de ley o reglamento para conseguir una sentencia anulatoria, por evidente que sea; o esta posee una especial gravedad, o sus posibilidades de estimación son limitadas. Aunque a este resultado coadyuvan, ciertamente, otras circunstancias psicológicas que sería injusto silenciar, como el inevitable hartazgo y desconfianza que provoca la lectura, día tras día y año tras año, de cientos de demandas cargadas de reales o supuestas infracciones de leyes, reglamentos o principios generales del derecho.

Pero el factor más determinante de la devaluación de los vicios de fondo se encuentra, sin duda, en el silencio que las leyes guardan sobre ellos, solo implícitamente previstos como contrapartida de las miríadas de obligaciones de imposible cumplimiento total que el voluntarismo de las leyes impone a las Administraciones: lo que no se halla explícito en la ley, tiende a no aplicarse, como ya antes recordamos. No sería impertinente, por ello, que la legislación tipificase con suficiente detalle un cierto número de causas específicas de anulabilidad de particular relieve o frecuencia. Es cierto que los autores materiales de las leyes —los servidores de las Administraciones— muestran una natural renuencia a poner negro sobre blanco las irregularidades en que pueden incurrir. Pero si las leyes sectoriales son capaces, hoy, de formular con minuciosidad germánica las conductas sancionables de los administrados⁴⁸, no hay razón para que no puedan hacer algo semejante respecto de las infracciones más destacadas que pueden cometer los servicios administrativos o sus responsables políticos.

c) Con todo, la principal disfunción imputable a la escuálida tipificación de causas de nulidad y anulabilidad que realizan hoy los arts. 47 y 48 de la LPAC ha sido la de dejar en la sombra a múltiples infracciones de naturaleza genérica, que pueden afectar a cualquier acto administrativo; no me refiero a las que deberían

⁴⁷ Perfectamente recogidos en la monografía de M.ª I. Jiménez Plaza (2004), *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Barcelona: Atelier; véase, también, J. A. Tardío Pato (2006), «El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del art. 84 de la Ley 30/1992», RAP/170, págs. 93-142.

⁴⁸ Como hacen, por ejemplo, los kilométricos arts. 278 a 300 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que tipifican un total de 138 infracciones (!).

prever las leyes sectoriales, sino a las de carácter transversal, hoy silenciadas o difuminadas en la fórmula genérica del art. 48.1.

La ausencia de cualquier referencia explícita a estos vicios los ha hecho permanecer también ignorados en muchos casos por la doctrina y, por ello, ser acogidos muy restrictivamente por los órganos de la jurisdicción contenciosa. Digamos una vez más que los vicios que carecen de reconocimiento expreso en la ley, por obvios que sean, tienden a no ser considerados como tales y a negárseles efectos invalidantes.

No es posible, en este marco, realizar una enumeración completa de estos «vicios silenciados». Sin pretensión alguna de exhaustividad, obviamente, recordemos algunos de los que suelen aparecer en la práctica del derecho:

i) Entre las irregularidades relativas al sujeto del acto administrativo (a la Administración que lo emite), falta una referencia a los supuestos de ausencia completa de potestad [que es más que la incompetencia de que habla el art. 47.1.b)], así como a la invasión de funciones de otros poderes constitucionales y de las restantes Administraciones públicas (infracción que, por razones obvias, no fue ni considerada por los redactores de la Ley de 1958); también, a los supuestos de falta de investidura del órgano emisor (ejercicio anticipado o prolongado irregularmente en el cargo, inhabilitación penal). No menciono la cuestión, siempre polémica, de los vicios en la formación de la voluntad de los órganos unipersonales (violencia, error, dolo o engaño, maquinaciones fraudulentas); pero sí añadiría los gravísimos supuestos de concurrencia de conflictos de intereses, a los que el ambiguo art. 23.4 de la Ley 40/2015 parece negar toda importancia.

ii) La legislación de procedimiento no contiene referencia alguna a los supuestos que podrían denominarse de ausencia del sustrato del acto administrativo, ya se trate del sustrato personal (de la persona destinataria del acto: p. ej., nombramiento como funcionario de una persona fallecida), del sustrato real u objeto al que el acto se refiere (p. ej., la expropiación de una finca inexistente), o de su sustrato jurídico (p. ej., la revocación de un acto ya anulado). Tampoco sería ocioso considerar los supuestos de inidoneidad o indeterminación de los mismos sustratos.

iii) El número mayor de vicios genéricos de los actos, derivados de razones puramente lógicas, se refieren a su contenido. La legislación de procedimiento solo contempla, desde 1958, el comúnmente conocido como de contenido imposible, que, aunque abarca tanto los supuestos de inviabilidad física del mandato establecido en la parte dispositiva de un acto como de imposibilidad lógica, no ha sido casi nunca aplicado. Alude solo indirectamente a irregularidades como la incongruencia omisiva (art. 88.1) y la incongruencia *plus quam petita* (art. 88.2); irregularidades que son bien conocidas y frecuentemente aplicadas en el ámbito de las resoluciones judiciales, pero que parecen carecer de importancia cuando afectan a los actos administrativos.

Y no contiene referencia alguna a situaciones anómalas del texto de los actos —que no son en absoluto excepcionales— como la incoherencia interna (esto es, la desconexión entre los hechos y los fundamentos, y la parte dispositiva de la resolución: cuando unos y otros se refieren a situaciones fácticas distintas), la irracionalidad lógica (la existencia de contradicciones en la descripción de los hechos o de los fundamentos jurídicos, o entre unos y otros y la parte dispositiva: p. ej., razonar la inexistencia de infracción sancionable y, no obstante, imponer una sanción), la ambigüedad o indeterminación del mandato (p. ej., imponer una sanción pecuniaria, pero no fijar claramente su cuantía), o la carencia de sentido literal y semántico; hablo de las resoluciones de redacción incomprensible, que las hay (y las habrá cada día con más frecuencia, a medida en que el *whatsapp* vaya convirtiéndose en el medio cuasi universal de comunicación; la aparición de emoticonos en los actos administrativos es solo cuestión de tiempo).

No albergo ninguna esperanza en que esta situación de indefinición sea resuelta por el legislador. La salida de este limbo de vaguedades solo puede ser obra de la doctrina más cualificada, porque solo cuando esta plétora de irregularidades se haya consolidado en el lenguaje común es cuando podrá tener los efectos que debieran.

Y, para ello, la primera tarea consistirá en algo aparentemente tan simple como dotar a cada una de ellas de un nombre sencillo por el que sean reconocibles, porque sin nombre no tendrán posibilidad alguna de existir, sencillamente: la carencia de nombre de las cosas sitúa a estas en el plano de la inexistencia cognoscitiva, como recordaba el viejo aforismo *nomina si nescis, perit et cognitio rerum*. Esto es algo que ya venía indicado en la enseñanza bíblica (Gén., 2, 20), y que percibieron bien pronto los teóricos de las ciencias naturales, que solo pudieron echar a andar a partir del momento en que Linneo, en su capital *Systema Naturae* (1735), puso nombres a las plantas y animales; los juristas debiéramos tomar buena cuenta de ello⁴⁹.

⁴⁹ Sobre todo, teniendo en cuenta que ese aforismo apareció precisamente en el campo de la doctrina del derecho: si se me permite una gratuita erudición, a juicio de los autores anglosajones, fue acuñada en un conocido libro de *sir* Thomas de Lyttleton (*A Treatise on Tenures*, 1481), y cobró fama a raíz de su empleo en la obra de su descendiente, el juez Coke (*sir* Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, I, ed. de London, 1832, Sect. 95). Sobre esta cuestión se leerá con provecho el libro de Virgilio Ortega (2014), *Palabrología. Un apasionante viaje por el origen de las palabras*, Barcelona: Crítica, que estuvo en mi mesa durante los tiempos de pandemia.