

# LA DECLARACION DE NULIDAD EN VIA ADMINISTRATIVA DE DISPOSICIONES GENERALES (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)

Por

JAVIER GARCÍA LUENGO

Seminario de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PLANTEAMIENTO DE LA LITIS.—III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. CRÍTICA DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: a) *La Orden de 12 de diciembre de 1960 desarrolla la sanción de nulidad aplicada a los reglamentos nulos.* b) *Inaplicación de los reglamentos nulos y declaración de nulidad.* c) *El recurso de alzada per saltum y la autotutela administrativa frente a los reglamentos ilegales.*—V. POSIBLES ARGUMENTOS CONTRA LA FACULTAD ADMINISTRATIVA DE ANULAR LOS REGLAMENTOS ILEGALES.—VI. LA ACCIÓN DE NULIDAD PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DISPOSICIONES GENERALES.—VII. LA ORDEN DE 12 DE DICIEMBRE DE 1960: VIGENCIA Y PROBLEMAS PROCEDIMENTALES.—VIII. RECAPITULACIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha protagonizado en los últimos años una evolución jurisprudencial que ha merecido los elogios de la mejor doctrina administrativista (1) y que, en alguna ocasión, el legislador no ha sabido asumir (2). Sin embargo, no faltan tampoco decisiones del Alto Tribunal que producen cierto estupor al apartarse abiertamente de las opiniones doctrinales más sólidamente fundamentadas y alterar, sin consideración a los principios que las presiden, instituciones básicas de nuestro sistema administrativo.

Una de las instituciones que más ha sufrido el fenómeno arriba descrito es, sin duda, la nulidad de pleno derecho, y lo ha hecho hasta el punto de que los perfiles de esta forma de ineficacia se han desdibujado conside-

---

(1) Como muestra sirvan las elogiosas consideraciones que hacia la jurisprudencia del TS sobre Derecho Administrativo de los años posteriores a la Constitución se contienen en el prólogo de J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO a la obra colectiva, dirigida por ellos, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid, 1989, especialmente pág. 12.

(2) Sobre la deficiente acogida en el texto de la LJ de 1998 del derecho a la tutela cautelar, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional habían consagrado como derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, puede verse el reciente trabajo del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, núm. 151 de esta REVISTA, 2000, págs. 251 a 277.

rablemente. La reiterada jurisprudencia que impide la impugnación en vía jurisdiccional de actos nulos, una vez que se ha cumplido el plazo para el acceso al contencioso o han devenido «firmes» en vía administrativa (3), ya constituía una primera brecha en el entendimiento de la teoría de las nulidades en el Derecho Público español, al negar la característica básica de la nulidad de los actos administrativos que gozaba de mayor predicamento doctrinal: el carácter preferente y de oficio de su enjuiciamiento (4).

La reciente STS de 22 de diciembre de 1999 (Ar. 804/2000, ponente: R. Trillo Torres) viene a representar un segundo asalto jurisprudencial contra la comprensión doctrinal de la teoría de las nulidades en el campo del Derecho Público en general y en el Derecho Administrativo en particular, al entender que no cabe la declaración de nulidad en vía administrativa de las disposiciones generales en ausencia de una regulación legal expresa de la materia (5) y negar, por tanto, tal potestad de la Administración durante la vigencia de la primera redacción de la Ley 30/1992.

---

(3) Entre la abundante jurisprudencia que niega el carácter prioritario del enjuiciamiento de las causas de nulidad y aplica en este ámbito todo el rigor de las causas de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, podemos citar, sólo entre las recientes, las SSTS de 17 de diciembre de 1999 (Ar. 10069), Fundamento de Derecho 4.º; de 2 de diciembre de 1999 (Ar. 9270), Fundamento de Derecho 4.º; de 8 de febrero de 1999 (Ar. 673), en su Fundamento de Derecho 2.º; de 29 de enero de 1999 (Ar. 363), Fundamento de Derecho 4.º; de 14 de julio de 1998 (Ar. 3268), Fundamentos 2.º y 3.º. Hoy puede calificarse esta jurisprudencia como la mayoritaria y debe señalarse que el legislador ha rechazado las propuestas de *lege ferenda* que para solucionar este problema ha realizado la doctrina. Puede citarse en este sentido la propuesta de J. JORDANO FRAGA en la obra colectiva *Jornadas de Estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, BOE, Madrid, 1997, en concreto págs. 294 a 297.

El resultado de esta jurisprudencia es un verdadero absurdo jurídico. Imagine el lector la resolución más gravemente atentatoria contra los bienes jurídicos más elementales que una Administración pueda adoptar; pues bien, si la persona o personas afectadas no interponen en plazo el contencioso tras el intento infructuoso de hacer uso de la acción de nulidad, el acto administrativo aberrante, tenga el contenido que tenga, devendrá inatacable.

La existencia de la sanción de nulidad en un ordenamiento no es un capricho legislativo, es una necesidad esencial a un sistema presidido por la cláusula de Estado de Derecho. Si se habla de la nulidad como de una cuestión de orden público es precisamente porque sirve de mecanismo de salvaguarda del sistema para evitar que, mediante la aplicación de las formalidades establecidas en beneficio de la paz jurídica o de la eficacia, se puedan violentar los principios materiales que el ordenamiento tiene por esenciales.

(4) En el carácter preferente y de oficio del enjuiciamiento de la nulidad situaba el profesor SANTAMARÍA PASTOR la nota característica de esta forma de ineficacia que la distingue de la mera anulabilidad, descartando los criterios de distinción de carácter material. Vid. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2.ª edic., IEA, Madrid, 1975, págs. 187 y ss. y 444 y ss.

(5) El fallo era previsible teniendo en cuenta que ya en 1997 el Tribunal se había planteado la inexistencia de la potestad de revisión de las disposiciones generales en vía administrativa tras la LPC. En concreto, en el curso del proceso que se resolvió por medio de la STS de 3 de marzo de 1997 (Ar. 1920, ponente: Conde Martín de Hijas) la Sala había planteado a las partes, haciendo uso de la facultad que el artículo 43 de la LJ de 1956 le confería, la inexistencia de la potestad de revisión de oficio en manos de la Administración por la supresión de la referencia a la nulidad de las disposiciones en el artículo 102 de la LPC. El Tribunal no desarrolló en profundidad este planteamiento dado que el particular alegó con éxito la inaplicación al caso de la LPC, al haberse planteado la acción de nulidad antes de la entrada en vigor de dicha Ley (ver al respecto el Fundamento de Derecho primero de la citada resolución judicial).

El hecho de que la negación de la doctrina científica mayoritaria (6) y de la doctrina legal del Consejo de Estado (7) haya sido, en este caso, consciente (8) y la propia trascendencia del fallo, que, como veremos, va más allá del propio período de vigencia de la normativa que interpreta la sentencia, justifican un detenido análisis de la argumentación del TS.

## II. EL PLANTEAMIENTO DE LA LITIS

El litigio que resuelve la STS de 22 de diciembre de 1999 tiene su origen en la inadmisión, mediante resolución del Ministro de Defensa de 5 de febrero de 1997, de una solicitud de declaración de nulidad del Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, del Estatuto del Personal del Centro Superior de Información de la Defensa.

La resolución del Ministro de Defensa hace suyos los argumentos de la Asesoría Jurídica General del Ministerio, que recomienda la inadmisión de la solicitud de declaración de nulidad de dicho Real Decreto por dos motivos (9):

Al emplearse en la redacción del artículo 102 de la LPC entonces vigente la expresión, referida a las Administraciones Públicas, «podrán ... decla-

---

(6) Entre la doctrina que se había pronunciado a favor de la persistencia de la revisión de oficio y de la acción de nulidad frente a los reglamentos ilegales puede citarse: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 8.ª edic. (última antes de la reforma de la LPC), Civitas, Madrid, especialmente págs. 216 y 217; R. BOCANEGRA SIERRA, *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, págs. 79 y 80; J. AROZAMENA SIERRA, *Comentario al capítulo primero del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)*, núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 69 a 93, en concreto págs. 77 y ss.; J. M. ALVAREZ CIENFUEGOS, «De la revisión de oficio en vía administrativa», en la obra colectiva *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, págs. 325 a 350, en concreto pág. 330. Por su parte, GÓMEZ-FERRER MORANT se sitúa también en esta línea al entender que la reforma de la LPC deja intacto el sistema de revisión de oficio de disposiciones generales previsto en la Orden de 12 de diciembre de 1960 (ver su trabajo «La revisión de oficio», en la obra colectiva, dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 282 a 320, en concreto págs. 289 a 291).

(7) A favor de la subsistencia de la revisión de oficio de disposiciones bajo la primera redacción de la LPC se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen de 30 de noviembre de 1995, núm. de expediente 524/95, recopilación de 1995, págs. 373 y ss., entendiéndose que subsiste también la regulación de desarrollo contenida en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960 (ver las págs. 376 y ss.).

(8) El recurrente alegaba ante el Tribunal Supremo la posición mantenida por el Consejo de Estado (en este punto su alegación no estaba muy fundada puesto que el alto órgano consultivo no ha mantenido, como veremos, una posición favorable a la acción de nulidad frente a reglamentos ilegales; sólo se ha mostrado, como vimos en la nota anterior, partidario del mantenimiento de su revisión de oficio) y por la mejor doctrina administrativista. Al respecto, puede verse el Fundamento primero *in fine* de la citada sentencia de 22 de diciembre de 1999.

(9) Ver al respecto el Fundamento de Derecho primero de la STS de 22 de diciembre de 1999.

rar de oficio la nulidad», se está confiriendo a la Administración una facultad y no una obligación de proceder siempre al inicio de un procedimiento para declarar la nulidad. Se trata de un viejo argumento en el que el Tribunal Supremo no va a entrar en esta ocasión y que ya se había planteado bajo la vigencia del artículo 109 de la LPA de 1958, que estaba redactado en términos similares y había sido rechazado por la doctrina por el desconocimiento que supone de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho, que implica la obligación de la Administración de depurar aquellos actos o normas reglamentarios que estén afectados por tal grado de invalidez, y porque, como la doctrina insistentemente ha explicado (10), el empleo del verbo «poder» tenía una sencilla explicación histórica: antes de la LPA de 1958 la Administración tenía vedada, como consecuencia de un curioso malentendido dogmático (11), la posibilidad de depurar de oficio sus actos y normas ilegales.

El segundo argumento que va a esgrimir el Ministerio de Defensa para no tramitar la solicitud de declaración de nulidad plantea directamente el problema al que la STS va a dar una, en nuestra opinión desafortunada, solución. En concreto, el Ministerio alegaba que el artículo 102 de la LPC sólo se refiere a los actos administrativos y no a los Reglamentos, frente a los que no cabe recurso en vía administrativa según dispone el artículo 107.3 LPC.

La argumentación en la que se sustentó el demandante para impugnar la resolución del Ministro, tal y como la refleja el Fundamento de Derecho primero de la sentencia, merece ser reproducida aquí al coincidir casi literalmente con la exposición doctrinal que, en un ejercicio de prolepsis que el tiempo no ha desmentido, habían ofrecido los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (12). En concreto, las pretensiones del demandante se fundamentaban en que «... no puede sostenerse —como pretende el Ministerio de Defensa en su resolución— la improcedencia de una acción de nulidad, pues de aceptarse tal tesis se produciría un resultado inaceptable, como es la imposibilidad de evitar que una norma nula perviva en el Ordenamiento, al devenir inatacable por el transcurso del tiempo. Así, pues, reconocida la nulidad absoluta de un reglamento inconstitucional o ilegal, queda también reconocida, sin necesidad de texto legal expreso que lo ratifique, la obligación de la Administración de eliminar dicho reglamento desde el momento en que advierta la inconstitucionalidad o ilegalidad del mismo, bien por su propia reflexión o bien en virtud de denuncia de particulares, cuya solicitud al respecto constituye a la Adminis-

(10) Al respecto, R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, págs. 188 y ss.; del mismo autor, *La anulación de oficio...*, cit., págs. 51 y ss.; L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 53 a 98, en concreto pág. 89.

(11) Sobre el dogma de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derecho y su más que endeble justificación dogmática, basada en una afirmación de COLMEIRO sacada fuera de contexto, debe consultarse al profesor R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio...*, cit., págs. 101 y ss.

(12) Vid. dicha argumentación en la pág. 216 de la octava edición de su *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit.

tración que la recibe en el inexcusable deber de pronunciarse sobre la cuestión» (13).

### III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal hace suya la conclusión alcanzada por el Ministerio de Defensa pero ofrece una argumentación con matices distintos, marcada por una exégesis del artículo 102 de la LPC en conexión con el 62, en la que se tienen en cuenta sólo los estrictos términos de la Ley y los antecedentes legislativos y parlamentarios, sin prestar atención a la interpretación sistemática y, muy especialmente, a los principios generales de rango constitucional que dominan la materia.

El Tribunal, aunque reconoce «la conveniencia de facilitar que el ordenamiento jurídico ofrezca el mejor margen posible para asegurar la expulsión de los reglamentos ilegales, impidiendo su aplicación» (14), parte en su argumentación del hecho de que la jurisprudencia había admitido, bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y junto a los remedios tradicionales, la existencia de una acción de nulidad contra los Reglamentos ilegales, pero basándose exclusivamente en la propia dicción del texto legal.

En concreto, el Tribunal entiende que «... la Jurisprudencia se encontró con la circunstancia de que el artículo 109 aludía exclusivamente a “la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47”, lo que parecía excluir que la norma fuese aplicable a las disposiciones generales. Pero basándose en la referencia genérica al artículo 47 y en que éste hablaba en su apartado 2 de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas, llegó a la conclusión de que debía entenderse que también éstas habían sido incorporadas por el legislador al sistema de declaración de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo ... la razón operativa, próxima e inmediata de la viabilidad de la pretensión de los particulares interesados en obtener una declaración de nulidad de un reglamento nulo de pleno derecho, acogiéndose al citado artículo 109, radicaba en la voluntad de la Ley, deducida de una interpretación de la misma, de la que resultaba que la mención del artículo 47 permitía entender que su sentido era el de comprender tanto los actos como las disposiciones generales» (Fundamento de Derecho segundo, *in fine*).

El Tribunal, partiendo de estos antecedentes, deja claro que la citada interpretación era «perfectamente conocida por el legislador al elaborar la Ley 30/1992, que en este punto resulta incompatible con una interpretación como la que hemos reseñado que hizo la jurisprudencia del derogado artículo 109 de la Ley del Procedimiento Administrativo», y explica con cierto detenimiento las razones de esa incompatibilidad que justifican la

---

(13) La argumentación del recurrente es recogida en estos términos en el Fundamento de Derecho primero de la STS de 22 de diciembre de 1999.

(14) Párrafo segundo del Fundamento de Derecho segundo.

creencia en una intención del legislador contraria a la figura de la acción de nulidad frente a los reglamentos ilegales: la no mención del párrafo segundo del artículo 62 (que regula la nulidad de las disposiciones reglamentarias) en el artículo 102 de la LPC y el rechazo a las enmiendas que contemplaron expresamente la mención de la nulidad de los reglamentos en el artículo 102 (15).

#### IV. CRÍTICA DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Antes de entrar a valorar la doctrina que sienta el TS debemos señalar que se aprecia en el Tribunal una loable intención de no sobrepasar los márgenes del Derecho positivo, pero sin que se hayan tomado en cuenta todos los datos que el Ordenamiento positivo contiene a la hora de abordar esta problemática.

Puesto que el punto de partida de la argumentación de esta sentencia es la afirmación de que la existencia de una acción de nulidad frente a los reglamentos es el resultado de una interpretación jurisprudencial de la Ley que el legislador ha contravenido expresamente, es necesario contrastar dicha afirmación.

a) *La Orden de 12 de diciembre de 1960 desarrolla la sanción de nulidad aplicada a los reglamentos nulos*

A tal efecto debemos traer a colación la existencia de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960 («BOE» de 17 de diciembre de 1960) (16) que regula las «Normas para decidir la nulidad de pleno derecho de disposiciones», dictada en desarrollo del artículo 47.2 de la LPA de 1958. En concreto, según la propia exposición de motivos de la Orden, lo que la justificaría sería que: «La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 47.2, señala los casos en que las disposiciones administrativas son nulas de pleno derecho, pero no establece las normas concretas que deberán seguirse, en el supuesto de que un órgano de la Administración manifieste que la considera comprendida en alguno de aquellos casos. Como quiera que tal regulación se hace necesaria para evitar, mediante un trámite adecuado, los expresados problemas surgidos en la mayor parte de los casos por la disparidad de criterios de dos o más órganos de la propia Administración».

---

(15) Sobre el tema se insiste en el Fundamento tercero de la citada STS de 22 de diciembre de 1999.

(16) A la hora de conocer cómo se ha desarrollado el procedimiento establecido por la Orden de 12 de diciembre de 1960 en la práctica administrativa resulta muy aconsejable la consulta de la obra de J. AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, *Veinticinco años de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias: Un análisis prospectivo*, núm. 103 de esta REVISTA, 1984, págs. 141 a 183, en especial págs. 145 a 162, con numerosas referencias a la doctrina legal del Consejo de Estado.

Como se aprecia, la Orden parte directamente del artículo 47.2 de la LPA de 1958, cuyo contenido era equivalente al actual artículo 62.2 de la LPC, y no de la relación entre aquel artículo y el 109 de la citada LPA (17).

Si en un régimen político autoritario era posible concluir que la nulidad de los reglamentos se traduce en la necesidad de su no aplicación en vía administrativa y en la conveniencia de utilizar un procedimiento que centralice la facultad de declarar dicha nulidad por la propia Administración, en un Estado Democrático de Derecho esa conclusión se hace necesaria.

b) *Inaplicación de los reglamentos nulos y declaración de nulidad*

La premisa del carácter nulo del reglamento ilegal parece hoy indiscutible (18). Incluso en sistemas como el alemán, en el que el «dogma» de la nulidad de las leyes viene siendo objeto de un progresivo debilitamiento desde hace décadas, por la acción de un determinado sector doctrinal (19), se mantiene casi sin fisuras (20) la nulidad de los reglamentos jurídi-

---

(17) Precisamente esta ausencia de conexión entre la Orden de 1960 y la redacción del artículo 109 LPA ha sido puesta de relieve por la doctrina a la hora de entenderla vigente. En este sentido, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La revisión de oficio*, cit., pág. 290.

(18) La existencia de la cuestión de legalidad en el seno del contencioso, introducida por los artículos 123 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deja sin su argumento fundamental, la imposibilidad de una declaración de nulidad *erga omnes* de las normas más allá del plazo del recurso directo, a los partidarios de la anulabilidad del reglamento ilegal, representados por la opinión del profesor GARRIDO FALLA (ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, III, IEP, Madrid, 1963, págs. 78 y ss., obra a la que remite todavía en la última edición del tomo primero del citado *Tratado* [12.ª edic., Madrid, Tecnos, 1994, pág. 247]) cuando afirma la aplicación al reglamento de los mismos principios de ineficacia e impugnación que son propios del acto administrativo, tesis coherente con la doctrina del autor, que considera a las normas administrativas un tipo más de actos.

(19) Nos remitimos al respecto a R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 73 y 74 (nota 80), y especialmente págs. 240 y ss.

(20) La única opinión, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, claramente contraria a la consideración de los reglamentos ilegales nulos es la de D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, especialmente págs. 118 y ss. Posición difícilmente conciliable con el Derecho positivo (por ejemplo, el par. 47.5 VwGO, que prescribe la declaración de nulidad de los reglamentos) y, muy especialmente, con el mandato constitucional de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. La Administración tiene, desde luego, una legitimación democrática, tema en el que insiste el citado autor, pero sólo en la medida que su actividad se ajusta a la Ley, que es la expresión de la soberanía popular; si la Administración pretende crear una norma contraria a la Ley y dotarla de vigencia está situándose fuera del marco constitucional de sus competencias y de su legitimación democrática. No cabe afirmar la existencia de dos soberanos y la legitimación sólo reside en el Parlamento y en quienes siguen sus directrices. Por otra parte, la distinción entre vigencia y aplicación que el autor propone no tiene ningún sentido en la práctica, la aplicabilidad es la única característica de la norma vigente; si ésta falta, porque la norma no puede aplicarse, no cabe afirmar la vigencia. Además, la falta de aplicabilidad de las normas internas contrarias al Derecho Comunitario (que el autor pone como ejemplo de la existencia de normas «vigentes» pero no aplicables) parte de un principio muy distinto al que rige las relaciones entre Ley y reglamento. La norma comunitaria desplaza a la norma interna porque la relación entre ambos subsiste-

cos (21), dada la necesidad de salvaguardar el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 20.3 GG y art. 103.1 de la CE, la fórmula es idéntica) (22). Admitir el carácter meramente anulable del Reglamento sería tanto como abrir el paso a una forma de derogación de las Leyes inadmisibles en cualquier sistema democrático, al producirse al margen de la actuación del Parlamento.

La afirmación de la nulidad de pleno derecho de los Reglamentos y el carácter prioritario del mandato de respeto a la Ley formal impone a la Administración un deber de examen de la compatibilidad de la normativa reglamentaria con la Ley (23). Deber que ha de entenderse exten-

---

mas es de competencia, aquí hay dos normas distintas sobre la validez. Por contra, entre la Ley y el reglamento la relación es de jerarquía, no de competencia, y ambas figuras se mueven dentro del mismo sistema, debiendo prevalecer la norma superior sobre la inferior, cuya validez depende de su compatibilidad con el conjunto de normas supraordenadas. Por último, si la desobediencia de una norma no tiene sanción jurídica, ¿qué sentido tiene afirmar su vigencia? Y, como veremos, la desobediencia de un reglamento ilegal no es sancionable, sólo la de una orden que lo imponga y bajo determinadas condiciones.

(21) Vid., por todos, F. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», en la obra colectiva, dirigida por J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, III, 2.<sup>a</sup> edic., C. F. Müller, Heidelberg, 1996, págs. 387 a 424, en concreto pág. 421 (su afirmación sobre la falta de un cuestionamiento doctrinal de este dogma es demasiado optimista, como se deduce de la nota anterior), y K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, C. H. Beck, München, 1980, pág. 672.

(22) En relación a las normas que emiten las personas de Derecho Público que están dotadas de autonomía para regular las relaciones de sus miembros, en ejercicio por tanto de sus potestades de autoadministración, y que reciben el nombre de *Satzungen* (concepto que incluye, entre otros, a los estatutos que dictan las universidades y también a las ordenanzas que emiten los Ayuntamientos), el principio general es también la nulidad, aunque se han planteado dudas debido a la insistencia del legislador, por los problemas planteados por los efectos de la nulidad en relación a los planes urbanísticos, en matizar los efectos predicables de la declaración de nulidad e introducir fórmulas de subsanación de defectos procedimentales. Sobre el tema, manteniendo el principio de la nulidad como sanción, F. OSSENBÜHL, «Satzung», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, *Handbuch...*, cit., págs. 463 a 495, en concreto pág. 494. Sobre la necesidad de una interpretación conforme con la Constitución que garantice el derecho de los ciudadanos a una protección frente a las lesiones de sus derechos a través de la oportuna sanción jurídica de las ilegalidades, F. KOPP y W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 11.<sup>a</sup> edic., C. H. Beck, München, 1998, págs. 680 y 681.

(23) Entre nosotros: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 10.<sup>a</sup> edic., 2000, pág. 221. En la doctrina alemana puede consultarse, sin ánimo de exhaustividad: H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 11.<sup>a</sup> edic., C. H. Beck, 1999, págs. 388 y 389; O. BACHOF, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz*, «AöR», 1962, 87, 1, págs. 1 a 48, en concreto págs. 15 y ss., el maestro se refiere principalmente a la potestad de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, pero sus reflexiones en este punto son perfectamente exportables a la problemática respecto a los reglamentos ilegales al ser éste un problema en el que los límites de la *Prüfungskompetenz* de la Administración parecen menores. También en este contexto: G. HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, «JZ», 1961, 7, págs. 193 a 205, en concreto págs. 198 y 199. En cuanto a dicha potestad de control referida a los reglamentos, también E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 10.<sup>a</sup> edic., C. H. Beck, 1973, pág. 138. Más recientemente y también en relación al problema de la obligación de comprobar la legalidad de los reglamentos: F. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., pág. 422; P. BADURA, «Das Verwaltungsverfahren», en la obra colectiva, dirigida por H.-U. ERICHSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.<sup>a</sup> edic., Walter de Gruyter, Berlin, 1998, págs. 463 a 569, en concreto págs. 512 y 513; J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechts-*



dido a todo órgano administrativo con independencia de su posición jerárquica (24).

El principal problema dogmático se plantea a la hora de determinar qué reacción ha de tener el órgano administrativo cuando constata la ilegalidad del reglamento aplicable en el caso concreto.

En una aplicación estricta de los postulados de la teoría de las nulidades, el problema se debería resolver en favor de la inaplicación en todo caso de la norma reglamentaria cuya nulidad se aprecie (25). La necesidad de salvaguardar el principio de jerarquía normativa y el de separación de poderes, que impiden que una norma reglamentaria tenga un efecto derogador de la Ley (26), y la propia calificación legal del artículo 62.2 de la LPC deberían despejar cualquier duda al respecto (27).

---

*normen durch die Verwaltung*, «DVBl», 1986, 16, págs. 806 a 809, en concreto pág. 807. Para una perspectiva general con numerosas citas nos remitimos a F. KOPP, *Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden*, «DVBl», 1983, 16, págs. 821 a 829, en concreto págs. 822 y ss. En el ámbito de la teoría general del Derecho sigue siendo imprescindible la referencia a H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, «VVDStRL», 1929, págs. 30 a 88, en concreto pág. 45.

(24) En puridad, se trata de una competencia derivada de la propia necesidad de aplicar el ordenamiento jurídico y que atañe a todo órgano, ya que cualquier instancia administrativa debe estar en condiciones de actuar conforme a la legalidad vigente y, por tanto, ante un conflicto normativo debe determinar cuál es la norma aplicable. En este sentido, J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung...*, cit., loc. cit.

(25) En palabras de HANS KELSEN: «Nichtigkeit bedeutet, dass ein Akt, der mit dem Anspruch auftritt, d. h., dessen subjektiver Sinn es ist, ein Rechts- und speziell ein Staatsakt zu sein, dies objektiv nicht ist und zwar darum nicht, weil er rechtswidrig ist, das heisst: nicht den Bedingungen entspricht, die eine Rechtsnorm höherer Stufe ihm vorschreibt. Dem nichtigen Akt mangelt jeder Rechtscharakter von vornherein, so dass es keines anderen Rechtsaktes bedarf, ihm diese angemessene Eigenschaft zu nehmen. Ist ein solcher anderer Rechtsakt nötig, dann liegt nur Vernichtbarkeit, nicht Nichtigkeit, vor. Dem nichtigen Akte gegenüber ist jedermann, Behörde wie Untertan, befugt, ihm auf seine Rechtmässigkeit zu prüfen, ihn als rechtswidrig zu erkennen, und demgemäss als ungültig, unverbindlich zu behandeln ...» (*Wesen und Entwicklung...*, cit., págs. 44 y 45).

(26) Efecto que tendría una norma reglamentaria meramente anulable una vez cumplido el plazo legalmente previsto para su impugnación.

(27) Por otra parte, la LJ de 1998 ha dejado, como vimos, sin el único argumento que les quedaba a los partidarios de la mera anulabilidad del reglamento ilegal en nuestro país al permitir un control con efectos *erga omnes*, a través de la llamada cuestión de legalidad, de dichos reglamentos una vez cumplido el plazo de interposición del recurso directo contra disposiciones generales. Esta nueva regulación viene a reforzar la tesis expuesta en el texto principal y demuestra una voluntad del legislador por dotar a nuestro sistema de medios eficaces para lograr el saneamiento del ordenamiento. Aunque no deja de ser cierto que la fórmula empleada suscita reparos por su innecesaria complejidad procesal. Proponiendo, con toda razón, si es que se quiere asegurar la concentración procesal y evitar fallos contradictorios sobre la eficacia de las normas, J. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 140, como alternativa una configuración del recurso indirecto similar a la del recurso de alzada *per saltum*, esto es, un recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional con competencia para anular (esta propuesta no aumentaría el trabajo de los Tribunales que están en la cúspide de nuestro sistema, ya que, de todas formas, el asunto se les va a plantear, en la mayoría de los casos, vía cuestión de ilegalidad o vía recurso frente a las sentencias desestimatorias). Por otra parte, bajo la nueva LJ se acabarían los problemas suscitados por la absurda interpretación del TS que venía negando sistemáticamente la posibilidad de un pronunciamiento de nulidad en el seno de los recursos indirectos, aun cuando fuese el propio órgano jurisdiccional el competente para resolver sobre el recurso directo. Entre las SSTS más recientes que si-

La inaplicación de la norma nula por parte de la Administración requiere, sin embargo, como cualquier otra facultad jurídica, ser delimitada. Las soluciones maximalistas deben excluirse, en este como en casi todos los problemas jurídicos; la cuestión no es tanto si existe o no una facultad de inaplicar los reglamentos ilegales, sino en qué condiciones y supuestos es posible esta facultad (28).

guen esta errónea doctrina pueden citarse las de 3 de diciembre de 1999 (Ar. 1039, ponente: A. Gota Losada), Fundamento de Derecho 4.º; de 11 de diciembre de 1999 (Ar. 9644, ponente: J. Mateo Díaz), Fundamento de Derecho 3.º; de 13 de enero de 2000 (Ar. 41, ponente: P. Sala Sánchez), Fundamento de Derecho 4.º. Una crítica certera de esta jurisprudencia, basada, además, en la práctica del TC, que no duda en anular de oficio normas reglamentarias contrarias a los derechos fundamentales (SSTC 32/1990, de 26 de febrero, y 61/1990, de 29 de marzo), puede verse en el artículo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, «REDA», 66, 1990, págs. 279 a 291 (para las conclusiones sobre la jurisdicción contenciosa, págs. 290 y 291).

(28) La cuestión de la facultad de inaplicación en Alemania suscita una viva polémica en la que es posible encontrar todo tipo de opiniones doctrinales (incluso es posible que un mismo autor sostenga en una misma obra dos posiciones contradictorias). Ver F. OSSEN-BÜHL, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», en la obra colectiva, dirigida por J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrecht*, cit., págs. 315 a 349, en concreto pág. 319, en contra de la potestad de inaplicación: «Solange gesetzwidrige Normen der Verwaltung nicht von dem kompetenz administrativen Normsetzer aufgehoben oder gerichtlich für nichtig erklärt worden sind, müssen sie von der normunterworfenen Verwaltungsstellen beachtet werden. Eine Inzidentverwerfung durch die vollziehende Gewalt scheidet hier -ebenso wie bei förmlichen Gesetzen- grundsätzlich aus». Para pronunciarse a favor apenas cien páginas más allá: «Rechtsverordnung», cit., pág. 422: «Eine andere Frage ist, ob die Verwaltung bei von ihr erkannter Rechtswidrigkeit und damit Nichtigkeit der Norm von einem Vollzug absehen kann oder muss (Verwerfungskompetenz). Diese Frage wird für Gesetze anders beantwortet als für Rechtsverordnungen. Bei Rechtsverordnungen steht der Verwaltung eine Verwerfungskompetenz zu. Sie braucht demzufolge als nichtig erkannte Normen nicht anzuwenden». En la doctrina más actual, un importante sector, en el que podemos citar a M. GERHARDT, «Vorbemerkung par. 47», en la obra colectiva, dirigida por F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, I, C. H. Beck, München, actualización 4.ª, marzo de 1999, en concreto, págs. 8 y 9 (la numeración es independiente en cada comentario), o a R. PIETZNER y M. RONELLENFITSCH, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht. Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozess*, 9.ª edic., Werner, Düsseldorf, 1996, en concreto págs. 395 y 396 (en ambas citas con más referencias), opta por una solución muy matizada según la cual el órgano que se encuentra con la necesidad de aplicar un reglamento que considera ilegal debe suspender el procedimiento (para lo cual, según propia confesión de estos autores, dista de estar claro que el órgano esté habilitado por las normas procedimentales) y plantear la cuestión al órgano que dictó la norma «ilegal». Si éste no reacciona o niega las dudas de legalidad, el órgano que planteó la duda debe decidir si acude al contencioso (lo cual será posible sólo en el plazo de dos años a partir de la publicación de la norma según el par. 47.2.1 VwGO) o aplicar la norma supuestamente nula. Por otra parte, se sitúan a favor de la potestad de inaplicación: F. KOPP, *Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden*, cit., págs. 823 y ss.; M. SACHS, *op. cit.*, pág. 1239. Del mismo autor puede consultarse la obra, puesta al día tras su fallecimiento por el profesor W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, C. H. Beck, München, 1998, pág. 644; J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung...*, cit., pág. 808; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10.ª edic., cit., pág. 138. Algunos autores admiten la inaplicación pero como solución excepcional en casos de urgencia; así, D. EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en la obra colectiva, dirigida por H.-U. ERICHSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 1 a 125, en concreto pág. 105, en nota 211. La cuestión se ha suscitado también en relación con la inaplicación de las leyes cuya inconstitucionalidad sea manifiesta; al respecto, entre los numerosos autores que han tratado el tema debemos destacar el trabajo clásico de O. BACHOF, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung...*, cit., espe-

Un primer obstáculo a esta forma de control indirecto del reglamento por parte de la Administración viene dado, como nuestra mejor doctrina ha señalado (29), por el deber de obediencia que se consagra en el artículo 79 de la añeja Ley de Funcionarios Civiles del Estado (30) y que permanece vigente en nuestros días. Este deber tiene su sanción en el artículo 7.1.a) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, que tipifica como falta grave la desobediencia (31).

Una primera precisión elemental es destacar que el deber de obediencia

---

cialmente págs. 40 y ss. El autor mantiene una muy matizada doctrina según la cual la inaplicación se plantea cuando no es posible fáctica o jurídicamente la suspensión del procedimiento y el planteamiento de la cuestión a las instancias superiores para su remisión al Tribunal Constitucional y, además, el órgano está convencido, tras un examen jurídico de la cuestión, de la inconstitucionalidad de la Ley. La facultad de inaplicación se transforma en obligación sólo cuando la inconstitucionalidad es manifiesta, lo que ocurre generalmente sólo cuando una norma de características paralelas ha sido declarada inconstitucional. A favor de una facultad de inaplicación de leyes inconstitucionales más o menos amplia en manos de la Administración se muestran: A. ARDNT, *Nochmals: Welche Folge hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt?*, «NJW», 1959, 48, págs. 2145 a 2147; H. SIGLOCH, *Vorläufige Geltung verfassungswidrigen Gesetze?*, «JZ», 1958, 3, págs. 80 a 82 (el autor considera que el funcionario que tiene dudas sobre la constitucionalidad de una Ley o reglamento debe transmitirlas a la instancia superior; si ésta no comparte las dudas debe aplicar, salvo que la aplicación de dichas normas fuese constitutiva de delito y esta circunstancia le fuese conocida; respecto a los órganos no sometidos a control jerárquico no rige ese límite; no obstante, el Gobierno debe, antes que dejar inaplicada la Ley, remitir la cuestión al Tribunal Constitucional al tener en sus manos tal posibilidad). H. MICHEL, *Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt*, «NJW», 1960, 19, págs. 841 a 846, es partidario de una facultad de inaplicación muy amplia al considerar que si el funcionario no puede ser sancionado, según el Derecho positivo, por negarse a una actividad contraria al Derecho Penal o a la dignidad de la persona, tampoco puede serlo por negarse a cumplir una orden (imponiendo la aplicación de la Ley nula) contraria a la Constitución, ya que en tal caso el funcionario debe gozar de una protección tan intensa, cuando no superior, a la que le asiste frente a la orden que le impone una actuación delictiva (al respecto ver, especialmente, la pág. 845). Más recientemente, se han pronunciado a favor de esta competencia de dejar inaplicada la Ley inconstitucional: F. KOPP, *ult. op. cit., loc. cit.*, y H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª edic., C. H. Beck, München, 2000, especialmente págs. 83 y 84, autor que entiende que el funcionario debe generalmente remitir el tema a sus superiores para facilitar la aclaración general del problema (entendemos que a través de la oportuna remisión de la cuestión al Tribunal Constitucional), pero si debe decidir inmediatamente o en un breve plazo, dadas las características del asunto (por ejemplo, se trata de autorizar una reunión o de decidir sobre la libertad de una persona), el funcionario puede, si es posible tras un examen jurídico cuidadoso de la cuestión, dejar la Ley inconstitucional inaplicada y decidir sobre el asunto.

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3.ª edic., Civitas, Madrid, 1998, especialmente págs. 52 y 53. También, junto a T. R. FERNÁNDEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 10.ª edic., 2000, pág. 223.

(30) El artículo 79 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, establece que: «Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección al público, a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones».

(31) El artículo 7 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, establece que: «Son faltas graves: a) La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades».

Cabe señalar que el artículo 6 del mismo RD tipifica como falta muy grave, en su apartado d), «la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos». Si el perjuicio no fuese grave o la ilegalidad se cometiese en un informe, la falta sería grave según el artículo 7, apartado h).

cia no se va a imponer frente al reglamento ilegal, puesto que afirmar tal principio sería desconocer la obligación superior de obedecer a la Ley dictada por los representantes de la soberanía popular (32). Tal deber sólo se va a plantear como un obstáculo a la inaplicación de un reglamento ilegal cuando medie una orden del superior jerárquico que concrete dicho deber para el titular del órgano que va a actuar en el caso concreto. La conclusión que antecede se basa en la inequívoca calificación de la orden como un acto administrativo dotado, por tanto, de una presunción de validez en nuestro Ordenamiento, fruto de las peculiaridades de la doctrina de las nulidades en su aplicación al Derecho Administrativo (33). El acto en cuestión, en cuanto viola la Ley al exigir la aplicación de un reglamento nulo, no es, en principio y siempre que no se encuentre en los casos expresamente señalados en el artículo 62.1 LPC o en el resto de la legislación especial, nulo y, por tanto, no puede ser desconocido por sus destinatarios.

Pero esta argumentación, que tiene en cuenta nuestro Derecho positivo, no es compartida por la jurisprudencia administrativa a la hora de aplicar el tipo sancionador previsto en el artículo 7.1.a) del Decreto de 1986. La desobediencia de una orden ilegal no puede ser, en opinión de nuestros tribunales, motivo de sanción (34). Esta jurisprudencia, cuya finalidad ga-

---

(32) Entre nosotros: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., págs. 50 y 51, señalando que admitir la vinculación directa al reglamento sería tanto como afirmar la existencia de dos ordenamientos jurídicos, uno para los funcionarios y otro para los jueces y los ciudadanos. En este mismo sentido, en la doctrina alemana reciente: J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung...*, cit., págs. 807 y 808.

(33) Sobre las razones de índole práctica, imposibilidad material de una revisión sin plazo de la totalidad de las resoluciones administrativas, que justifican la aplicación, con carácter general, de la sanción de mera anulabilidad a los actos administrativos ilegales, es imprescindible la cita del profesor Klaus VOGEL, *Die Lehre von Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze*, «BayVBl», 1977, 20, págs. 617 a 620, en concreto págs. 617 y 618: «Diese grundsätzliche Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Verwaltungsakts kann nicht metaphysisch erklärt werden ... vielmehr entspricht sie *praktischen* Bedürfnissen, die sich aus dem *Grossbetrieb* der modernen Verwaltung ergeben...» (cursiva en el original).

(34) En este sentido, pueden citarse las siguientes resoluciones judiciales: la STS de 27 de febrero de 1990 (Ar. 2286, ponente: C. González Mallo), en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia apelada, que el TS hace suyo, niega que una funcionaria que se negó a cumplir la orden de someterse a un examen médico sin conocer su objeto haya violado el deber de obediencia de forma punible al quedar amparada su negativa por la ilegalidad de la orden que se oponía al derecho a la intimidad personal (art. 18 de la CE), sin entrar a considerar si la orden era o no nula (en la LPA entonces vigente la nulidad no se asociaba a la infracción de los derechos fundamentales). En el ámbito de la jurisprudencia menor son muchos los ejemplos de este tipo de argumentación que podemos encontrar en los últimos años. Así, en la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, de 9 de septiembre de 1998 (Ar. 4156, ponente: J. Moreno Carrillo), Fundamento de Derecho tercero, se contiene una teorización sobre los límites del deber de obediencia en caso de ilegalidad (en el supuesto concreto se enjuiciaba la negativa de una profesora de instituto especializada en inglés a cumplir una orden derivada de una reglamentación declarada ilegal y por la que se le obligaba a impartir clases de música): «... el deber de obediencia de todo funcionario hacia sus superiores, cumpliendo las órdenes que emanan de los mismos, implica, a su vez, que las directrices marcadas por éstos no sean inicial y palmariamente ilegales. Toda decisión administrativa puede ser objeto de discusión respecto a su conformidad con el ordenamiento jurídico, sin que ello, por sí solo, legitime la conducta del funcionario que voluntariamente la desobedece. Ahora bien, en la misma medida y justa y recíproca correspondencia, máxime cuando el artículo 103.1 de la Constitución Española señala

rantista no puede negarse, no se ajusta, al menos en su tenor literal, a los parámetros normativos aplicables a estos supuestos, al dejar sin sanción la desobediencia de actos que, a pesar de ser ilegales, son perfectamente eficaces por aplicación del juego de los artículos 62 y 63 de la LPC.

---

que los Poderes Públicos han de actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, lo que no resulta legítimo es que de la Administración emane una orden manifiestamente ilegal e intente imponer su cumplimiento, colocando al funcionario en la tesitura de tener que cumplir un mandato a él dirigido, conociéndose por todos su ilegalidad, con la carga de su impugnación ante los Tribunales de Justicia». En esta misma línea: SAN de 6 de abril de 1998 (Ar. 1412, ponente: R. Varón Cobos), Fundamento de Derecho tercero; STSJ de Canarias, Sala de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de diciembre de 1998 (Ar. 5101, ponente: A. Giralda Brito), Fundamento de Derecho tercero (con independencia de que en el caso particular la sanción impuesta a la recurrente sea declarada procedente al ajustarse a la legalidad).

En el ámbito penal el delito de desobediencia de las autoridades o funcionarios públicos, regulado en el artículo 410 del Código Penal vigente, parte también de la legalidad de las órdenes desobedecidas, puesto que si la orden es manifiestamente ilegal el funcionario podrá desobedecerla sin incurrir en conducta punible (en concreto, el artículo 410.2 señala que «... no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general»). Por otra parte, para que la conducta resulte punible penalmente la orden tiene que ser un mandato específico y singular que no sea manifiestamente ilegal, sin que se puedan equiparar al mismo los reglamentos y las circulares internas de la Administración. (Ver G. QUINTERO OLIVARES, en la obra colectiva, dirigida por él, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª edic., Aranzadi, Pamplona, 1999, en concreto pág. 1191; sobre el concepto de mandato en este contexto, ver también H. ROLDAN BARBERO, «El delito de desobediencia funcional», *La Ley*, 1996, tomo I, págs. 1799 a 1804, en concreto págs. 1800 y ss., autor que además relaciona la infracción clara, manifiesta y terminante con los actos nulos de pleno derecho, sugerencia que no deja de tener gran interés pero que no coincide con la práctica administrativa española, que a la hora de determinar si concurre una causa de nulidad se basa exclusivamente en los supuestos legalmente previstos [pág. 1803]. Posiblemente, la exposición más completa de lo que por mandato se ha de entender la encontramos en la obra de F. J. ALVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Madrid, 1987, págs. 21 a 118, que incluye en el término a las resoluciones judiciales; por otra parte, el autor no admite la asimilación del acto nulo con el mandato manifiestamente ilegal a que se refiere el CP y parte de un concepto autónomo propio del Derecho Penal en el que la infracción será manifiesta «sí, un funcionario medio situado en la circunstancia respectiva, también le pareciera así» [sobre el tema de los mandatos antijurídicos obligatorios ver las págs. 237 y ss.; para el concepto de infracción manifiesta, págs. 276 a 283].) Las razones que están detrás de esta excepción (contenida con los términos actuales en las sucesivas redacciones del Código Penal desde la reforma de 1944) han sido expuestas con brillantez en la obra de J. M. RODRÍGUEZ DEvesa, continuada por A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 15.ª edic., Dykinson, Madrid, 1992, concretamente al afirmar en la pág. 1153 que: «La disciplina de los funcionarios, como bien jurídico de la colectividad, es tan importante que, ... repetidas veces se ha manifestado en la doctrina y las legislaciones la tendencia a consagrar la obediencia ciega, pasiva, como el ideal de la máquina administrativa. Una obediencia de esta clase es insostenible porque conduce directamente a la obligatoriedad de los mandatos antijurídicos en su totalidad. Ahora bien, el mandato del superior es obligatorio tan sólo en cuanto encarna, concretándola, la voluntad de la ley. Toda obligación de obedecer las órdenes de un superior descansa así, en último término, en la ley, y recibe de ella validez y fuerza vinculante. Las relaciones de subordinación en el Estado moderno no son, como en tiempos pretéritos, de tipo personal. La *devotio* antigua ha sido erradicada de las normas jurídicas, y además prohibida por lo que representa de vestigios de superadas servidumbres contrarias a la igual dignidad de los seres humanos. Pero la obediencia ciega se resuelve siempre en una relación personal en que lo decisivo no es la conformidad con la ley de lo que se ordena, sino la vo-

El problema reside, en nuestra opinión, en la deficiente definición de las causas de nulidad que es propia de nuestro sistema, basado en una lista que peca en ocasiones de amplia y en otras de demasiado restrictiva a la hora de determinar los casos en los que un acto administrativo ha de recibir la máxima sanción prevista por el ordenamiento jurídico. En el Derecho de creación nacional, no en el Derecho comunitario, que subordina, siguiendo el sistema alemán, la nulidad a la antijuridicidad grave y evidente del acto administrativo (35), la nulidad se produce por la mera subsunción del acto en uno de los supuestos legalmente previstos, sin que la evidencia de la infracción del Ordenamiento determine la nulidad del acto, con lo que se rompe la relación entre la nulidad de pleno derecho y uno de sus efectos fundamentales: la posibilidad de que cualquier destinatario del acto nulo pueda desconocerlo (36).

Ahora bien, dada la actual configuración de las causas de nulidad en nuestro país, no existiría, en principio, el peligro de que por órdenes de aplicación se consolidasen reglamentaciones de contenido contrario a los principios básicos de la Constitución. Dichos actos serían nulos por vulnerar los derechos fundamentales susceptibles de amparo o por ser dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia —art. 62.1, apartados *a*) y *b*), respectivamente—.

El principal problema de la separación entre ilegalidad manifiesta y nulidad se dará en el campo de las órdenes que impongan el cumplimiento de una reglamentación que es similar a otra ya anulada por vía judicial. En estos casos, entendemos que la necesaria obediencia al mandato concreto

---

luntad de quien lo manda. Camino por el que se llegaría a otorgar poder vinculatorio a la orden de cometer un delito y con ello a borrar toda diferencia entre el Estado y una partida de bandidos. Estas consecuencias extremas hacen incompatible con un Estado de Derecho (o que pretenda serlo) la tesis de la obligatoriedad de los mandatos antijurídicos criminales. Una orden del superior es obligatoria si se conforma al derecho vigente». Cabe señalar que el origen de la fórmula actual de esta excepción al deber de obediencia está, según destacó E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 8.<sup>a</sup> edic., Bosch, Barcelona, 1952, pág. 368, en el artículo 30 de la Constitución de 1869, que señalaba, en su párrafo segundo, que: «El mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional. En los demás, sólo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad» (para una muy interesante exposición del nacimiento y evolución de este precepto puede consultarse: F. J. ALVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, págs. 237 a 244; el término constitución fue sustituido por el de ley en la reforma penal de 1944, dada la aversión de la dictadura hacia el término «Constitución»).

(35) Al respecto puede consultarse M. SACHS, «Comentario al par. 44», en P. STELKENS, H. J. BONK y M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, 1998, págs. 1217 a 1267, especialmente pág. 1241. Entre nosotros, cabe destacar la monografía de X. ARZO SANTISTEBAN, *Concepto y Régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati, 1998, especialmente págs. 593 y ss. También, A. NIETO, «Estudio Preliminar» al libro de M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 9 a 31, en concreto págs. 14 y ss.

(36) Esta relación entre nulidad y posibilidad de desconocimiento del acto nulo se alcanza plenamente con la aplicación de la teoría de la evidencia a la hora de determinar las causas de nulidad del acto administrativo. Sobre este punto es necesario consultar a H. J. WOLFF, *Die Wichtigkeit von Verwaltungsakten*, «MDR», 1951, 9, págs. 523 a 527, en concreto pág. 524 (el maestro propone en esta obra, como es sabido, una objetivación de los criterios de la citada teoría).

que se contiene en la sentencia (37) debería estar por encima de la obediencia a la orden administrativa (38), pero de la actual configuración de la eficacia de los actos administrativos en nuestro sistema no puede derivarse fácilmente esta conclusión.

Pero, al margen del deber de obediencia y con independencia de la jurisprudencia que reduce tan drásticamente su virtualidad (39), la doctrina ha esgrimido otras razones para limitar la inaplicación administrativa de las normas reglamentarias ilegales.

Una objeción frente a la operatividad general de la inaplicación de los reglamentos ilegales vendría dada, según un sector doctrinal (40), por la necesidad de dotar de unidad a la actuación administrativa. Necesidad que es una exigencia de los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de eficacia en la actuación administrativa. Si bien parece resultar contrario a dichos principios que un órgano administrativo pueda entender aplicable un reglamento y otro lo rechace por nulo, es cierto que los riesgos de la inaplicación no son aquí mayores de los que genera cualquier otro supuesto de interpretación del Ordenamiento (41), la unidad de interpretación sólo se garantiza en último término con la intervención del Tribunal de casación. Cualquier acto de aplicación del Derecho entraña un factor de inseguridad.

De hecho, la existencia de vías de control sobre la decisión de inaplicar un reglamento de un órgano administrativo que aseguran la unidad del Ordenamiento hace a la utilización de la técnica de la inaplicación en el ámbito administrativo, que siempre es susceptible de control por los jueces y tribunales de lo contencioso, menos peligrosa que en cualquier jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa, ya que en tales ámbitos no existe un mecanismo que asegure la unidad de aplicación del Derecho mediante una declaración de nulidad de carácter general (42).

(37) Sobre la obligación de la Administración de respetar el mandato jurídico concreto que contienen las resoluciones judiciales debe consultarse la obra del profesor R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, cit., págs. 121 y ss., en especial págs. 149 a 153.

(38) De hecho, nuestra doctrina penal no admite la excepción del artículo 410.2 CP a la hora de aplicar el tipo relativo a la desobediencia. Por tanto, desobedecer un mandato judicial es siempre delito. En tal sentido, G. QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, pág. 1191. También expresa sus dudas sobre la aplicación de dicho apartado a los mandatos judiciales B. FREJOO SANCHEZ, «Comentario al artículo 410 CP», en la obra colectiva, dirigida por G. RODRÍGUEZ MOURULLO y A. JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 1104 a 1107, en concreto pág. 1107. También, basándose en el artículo 369 del Código Penal anterior, que estaba formulado en términos similares al actual, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pág. 1154. En contra, como ya señalamos, se sitúa, F. J. ALVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia...*, cit., especialmente págs. 115 y ss.

(39) Vid. arriba, nota 34.

(40) Para el planteamiento del problema, puede verse: J. PIETZCKER, *Inzidentverwertung...*, cit., pág. 808; F. KOPP, *Das Gesetz- und Verordnungsprüfungsrecht...*, cit., pág. 827. Ambos autores no consideran definitivo este argumento a la hora de impedir la inaplicación de la norma nula. KOPP cita jurisprudencia que parece haber adoptado dicha argumentación (*op. cit.*, pág. 822, nota 13).

(41) F. KOPP, *ult. op. cit.*, pág. 828.

(42) El artículo 27 de la LJ de 1998 reserva la cuestión de ilegalidad, que hoy asegura

Es cierto que si bien la seguridad jurídica no puede llevarnos a negar la efectividad de la técnica de la inaplicación, sus exigencias no pueden ser desconocidas por la Administración que reconoce la nulidad de una norma emitida por ella misma.

Una Administración que tiene la obligación de actuar conforme a los postulados de la seguridad jurídica no puede reconocer mediante su inaplicación la nulidad de un reglamento y mantener la apariencia de legalidad que al mismo otorga su publicación y su conocimiento general.

Una última objeción que la doctrina se ha planteado (43) a la hora de admitir la obligación administrativa de proceder a la inaplicación de las normas administrativas ilegales se refiere a la posible violación del principio de competencia que dicha inaplicación supondría (44). Esto es, el órgano que inaplica estaría contraviniendo las competencias del órgano emisor de la normativa al negar eficacia a su producto normativo.

Creemos, sin embargo, que la respuesta a esta objeción es tan sencilla como contundente: el órgano que inaplica está ejercitando, tan sólo, su competencia de interpretación y aplicación del Derecho vigente (45) y la norma nula no forma parte del Ordenamiento jurídico. Si el órgano que inaplica no ha interpretado correctamente el Derecho en el caso concreto, es cuestión que puede depurarse por el sistema de recursos legalmente establecido (46) y que culminará, en su caso, con la correspondiente sentencia judicial.

Por otra parte, la aplicación de un reglamento ilegal, siguiendo la misma lógica de la argumentación criticada, supondría una violación de la competencia del legislativo al dejar inaplicada la norma de rango legal a la que dicho reglamento se opone.

Resumiendo lo que antecede, la técnica de la inaplicación de los reglamentos ilegales es un primer remedio frente a los mismos admisible en nuestro sistema, siempre y cuando no medie una orden eficaz por parte de un superior jerárquico que imponga la aplicación del reglamento de cuya legalidad no esté seguro el inferior, pero la seguridad jurídica impone a la

---

un control centralizado de los reglamentos ilegales y la destrucción de su apariencia jurídica con efectos *erga omnes* a los jueces y tribunales de lo contencioso.

(43) Seguimos en este punto al profesor J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung*, «DVBl», 1986, 806 a 809, en concreto pág. 808. El citado autor rectifica en esta obra su opinión anterior, conforme a la cual rechazaba, con carácter general, la facultad administrativa de inaplicar por razones de competencia. Para la argumentación inicial de PIETZCKER, su obra *Zur inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt*, «AöR», 1976, págs. 374 a 399, en concreto págs. 389 y ss.

(44) Este argumento ha sido esgrimido por el TS al menos en la sentencia de 5 de febrero de 1988 (Ar. 711, ponente: R. de Mendizábal Allende), en cuyo Fundamento de Derecho primero puede leerse: «... Los órganos de la Administración carecen de competencia para dejar de aplicar, aun cuando fuese ilegal, un Real Decreto emanado del Gobierno, en quien reside constitucionalmente la potestad reglamentaria...».

(45) En palabras de J. PIETZCKER, *Inzidentverwerfung...*, loc. cit.: «Rechtlich nimmt derjenige, der die Norm inzident verwirft, aber lediglich die ihm zugewiesene Kompetenz der Rechtsanwendung wahr».

(46) De nuevo, J. PIETZCKER, *op. cit.*, loc. cit.



Administración que ha reconocido la nulidad de una norma ir más allá y destruir la apariencia de legalidad de la que goza el reglamento ilegal, que puede causar graves problemas dadas las condiciones de publicidad propias de las normas reglamentarias y la independencia que, con respecto a la Administración, pueden tener muchos de los actos de ejecución de dicho reglamento.

Cuando el órgano que se encuentra ante una norma administrativa sospechosa de nulidad es el mismo que la dictó en su día o un superior jerárquico del mismo es claro que los reparos suscitados por la obediencia jerárquica desaparecen y que no hay mayores obstáculos a la inaplicación del reglamento (47).

Así lo ha entendido el TS en una importante sentencia de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 8125, ponente: S. Ortola Navarro), que merece un breve análisis en este momento.

El asunto se suscitó ante la negativa de un Ayuntamiento, concretamente el de Badajoz, a aplicar la exención del pago de la tasa por la licencia de obras a aquellas que «interesen inmediatamente a la seguridad y defensa del territorio nacional», prevista en la ordenanza fiscal municipal, ante la construcción por el Ministerio de Defensa de un cuartel en el citado término municipal.

La razón que lleva al Ayuntamiento a no aplicar tal exención es que la misma sería contraria al, entonces vigente, Real Decreto 3250/1976, por el que se pusieron en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975 relativas a ingresos de las Corporaciones locales, y propone otra interpretación del precepto.

El TS entiende que hay un conflicto normativo claro (48) y lo resuelve a favor del Ayuntamiento al considerar que la exención prevista por la ordenanza local no es aplicable al ser contraria al Real Decreto 3250/1976. Por lo tanto, se aprueba el proceder del Ayuntamiento al inaplicar su normativa reglamentaria que contradecía una de rango superior.

Ahora bien, la seguridad, como arriba afirmábamos, exige una actitud más activa a la Administración que al emitir el reglamento ilegal y dotarlo de una apariencia jurídica, mediante su publicación, generó el problema.

(47) En este sentido, J. PIETZCKER, *Zur Inzidentverwerfung...*, cit., pág. 398.

(48) Al respecto, el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia de 29 de noviembre de 1989 establece que: «... Nos hallamos, pues, ante dos preceptos antagónicos: el de la Ordenanza local, que establece una exención prohibida por el artículo 9 del Real Decreto 3250/76, y el de este artículo, que no permite una exención como la establecida en la Ordenanza local, y paradójicamente (aunque no inexplicablemente, dados los intereses económicos que contemplan cada una de las dos Administraciones interesadas) niega eficacia a su propia disposición y afirma la eficacia de la que dictó la otra Administración. El conflicto que de tal paradoja deriva a la luz de los artículos 9 (1 y 3), 103 (1), 106 (1) y 117 (1) de la Constitución, 1, 5 (1), 6 y 8 de la Ley 6/85, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y del resto del ordenamiento jurídico aplicable (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo; Ley Jurisdiccional y disposiciones reguladoras de la Administración Local con aquellos concordantes) ha de resolverse en el sentido de que la exención establecida por la Ordenanza local no es aplicable por contravenir ésta lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 3250/76, que no permite una exención como la establecida en tal Ordenanza».

El recto equilibrio entre la necesaria reacción frente al reglamento ilegal impuesta por el principio de legalidad concretado en el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y las exigencias de la seguridad jurídica, viene siendo alcanzado en nuestro Ordenamiento mediante la institución de la revisión de oficio de las normas reglamentarias, que pone en manos de los órganos superiores de la Administración la posibilidad de declarar con carácter general y con la garantía, que debe extenderse a todos los supuestos de revisión, de la intervención del Consejo de Estado la nulidad de las disposiciones reglamentarias emitidas por dichos órganos o por los que a ellos están subordinados.

El cumplimiento de las premisas impuestas por los principios antes enumerados al aplicarse dicha institución parece evidente: de una parte, se asegura la anulación *ex tunc* del reglamento ilegal y, de otra, dicha anulación se va a realizar por un órgano que está en la cúspide de la jerarquía administrativa, que va a asegurar la unidad de la interpretación del ordenamiento jurídico y cuyo enjuiciamiento va a estar dotado de una publicidad suficiente que asegure el conocimiento y la certeza normativa.

El comportamiento de la Administración frente a un reglamento ilegal no puede ser una contemplación pasiva de la destrucción del orden jerárquico del Ordenamiento al que ella está sometida. La reacción frente a una norma nula es un asunto de orden público (49) que exige la inmediata puesta en funcionamiento de las potestades de autotutela para evitar un daño irreversible a los intereses públicos que, en este caso, tienen un inequívoco rango constitucional (seguridad jurídica, jerarquía normativa, principio democrático). La aplicación centralizada de la potestad de sancionamiento frente a las normas nulas, que la revisión de oficio de las normas reglamentarias, tal y como se viene admitiendo en nuestro sistema, supone, es sólo una modulación de las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho impuesta por el principio de seguridad jurídica.

Un pequeño análisis de la situación en un país con unos presupuestos constitucionales similares al nuestro (50) en esta materia puede arrojar un poco de luz sobre el tema y ayudarnos a entender la necesidad de un procedimiento de control de esta naturaleza.

El ejemplo alemán puede servir con eficacia a dicho objetivo. En la República Federal el problema del control por parte de la Administración de los reglamentos ilegales es una cuestión polémica que el Tribunal Administrativo Federal ha resuelto, en la sentencia de 21 de noviembre de 1986 (51), señalando que, por contraposición a la declaración de nulidad que con ca-

---

(49) Sobre el carácter de orden público de la sanción que corresponde a los reglamentos ilegales ha de consultarse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., en concreto pág. 65.

(50) De hecho, como A. HUERGO LORA, *Las pretensiones de condena en el Contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, especialmente págs. 122 y ss., ha demostrado, desde la perspectiva de quien tiene un conocimiento difícilmente igualable del sistema alemán, las exigencias de la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento son superiores a las propias de los países de nuestro entorno, y muy especialmente de Alemania.

(51) BVerwGE, 75, 142 y ss.

rácter general sólo pueden realizar los tribunales de lo contencioso-administrativo en el seno de un recurso para el control directo de las normas reglamentarias, en el ámbito administrativo no cabe que un órgano distinto del emisor de la norma (52) declare su nulidad, porque esto supondría una violación de la seguridad jurídica al no reunir esa declaración los requisitos de publicidad adecuados. Lo procedente es que en esta vía sea el propio órgano que dictó la norma el que la derogue aplicando los mismos procedimientos y requisitos de publicidad que los que usó para emitirla (53).

Una primera lectura puede hacernos creer que las características de esta forma de proceder son diametralmente opuestas a las propias de nuestra revisión de oficio, pero la jurisprudencia alemana añade otros dos elementos a dicha «derogación»:

— El órgano administrativo no sólo está facultado para proceder a dicha derogación, sino que está obligado a la misma (54).

— El órgano que tiene competencia para derogar un reglamento ilegal no puede acudir a los tribunales para solicitar su anulación por la vía del recurso directo contra normas reglamentarias, puesto que se entiende que dicho recurso sería superfluo (55).

---

(52) En el caso concreto se trataba de un plan urbanístico dictado por el municipio que había sido declarado nulo y retirado por la autoridad comarcal (*Bezirksregierung*) que previamente lo había autorizado.

(53) En tal sentido, BVerwGE, 75, 142, 144: «Eine Norm kann - abgesehen von der Nichterklärung in einem gerichtlichen Normenkontrollverfahren, wie es für den Bebauungsplan par. 47 VwGO vorsieht- grundsätzlich nur in dem für die Normsetzung geltenden Verfahren aufgehoben werden. So sieht es auch das Bundesbaugesetz (par. 2 Abs. 6) für den Bebauungsplan vor; es ist in dem Verfahren, das für seine Aufstellung gilt, aufzuheben. Etwas anderes gilt auch nicht für den Fall, dass der Bebauungsplan an einem zur Ungültigkeit führenden Fehler leidet. Das gebietet die Rechtssicherheit; denn mit dem Erlass und der Verkündung eines Bebauungsplans tut der Satzungsgeber der Öffentlichkeit kund, dass die von ihm beschlossene Satzung Geltung beansprucht. Leidet die Satzung an einem Fehler, so ist dies im allgemeinen nicht für jedermann erkennbar, an den sich die Satzung richtet. Der durch Normgebung gesetzte Rechtsschein ist deshalb durch einen Gegenakt der Normsetzung, d. h. beim fehlerhaften Bebauungsplan durch dessen förmliche Aufhebung, zu beseitigen, wenn der Fehler nicht "geheilt" oder "heilbar" ist...». Como se aprecia, la preocupación del Tribunal Federal es ante todo salvaguardar la seguridad jurídica y destruir la apariencia de Derecho que el reglamento ilegal detenta desde el momento de su publicación.

(54) Así, en la misma sentencia de 21 de noviembre de 1986 el Tribunal Administrativo Federal señala que: «Übrigens ist die Gemeinde nicht nur befugt, sondern auch gehalten, den als nichtig erkannten Bebauungsplan, wenn sie die die Nichtigkeit begründenden, gehebbaren Fehler nicht beheben will, nach den Vorschriften über die Aufstellung von Bauleitplänen (par. 2, 2a, 10, 11 und 12 BbauG) aufzuheben. Das gebietet -wie schon ausgeführt- die Rechtssicherheit» (BVerwGE, 75, 142, 145 y 146).

(55) Al respecto puede consultarse la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 15 de marzo de 1989, BVerwGE, 81, 307, 310: «Auch eine Behörde ist freilich nicht schlechthin, sondern nur dann antragsbefugt, wenn ihr ein Rechtsschutzinteresse zur Seite steht. Das ist aber immer dann gegeben, wenn sie nur mit der Ausführung der von ihr beanstandeten Norm befasst ist, ohne selbst über die Norm verfügen -insbesondere sie aufheben oder ändern- zu können...». En la doctrina, reflejan este aspecto: J. ZIEKOW, «Par. 47», en la obra colectiva, dirigida por H. SODAN y J. ZIEKOW, *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, I, Nomos, Baden-Baden, 1996 (actualización núm. 1 de 1998), págs. 164 y 165 (numeración independiente en cada comentario); K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN y M. REDEKER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 12.ª edic., Kohlhammer, Stuttgart, Berlín,

La afirmación de la obligación del órgano administrativo de proceder a la derogación del reglamento ilegal sólo tiene sentido en el contexto de las exigencias derivadas de la nulidad de pleno derecho como cuestión de orden público.

Por otra parte, si se niega la legitimación para obtener la tutela judicial al órgano que puede derogar un reglamento será porque dicha derogación podrá tener el mismo alcance (56) que la declaración judicial con la que terminaría el procedimiento contencioso (57), teniendo en cuenta, además, que, a diferencia de lo que ocurre en España (58), en Alemania la impugnación de un reglamento derogado es posible si dicho reglamento puede todavía surtir eficacia *ad extra* y aplicarse a supuestos de hecho producidos en el tiempo anterior a su derogación (59). Procedimiento que se admite,

---

Köln, 1997, pág. 281; J. SCHMIDT, «Par. 47», en la obra colectiva, fundada por E. EYERMANN y L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 10.<sup>a</sup> edic., C. H. Beck, München, 1998, págs. 329 a 375, en concreto pág. 364.

(56) No lo entiende así M. GERHARDT, «Par. 47», en F. SCHÖCH, E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, I, cit., pág. 51. Autor que no está de acuerdo con la jurisprudencia que niega el acceso al proceso al órgano que dictó la normativa cuestionada y entiende que si el órgano quiere acabar con los efectos de la normativa *ex tunc* debe acudir al tribunal, puesto que plantearse complejas cuestiones relativas a los efectos retroactivos en el contexto administrativo le parece contrario a la economía procesal y a los fines de la normativa en cuestión.

(57) El fallo por el que se declara la nulidad tiene, generalmente, efectos *ex tunc*, salvo que la nulidad del reglamento sea debida a causas sobrevenidas; dicha antijuridicidad sobrevenida se produce, por ejemplo, cuando una norma adopta medidas de policía administrativa frente a una epidemia y no se deroga hasta un momento posterior a aquel en el que las causas de la epidemia ya habían desaparecido; durante el tiempo que media entre la desaparición de las causas que justificaron la norma y su derogación la regulación fue contraria al principio de proporcionalidad y, por tanto, nula de pleno derecho (sobre el tema debe consultarse la monografía de P. BAUMEISTER, *Das Rechtswidrigwerden von Normen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1996, págs. 207 y ss., para los presupuestos de este tipo de situaciones, y págs. 269 y ss. para la sanción jurídica, que generalmente será la nulidad). En este sentido: J. SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 367 (apartándose de la opinión expresada en la edición anterior según la cual el fallo tenía efectos constitutivos); K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN y M. REDEKER, *op. cit.*, págs. 290 y 291; J. ZIEKOW, *op. cit.*, pág. 224; F. KOPP y W. R. SCHENKE, *op. cit.*, págs. 652 y ss.; H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 11.<sup>a</sup> edic., C. H. Beck, München, 1999, pág. 400; R. PIETZNER y M. RONELLENFITSCH, *Das Assessorexamen...*, cit., pág. 222. La doctrina mayoritaria admite, por encima del tenor literal del par. 47.5 VwGO, la posibilidad de un fallo que atenúe las consecuencias de la nulidad y produzca efectos *ex nunc*. Sobre dicha posibilidad, que últimamente ha sido admitida expresamente por el Legislador alemán en lo que a los planes urbanísticos se refiere (ver par. 47.5 *in fine* y, sobre el tema, F. KOPP y W. R. SCHENKE, *op. cit.*, págs. 680 y ss.) y que no debe entenderse como una subversión de la regla de la nulidad como consecuencia de la ilegalidad reglamentaria, nos remitimos a lo expuesto por R. BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, cit., págs. 240 y ss.

(58) El TS ha sostenido en su sentencia de 3 de marzo de 1997 (Ar. 1920, ponente: V. Conde Martín de Hijas) la imposibilidad de hacer uso de la acción de nulidad frente a reglamentos ilegales por carecer, en tal supuesto, de objeto la pretensión anulatoria, ya que la Administración «no podía anular la norma inexistente, por haber sido antes derogada» (F. D. 1.<sup>o</sup>). Tal doctrina, en sí misma no errónea, necesita, a nuestro juicio, ser matizada puesto que si el reglamento se sigue aplicando a supuestos de hecho consolidados en el período de tiempo anterior a su derogación o tiene algún tipo de ultraactividad, la impugnación no carecería de objeto, y afirmar lo contrario es ir en contra de la tutela judicial efectiva.

(59) Vid., en este sentido, J. ZIEKOW, *op. cit.*, págs. 55 y 56; K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN y M. REDEKER, *op. cit.*, pág. 275.

además, frente a reglamentos ya derogados en la medida en que subsistan los efectos perjudiciales de la falta de anulación.

Por tanto, bajo el *nomen iuris* de la derogación se está presentando una institución impuesta por la seguridad jurídica y muy similar a la que entre nosotros viene representada por la revisión de oficio de reglamentos.

Una importante distinción entre la derogación ordinaria y la anulación de oficio de un reglamento ilegal es que el *contrarius actus* está en el segundo caso dotado de efecto retroactivo. En este sentido conviene recordar que en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) se viene admitiendo la posibilidad de dotar de efecto retroactivo a la norma que sustituye a otra nula de pleno derecho. En concreto, la llamada retroactividad auténtica (60), la que se predica de normas que se aplican a supuestos de hecho ya concluidos en el pasado, es generalmente inconstitucional y sólo en determinados supuestos se admite su constitucionalidad; uno de estos supuestos es que la norma innovadora venga a sustituir a una declarada nula, ya que nadie puede alegar la confianza suscitada por una normativa nula. Al admitir esta excepción se consigue, además, evitar la inseguridad jurídica que se generaría si se permitiese la continuidad de los efectos del reglamento ilegal al resultar aplicable al tiempo anterior a su anulación o a su derogación por motivos de legalidad. Como conclusión puede señalarse que en un sistema con una configuración constitucional y una tradición jurídica similar a la nuestra, aun en ausencia de previsiones legales al respecto, la obligación del órgano que dictó el reglamento ilegal se define con características muy similares a las que tiene nuestra figura de la revisión de oficio de disposiciones generales.

c) *El recurso de alzada per saltum y la autotutela administrativa frente a los reglamentos ilegales*

Si la revisión de oficio de disposiciones generales puede ser contemplada, en una interpretación de nuestro Ordenamiento positivo desde la óptica de los principios generales, como una exigencia de la seguridad jurídica a la hora de dejar sin aplicación los reglamentos nulos, tampoco faltan otros argumentos para defender la existencia de la figura en nuestro sistema extraídos de la propia Ley de Procedimiento Administrativo Común.

En una materia tan delicada como es el Derecho Administrativo, cuyo esqueleto está formado por un entramado de principios jurídicos que plan-

---

(60) Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal sobre la retroactividad auténtica y sobre su progresiva asimilación por el TC español, a partir de la STC 126/1987, de 16 de julio, nos remitimos a nuestro trabajo «Retroactividad normativa o protección de la confianza. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1996», en la obra colectiva, dirigida por F. SOSA WAGNER, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 2499 a 2519; en concreto, sobre el concepto y condiciones de constitucionalidad de la retroactividad auténtica, ver la pág. 2505.

tean complejas exigencias al intérprete, el empleo de un método de exégesis puramente gramatical suele engendrar aberraciones jurídicas. El apremio editorial produce algunos buenos ejemplos de este aserto cada vez que se produce un cambio en nuestra legislación sobre procedimiento administrativo. Pero del Tribunal Supremo, que ha dado lugar a magníficas creaciones jurisprudenciales en los últimos años, cabría esperar una visión más amplia.

Ya es bastante grave que se desconozcan los efectos que, dogmáticamente, se anudan a la nulidad de pleno derecho en teoría general del Derecho y que inevitablemente tienen que haber sido asumidos por el legislador al realizar la distinción entre los dos tipos de ineficacia en la LPC, puesto que de otro modo no tendría sentido diferenciar ambas figuras, pero es que, además, frente a la argumentación del TS en la STS de 22 de diciembre de 1999, se puede traer a colación el contenido de un precepto muy concreto de la LPC: el apartado tercero del artículo 107.

El citado apartado contiene dos párrafos: el primero, astutamente alegado por la defensa de la Administración en la litis que comentamos, hace referencia a la imposibilidad de interponer un recurso en vía administrativa contra las disposiciones generales y tiene por objeto, como veremos más abajo, evitar que se vulnere la seguridad jurídica al declararse la nulidad de un reglamento al margen de las formalidades previstas para asegurar la eficacia de este principio.

El segundo párrafo, en el que ahora nos interesa centrar la atención, viene a consagrar el llamado recurso de alzada (ordinario en la terminología de la primera redacción de la LPC) *per saltum*. Mediante esta figura se permite que el ciudadano agraviado por la aplicación de un reglamento nulo pueda interponer el recurso, frente al acto que lo aplica, directamente ante el órgano emisor de la disposición cuya legalidad se cuestiona.

Desde luego, el objetivo de esta alteración del orden jerárquico generalmente establecido no es un capricho del legislador, ni el fruto de la búsqueda de una interpretación uniforme de la norma atacada (la interpretación se dará en cada supuesto de aplicación concreta del reglamento en cuestión y su control centralizado sería imposible); ante lo que nos encontramos es ante una norma destinada a facilitar la declaración de nulidad de los reglamentos ilegales por parte del órgano que los emitió.

¿Por qué entonces no se hace referencia a ese posible sentido del fallo al regular esta posibilidad? Por dos razones: en primer lugar, porque ese fallo está ya implícito en el artículo 62.2 de la propia LPC. En segundo lugar, porque el artículo 113 al regular el contenido de la resolución no contiene disposición alguna contraria a otorgar al fallo tal sentido y, además, la propia redacción del artículo 107.3 LPC no se opone a dicha conclusión, sino que la ratifica. En principio, dicho precepto prohíbe el enjuiciamiento de los reglamentos en el seno de los recursos administrativos, con la plausible intención de concentrar dicho enjuiciamiento y dotarlo de seguridad jurídica, y después admite la impugnación de un acto de aplicación de un reglamento ilegal para que el propio órgano emisor pueda plantearse la le-

galidad de su normativa y eliminarla del Ordenamiento haciendo uso de sus potestades de autotutela (61).

Mediante este mecanismo se une, pues, a la pretensión del particular de satisfacer un interés legítimo violentado por el acto de aplicación de la disposición ilegal, el interés público que se satisface al depurar el ordenamiento y por el que la Administración, muy especialmente el órgano emisor de la norma nula, debe velar, dado el carácter de cuestión de orden público que todo supuesto de nulidad, y máxime de nulidad de una disposición, trae consigo. A la acción del particular dirigida contra el acto de aplicación se acumula una acción de oficio para eliminar el reglamento nulo. Separar ambos procesos de impugnación, por más que en sí mismos son distintos (62), no tiene sentido desde la perspectiva de la economía procesal y dado que el fundamento de las facultades ejercitadas por la Administración en este caso es el mismo: sus potestades de autotutela (63).

Esta interpretación, que comparte, en lo esencial, el Consejo de Estado en su dictamen sobre la reforma de la LPC (64) y que es común en la doctrina (65), parece haber sido respaldada por el propio TS en alguna ocasión (66), aunque existen sentencias que podrían ser citadas para rechazarla (67). En todo caso, lo que, en nuestra opinión, resulta claro es que cual-

(61) Sobre el concepto de autotutela que justifica los poderes de revisión y de resolución de recursos en manos de la Administración Pública resulta imprescindible recurrir a la monografía del profesor R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio...*, cit., especialmente págs. 217 y ss.

(62) El objeto del recurso del ciudadano es la impugnación del acto, pero la estimación del mismo, y con independencia del contenido o fundamentación de las pretensiones del recurrente, debe traer consigo la declaración de nulidad de la norma, que es lo que justifica la peculiaridad procesal del recurso. Por otra parte, el alcance del fallo es distinto al de los procesos de revisión, puesto que implica la anulación de un acto administrativo de aplicación.

(63) R. BOCANEGRA SIERRA, *ult. op. cit.*, págs. 221 y ss.

(64) Para la interpretación del Consejo de Estado debe consultarse su dictamen de 22 de enero de 1998, expediente núm. 5356/97, recopilación de 1998, págs. 34 y ss., en concreto pág. 81.

(65) Al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 7.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 2000, pág. 522; F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, 3.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 2000, págs. 285 y 286.

(66) En este sentido ha de consultarse la STS de 16 de mayo de 1986 (Ar. 2375, ponente: R. de Mendizábal Allende), en cuyo Fundamento de Derecho primero se establece que: «... Este recurso *per saltum*, cuya configuración aconseja un principio de economía, elimina lógicamente la vía económico-administrativa, ya que ésta puede y debe revisar los actos de gestión de la Administración financiera, pero no está capacitada para declarar la eventual ilegalidad, en su caso, de una norma reglamentaria dimanante del Consejo de Ministros...».

(67) Como jurisprudencia que rechaza esta tesis citan los profesores J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, II, 2.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 1999, pág. 2290, la STS de 7 de abril de 1987 (Ar. 2870, ponente: A. Rodríguez García), en cuyo Fundamento de Derecho segundo se afirma que «... en un recurso indirecto contra un precepto reglamentario —en este caso, contra la disposición adicional, apartado 1, del Real Decreto 1365/1980— sólo puede postularse la anulación del acto de aplicación individual —circunstancia que no concurre en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1981— pero no la de la disposición de carácter general cuya supuesta disconformidad a Derecho

quier otra exégesis del citado precepto lo vaciaría de contenido y sería incoherente una vez que, en el ámbito jurisdiccional, el recurso indirecto contra una disposición general planteado ante el órgano judicial competente para conocer de una impugnación directa contra ese mismo reglamento, de ser estimado, concluye con una declaración de nulidad *erga omnes* (68).

Desde la perspectiva que nos ocupa, la existencia del recurso de alzada *per saltum* demuestra que las potestades de autotutela de la Administración se extienden al control de sus normas ilegales y, si este control existe en vía incidental, resulta incoherente negarlo en vía directa y hacer al ciudadano esperar a ser dañado en sus derechos para poder impugnar la resolución que le ha causado dicho daño e imponer a la Administración que aguarde, hasta que alguien resulte perjudicado y se decida a recurrir, para expulsar del ordenamiento sus normas nulas de pleno derecho.

#### V. POSIBLES ARGUMENTOS CONTRA LA FACULTAD ADMINISTRATIVA DE ANULAR LOS REGLAMENTOS ILEGALES

Una primera objeción frente a la existencia de una facultad de anulación de las disposiciones generales en manos de la Administración vendría dada por la supuesta existencia de un monopolio jurisdiccional en el enjuiciamiento de las normas reglamentarias. Este argumento fue, de hecho, traído a colación por la defensa del Ministerio de Defensa durante el proceso que desembocó en la sentencia de 22 de diciembre de 1999, basándose en la exclusión de los reglamentos del objeto de los recursos administrativos impuesta por el artículo 107 de la LPC.

Esta consideración no es de recibo por la sencilla razón de que se trata aquí, como ya adelantamos, de una norma destinada a asegurar la competencia, pero no la judicial, sino la administrativa. En concreto, lo que la norma citada impide es que cualquier órgano administrativo, que esté facultado para decidir un recurso por ser superior jerárquico de otro o porque sus actos agoten la vía administrativa, pueda declarar la nulidad de un

---

sirve de fundamento a tal recurso...». El argumento no puede ser aceptado directamente porque la citada sentencia se refiere al recurso indirecto en vía jurisdiccional y no en vía administrativa, y el paralelismo que alguna vez se ha establecido entre ambos procedimientos (ver el Fundamento de Derecho primero de la STS de 5 de febrero de 1988, Ar. 711, ponente: R. de Mendizábal Allende) no puede obviar el hecho de que el recurso de alzada *per saltum* se interpone frente a la autoridad que tiene la competencia natural para anular la disposición general, ya que la dictó y puede publicar la resolución anulatoria en el mismo diario oficial en el que apareció la norma nula.

(68) El texto de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la LJ de 1998 no deja lugar a dudas al respecto y concreta el deseo del legislador, expresado en la exposición de motivos de la citada LJ, de concentrar en un solo órgano la decisión sobre la ilegalidad de las disposiciones reglamentarias, concentración que, sin embargo, no es exacta, como recuerda Ricardo ALONSO GARCÍA en el comentario al citado artículo incluido en el número 100 de la «REDA» (págs. 270 a 275, en concreto págs. 272 y 273), al imponerse al Tribunal Supremo la anulación de cualquier reglamento ilegal cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso fundado en la ilegalidad del mismo (art. 27.3 de la LJ de 1998).



reglamento y lo hace para evitar la inseguridad jurídica que ello supondría al carecer el fallo de los requisitos de generalidad y publicidad necesarios.

Por otra parte, la regulación del procedimiento de la revisión de oficio de disposiciones que la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de enero de 1960 contiene, asegura la publicidad y la generalidad del fallo al emitirse la resolución que declara la nulidad por los órganos que ocupan la cúspide del orden jerárquico administrativo. La decisión se adopta por un órgano central, previa consulta con el Consejo de Estado, lo que evita la posibilidad de fallos contradictorios en vía administrativa y se publica en el «BOE». Por otra parte, con la suspensión de la disposición general (prevista expresamente para los supuestos de impugnación de una norma por parte de un Departamento Ministerial distinto al emisor) en tanto dure el procedimiento se evita la consolidación de los efectos perjudiciales que la norma nula puede ocasionar.

La negación del supuesto monopolio jurisdiccional sobre el enjuiciamiento de las disposiciones generales se confirma, además, dada la extensión, en nuestro Derecho positivo (69), de las facultades de autotutela al control sobre los reglamentos ilegales.

Por otra parte, la obligación de la Administración de proceder a la declaración de nulidad de sus normas cuando éstas vulneran la Ley u otras disposiciones administrativas de mayor rango normativo viene impuesta, insistimos, por su obligación de cumplir la Ley y el resto del Ordenamiento en el que no se integran las normas nulas. El legislador puede modular los efectos de esta obligación determinando los órganos competentes o incluso reservando esa competencia a los tribunales, pero mientras no exista una norma que expresamente consagre dicho monopolio jurisdiccional la Administración seguirá estando obligada a la revisión de sus disposiciones generales cuando incurran en nulidad.

En este sentido, creemos que la argumentación de la STS de 22 de diciembre de 1999 no es correcta puesto que no puede extraerse de la supresión de la referencia del artículo 102 al 62.2 LPC una voluntad tan clara del legislador en contra de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias, como para entender derogada la Orden de 1960 que, con total precisión técnica, como vimos, trata de desarrollar el propio artículo 47.2 LPA 1958, antecedente del actual artículo 62.2 LPC.

La oportunidad de un desarrollo normativo mediante normas reglamentarias de la potestad de inaplicación de las normas nulas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina europea (70), como una oportunidad para clarificar el proceso y dotar de mayor seguridad este tipo de reacciones defensivas frente a la ilegalidad normativa.

La decisión básica en un Ordenamiento, que a nuestro entender está

---

(69) Al respecto, debe recordarse la existencia del recurso de alzada *per saltum*, con las consecuencias que arriba señalábamos, en la propia redacción original de la Ley 30/1992.

(70) Al respecto, F. KOPP, *Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden*, cit., págs. 828 y 829.

condicionada por sus presupuestos constitucionales (71), es la de considerar los reglamentos ilegales nulos o meramente anulables; una vez que se ha adoptado esa decisión, la modulación de los efectos de la nulidad sólo se podría hacer por una norma del mismo rango que contradijese alguna de las características propias de tal grado de invalidez, y para esto no basta un juicio de intenciones tan arriesgado como el que el Tribunal Supremo realiza en su Sentencia de 22 de diciembre de 1999. La verdadera intención del legislador sólo se puede extraer del producto de su quehacer, de la propia Ley. En este sentido, de nuestra actual Ley de Procedimiento Administrativo Común se desprende una inequívoca admisión de la teoría de las nulidades y una asunción de sus principales características, tendencia que la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 ha venido a intensificar al consagrar la cuestión de ilegalidad y, con ella, la posibilidad de obtener en todo momento una declaración de nulidad del reglamento ilegal con efectos *erga omnes*.

En todo caso, una norma restrictiva de la obligación de la Administración de reaccionar frente a los reglamentos ilegales sería inconstitucional si intentase reducir el control indirecto de los mismos mediante su inaplicación, puesto que de otro modo un reglamento nulo podría desvirtuar por completo el Ordenamiento, como arriba se indicó, y producir plenos efectos. En tal caso, estaríamos ante una violación de los principios de jerarquía normativa y de legalidad. Se argumentará que siempre quedaría el recurso a los Tribunales, pero el problema es ante todo de obediencia a las normas según su jerarquía. Si se obedece primero a la Ley o al reglamento (o en su caso al reglamento de mayor rango o al de inferior) y una norma que subordinase la aplicación de la Ley a su conformidad con el reglamento está alterando el orden constitucional de fuentes. La obligación de respetar la Ley que tiene la Administración y que es consustancial a su esencia en un Estado Democrático de Derecho no es una obligación, como con brillantez ha destacado el profesor Ferdinand KOPP (72), de respetar la Ley

---

(71) El sometimiento de la Administración al principio de legalidad, la jerarquía normativa o el principio de reserva de Ley que derivan de la cláusula del Estado Democrático y de la soberanía popular quedarían seriamente comprometidos si a través del carácter anulable del reglamento ilegal se permitiese la derogación fáctica de la Ley, al mantener su vigencia en tanto no recaiga la sentencia constitutiva que determine su anulación *ex nunc*.

(72) «Die Verpflichtung der Behörden zur Beachtung der Grundrechte und zur Wahrung von Gesetz und Recht im dargelegten Sinn ist nach geltendem Verfassungsrecht keine aufschiebend bedingte Verpflichtung, die letztlich von einer späteren gerichtlichen Entscheidung abhängt, bis zu deren Ergehen die Verwaltung auch verfassungswidrige Gesetze und gesetzwidrige Verordnungen usw. anwenden muss, sondern eine heute und jetzt, in jedem Stadium der Rechtsverwirklichung und Rechtskonkretisierung gegebene aktuelle Verpflichtung. Entsprechendes gilt für das Recht des Bürgers, dass die Verwaltung die ihm nach dem gesamten Gehalt der Rechtsordnung (mit Ausnahme der wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht nichtigen Vorschriften) zukommenden Rechte heute und jetzt gewährt, heute und jetzt respektiert, und nicht irgendwann in einer vielleicht heute noch fernen Zukunft, nachdem vielleicht aufgrund der dann für nichtig erklärten Gesetze vollendete Tatsachen geschaffen sind, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können, oder wenn Zeit verloren wurde, die unwiederbringlich ist» (F. KOPP, *Das Gesetzes- und Verwaltungsprüfungsrecht der Behörden*, cit., pág. 824). Como se aprecia, la argumentación del profesor en Passau se hace tanto desde la perspectiva de las Leyes como desde las normas reglamentarias nulas.

cuando un Tribunal entienda que el reglamento que la contradecía era nulo, sino que es una obligación actual de la Administración, obligada a interpretar y aplicar el Ordenamiento aquí y ahora y que la misma debe cumplir puntualmente, so pena de desvirtuar la propia esencia de su función constitucional.

Establecido este principio, la revisión de oficio de los actos administrativos y la declaración de la nulidad a instancia de particular adquieren su verdadera dimensión. Si el órgano que dictó la disposición general nula se ve obligado, bajo determinadas circunstancias, a no aplicarla, al hacerlo está generando una inseguridad jurídica intolerable que la Administración debe remediar adoptando un acuerdo que destruya la apariencia jurídica de la norma en cuestión. Esto es precisamente lo que ha apreciado el BVerwG en la, ya citada, sentencia de 21 de noviembre de 1986, partiendo de una situación de ausencia de normas que contemplen la posibilidad de revisión de oficio de disposiciones generales, que no se da en España debido a la persistencia de la Orden de la Presidencia de 12 de diciembre de 1960. Por otra parte, la adopción de una decisión que inaplica una norma por su ilegalidad sienta un precedente amparado en el principio de igualdad y de interdicción de la discriminación (73) a cuya virtualidad no se podría oponer en este caso su carácter ilegal (74), puesto que se trata de afirmar la vigencia de la Ley o de la norma superior frente a la pretensión de negarla a través de una actuación, la emisión de una norma nula, antijurídica.

No existen tampoco normas constitucionales que contradigan la posibilidad administrativa de declaración de nulidad de las disposiciones generales. Si el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio de la declaración de nulidad de las Leyes en nuestro sistema, no hay una reserva semejante a favor de la jurisdicción ordinaria en relación con los reglamentos ilegales. El principio de separación de poderes, en su versión continental, que justifica aquel monopolio opera de forma muy distinta en este asunto. La Administración tendría, como función primordial, la de aplicar el derecho y para aplicar el derecho previamente hay que determinar qué es derecho y qué no lo es. Como vimos, es esta argumentación la que sustenta la obligación de inaplicar las normas nulas que pesa sobre los órganos administrativos, pero esta obligación general se intensifica en el caso de que el órgano llamado a contrastar el reglamento cuestionado con el Ordenamiento

---

(73) Sobre la fundamentación de la doctrina del precedente: J. ORTIZ DÍAZ, *El precedente administrativo*, núm. 24 de esta REVISTA, 1954, págs. 75 a 115, en concreto págs. 95 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., págs. 77 y ss.; L. M. DIEZ-PICAZO, *La doctrina del precedente administrativo*, núm. 98 de esta REVISTA, 1982, págs. 7 a 46, en concreto págs. 10 y ss.; O. BACHOF, *Die Verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer Anutshandlung*, Mohr Siebeck, 2.<sup>a</sup> edic., 1968, pág. 93; K. A. BETTERMANN, *Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit*, Der Staat, 1962, págs. 79 a 92, en concreto págs. 79 a 86; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 614 y ss.

(74) Sobre la imposibilidad de admitir la vinculatoriedad de un precedente ilegal, puede consultarse la constante jurisprudencia del TC, destacando en los últimos años la STC 78/1997, de 21 de abril, en su Fundamento Jurídico 5.<sup>o</sup>. En la doctrina, J. ORTIZ DÍAZ, *op. cit.*, págs. 84 y ss. También, J. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

jurídico es el mismo que lo dictó o su superior jerárquico. En tales casos la mera inaplicación supondría una clara arbitrariedad, un mismo órgano no puede mantener con carácter general una interpretación del Ordenamiento jurídico y después contradecirla en lo concreto (75), creando, en caso de reiteración, un precedente contrario al reglamento y amparado en la ilegalidad del mismo, pero sin los requisitos de publicidad imprescindibles. La seguridad jurídica impone aquí la necesidad de un comportamiento clarificador por parte del órgano responsable de la ilegalidad que debe emitir una resolución declarativa de dicha nulidad y publicitarla por los medios que le sirvieron para dotar de apariencia jurídica a la disposición general ilegal. Por otra parte, la propia constitucionalidad de las potestades administrativas de autotutela (76) y la necesidad de un entendimiento de la división de poderes que tenga en cuenta la finalidad de dicha institución, que no es otra que asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio ilegítimo del poder público (77), demuestran la viabilidad de la revisión de oficio de disposiciones en nuestro sistema.

Por supuesto, esta labor administrativa de determinación y aplicación del ordenamiento jurídico es siempre controlable por el poder judicial, que tiene la última palabra sobre la interpretación de las normas infraconstitucionales, y la existencia de un control primario en manos de la Administración no obsta para nada a dicho control jurisdiccional ni atenta contra las competencias que a los órganos jurisdiccionales corresponden en nuestro Ordenamiento.

#### VI. LA ACCIÓN DE NULIDAD PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DISPOSICIONES GENERALES

Una de las consecuencias de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 1999 es la de vaciar de todo contenido implícito la distinción entre nulidad y anulabilidad. Con este modo de proceder se desconoce el hecho de que el texto de la LPC al establecer esta distinción nos remite a un contexto doctrinal muy concreto (78) y se ignora la necesidad de que el Ordenamiento de un Estado de Derecho

(75) No habría aquí, sin embargo, contradicción con el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que consagran el artículo 23.4 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno, y el artículo 52.2 de la LPC, ya que el reglamento ilegal, dada su nulidad radical, no tiene una verdadera existencia jurídica y, por tanto, ningún reproche cabe hacer al acto que lo ignore.

(76) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 527, con referencia a la doctrina del TC.

(77) Al respecto, son interesantes las reflexiones de H. MICHEL, *Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt*, cit., págs. 843 y ss.

(78) Reflejo de ese contexto pueden ser dos exposiciones clásicas. La primera, desde la perspectiva general del negocio jurídico, es la ofrecida por F. DE CASTRO y BRAVO, *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión de la edición de 1967 del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), págs. 471 y ss. La segunda, que tiene en cuenta las especialidades del Derecho Administrativo, es la ofrecida por F. GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, IEP, Madrid, 1956, págs. 195 y ss.

no permita la consolidación de aberraciones jurídicas por razones de carácter formal o procesal.

Dada esta forma de argumentar que el TS viene manteniendo en materia de nulidad de pleno derecho, es previsible que el reconocimiento de una acción de nulidad frente a las disposiciones generales en manos de los particulares se vea negado por la jurisprudencia aun después del expreso reconocimiento legal de la potestad de revisión de oficio de los reglamentos que la Ley 4/1999, de reforma de la LPC, ha realizado (79). Este es, por otra parte, un efecto que aparentemente ha buscado el legislador, según el tenor literal de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de reforma de la LPC (80), y que trae causa de una, en nuestra opinión, poco afortunada recomendación del Consejo de Estado que motivó la supresión del reconocimiento expreso de la acción de nulidad frente a disposiciones generales que contenía el Anteproyecto de la Ley de reforma.

La argumentación del Consejo, que no pasará a la historia entre las creaciones dogmáticas que han aumentado los derechos de los ciudadanos, tiene el siguiente tenor literal: «El artículo proyectado no sólo reconoce la potestad de la Administración de revisar de oficio las disposiciones administrativas nulas sino que parece extender la “acción de nulidad”, reconocida para los actos nulos, a dichas disposiciones administrativas. Sería conveniente reconsiderar esa extensión y reflexionar sobre las ventajas de limitar la acción de nulidad a los actos. La protección del derecho e interés de los administrados resulta suficientemente garantizada en la vía administrativa con los dos medios que el anteproyecto les reconoce para impugnar las disposiciones administrativas de carácter general que consideren nulas: la interposición de recurso de reposición directo, que en la Ley vigente no existe (art. 107.3, párrafo primero en la redacción del anteproyecto) (81) y la interposición del recurso contra un acto administrativo que se funde en la nulidad de una disposición administrativa (art. 107.3, párrafo segundo). Abrir una vía más que permita a los interesados “en cualquier momento” —es decir sin límite alguno en el tiempo— instar la nulidad de una disposición de carácter general —en lo que sería propiamente una impugnación directa— puede ser más gravemente perturbado».

---

(79) La doctrina ya ha alertado de las consecuencias que la falta de la acción de nulidad puede traer consigo; en principio, se ha señalado que la ausencia de la misma puede dar lugar a situaciones de indefensión frente a los reglamentos que no necesitan actos de ejecución, pero que pueden llegar a violentar los derechos de los ciudadanos. Al respecto, J. A. XIOL RÍOS, «Comentario al artículo 102», en la obra colectiva, coordinada por J. M. ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *Comentarios a la reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 123 a 129, en concreto pág. 126.

(80) En el párrafo segundo *in fine* del apartado V de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, se puede leer lo siguiente: «... Por otra parte, se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad».

(81) El artículo del Proyecto que reformaba el 107.3 de la LPC mantenía la referencia a este recurso de reposición frente a disposiciones generales en los siguientes términos: «Contra las disposiciones administrativas de carácter general podrá interponerse recurso de reposición con carácter potestativo».

ra para la seguridad jurídica que útil para contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico. La eventual acogida de la sugerencia hecha tendría su articulación más clara y adecuada previendo en apartados distintos la revisión de oficio de los actos y la de disposiciones...» (82).

La argumentación es verdaderamente sorprendente. ¿Cómo puede justificarse la supresión de la acción de nulidad por razones de seguridad jurídica? Con toda certeza, la permanencia de un reglamento ilegal produciendo efectos durante meses o, con toda probabilidad, años, antes de que el Tribunal competente pueda anularlo, sin que los ciudadanos afectados puedan lograr combatirlo por un medio eficaz, sin que sepan si deben ajustar su conducta a la Ley formal o a la norma espúrea, sin conocer con certeza el alcance de la posible declaración de nulidad, constituye un gran servicio a la seguridad jurídica.

Por otra parte, cómo se puede violar la seguridad jurídica cuando el órgano que dictó un reglamento o su superior decretan su nulidad y lo publican con todas las garantías en el diario oficial correspondiente (83). Cómo puede ir en contra de la seguridad una declaración que no afecta a los actos de aplicación que sean firmes (84) y cómo puede alegar la seguridad jurídica quien confió en una norma nula (85).

Además, cómo pueden ponerse al mismo nivel la acción de nulidad, utilizable en todo tiempo, con los recursos a los que se refiere el Consejo de Estado (uno de ellos desaparecido, como veremos, durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la LPC), cuya interposición sólo es posible en un breve plazo en el que es tremendamente difícil valorar justamente la posible violación de la Ley por parte de un reglamento. Además, ¿no son los reglamentos ilegales nulos de pleno derecho? Entonces, cómo se hace depender su impugnación de tan breves plazos. El reglamento ilegal no puede ser nunca firme ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, ya que ello equivaldría a reconocerle una eficacia que no puede tener frente a la Ley que contradice y que quedaría, cuando menos temporalmente, privada de su propia eficacia.

Aunque la combinación del recurso de reposición frente a disposiciones generales y del recurso de alzada *per saltum* hubiese dado la posibilidad, limitada en el tiempo, de defensa frente al reglamento ilegal a sus destinatarios, sin necesidad de enfrentarse a un prolongado y costoso proceso judicial, dicha defensa se hubiese otorgado sin la garantía del dictamen del propio Consejo de Estado y, además, el alto cuerpo consultivo debía cono-

---

(82) Para la cita, Dictamen de 22 de enero de 1998, núm. de expediente 5356/97, recopilación de 1998, págs. 34 y ss., en concreto págs. 81 y 82.

(83) Al respecto debe recordarse la prescripción que, en este sentido, contienen los artículos séptimo y noveno de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960.

(84) Al respecto ha de tenerse en cuenta el artículo 73 de la LJ de 1998. En la jurisprudencia puede consultarse el Fundamento de Derecho segundo de la STS de 24 de septiembre de 1993 (Ar. 6608, ponente: M. Baena del Alcázar); más recientemente, también la STS de 13 de enero de 2000 (Ar. 41, ponente: P. Sala Sánchez), Fundamento de Derecho 4.º, con más referencias.

(85) Sobre el tema, ver arriba la nota 60.

cer la existencia de posiciones doctrinales, amparadas en cierta jurisprudencia (aunque haciendo una interpretación, a nuestro entender, forzada de la misma), que entienden que el recurso de alzada *per saltum* no es un medio de control de las disposiciones generales cuya nulidad no puede ser cuestionada en vía de recurso administrativo (86).

Por otro lado, como arriba ya señalábamos, la protección del recurso de alzada *per saltum* la obtiene el particular sólo mediatamente y una vez que ya ha sido objeto de lesión en sus derechos por la aplicación del reglamento ilegal. No deja de ser curioso que los destinatarios de una norma nula dictada por la Administración tengan que esperar a ser perjudicados por la misma para que aquélla pueda acudir en su auxilio.

A pesar de lo realmente opinable de la argumentación del Consejo de Estado, su dictamen prevaleció y en el Proyecto de Ley de reforma de la LPC se suprimió la referencia a la acción de nulidad de las disposiciones generales. Idea que no sólo se plasmó en la retirada del texto correspondiente, sino también en la exposición de motivos, en la que, como vimos, se insiste en la inexistencia de una acción de nulidad.

Pero la justificación teórica de la ausencia de dicha acción de nulidad se va a venir abajo durante el tortuoso procedimiento parlamentario para la aprobación de la reforma de la LPC, en el que la posibilidad de interponer un recurso de reposición frente a las disposiciones generales se va a suprimir precisamente por la existencia de un sistema de revisión de oficio dotado de mayores garantías.

En concreto, la supresión del recurso de reposición frente a reglamentos va a venir impuesta por la admisión por el grupo parlamentario popular de una enmienda del grupo socialista (87) que proponía la redacción actual para el artículo 107.3 de la LPC. Las razones que llevan al representante de la mayoría parlamentaria (Sr. López-Medel Bascones) a apoyar dicha enmienda son dignas de ser tenidas en consideración: «... en aras precisamente del consenso y compartiendo en buena parte lo manifestado por el señor Iñiguez, vamos a aceptar la enmienda número 117 y la correlativa número 119, dejando el recurso de reposición sólo para la impugnación de los actos pero no frente a las disposiciones de carácter general. Respecto a estas últimas, tal y como anteriormente señalé, *mantenemos la revisión de oficio, en la medida que este procedimiento contempla más garantías que el recurso de reposición*» (88) (cursiva nuestra).

---

(86) Nos referimos a la posición de J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, de la que nos hicimos eco en la nota 67.

(87) La enmienda tenía el núm. 117 y su tenor literal coincide con el actual artículo 117.3, párrafo primero: «Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa». La motivación, bastante cuestionable, si se parte de la posición del Consejo de Estado que había condicionado el tema de antemano, era muy sucinta: «El recurso administrativo contra disposiciones generales no tiene ninguna utilidad» (ver el «BOCG», Congreso de los Diputados, de 5 de junio de 1998, Serie A, núm. 109-11, pág. 70)

(88) Para la cita, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Comisiones, VI Legislatura, núm. 522, 30 de septiembre de 1998 (Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas), pág. 15055.

En esta argumentación, realizada poco después de que el mismo parlamentario hubiese destacado la necesidad institucional de eliminar los reglamentos nulos y su inaplicabilidad (89), se renuncia al recurso de reposición como un instrumento menos garantista que la revisión de oficio, pero resulta evidente que esta afirmación sólo tiene sentido si se piensa que los particulares pueden instar dicho procedimiento a través de la acción de nulidad.

La intención del legislador dista en todo caso de estar clara y la referencia a la ausencia de acción de nulidad frente a los reglamentos ilegales que contiene la exposición de motivos sólo se puede entender en el contexto de la construcción original del Proyecto de Ley.

Los argumentos históricos, basados en la intención del legislador, sirven de poco cuando se cambia, como es el caso, durante el procedimiento parlamentario la base normativa que los justificaba, y no pueden sustituir a otros criterios de interpretación más razonables en el contexto de un sistema parlamentario (en el que la multiplicidad de los legisladores hace difícil conocer su exacta intención), en el que se ha de optar, ante la oscuridad de la voluntad concreta del legislador, por una interpretación que basada en el texto de la Ley tenga en cuenta su finalidad (90) y el contexto normativo, constitucional y doctrinal en el que dicha Ley se ha generado.

Parece claro, tanto si leemos el dictamen del Consejo de Estado como si se analizan con detenimiento las discusiones durante el procedimiento parlamentario, que la intención en ambas instancias no fue privar al ciudadano de medios de defensa frente a los reglamentos ilegales, cuyos efectos perturbadores en un sistema democrático se describen con precisión en los debates de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas (91), sino dotarle de los medios que se consideraban más convenientes. El resultado plasmado en el texto no es satisfactorio por un conjunto de errores técnicos acumulados, pero de la propia sistemática de la Ley, que tan claramente consagra la nulidad de pleno derecho de las potestades administrativas, y de la tradición reciente de nuestra legislación sobre procedimiento administrativo se pueden extraer, sin riesgo, conclusiones a favor de la persistencia de medios de impugnación en manos del ciudadano frente a los reglamentos ilegales.

---

(89) «... cuantos reglamentos entran en colisión con una ley o con una norma legal de cobertura de rango jerárquicamente superior, son ilegales, esto es, nulos de pleno derecho y está vedada su aplicación en cuanto que al hacerlo se estaría vulnerando la ley. Un reglamento ilegal, en definitiva, por ser contrario a la ley está llamado institucionalmente a ser expulsado del ordenamiento jurídico, pues frente a la ley, que no es sino expresión democrática de la representación constituida en un Parlamento, no pueden subsistir los productos normativos de la Administración...». Para la cita, el «Diario de Sesiones» citado en la nota anterior, en su pág. 15054.

(90) Sobre la orientación teleológica de la interpretación de la voluntad del legislador, que no puede identificarse hoy en día con las concretas ideas normativas de las personas que participaron o asesoraron en el proceso normativo y debe guiarse por la intención reguladora de la Ley, la tendencia general que la misma presenta, debe consultarse K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 325 y ss.

(91) Al respecto, ver arriba la nota 89.



En este sentido, nos vemos obligados a recordar que el acto por el cual un administrado se dirige a la Administración para que ésta determine si una disposición general es conforme con el Ordenamiento jurídico, dista de ser un mero supuesto de ejercicio del derecho de petición y constituye una solicitud en toda regla (92) que debe ser tramitada y resuelta por el órgano competente, ya que existe una norma, el artículo 62.2 de la LPC, que, al consagrar la nulidad de pleno derecho de las disposiciones contrarias a la Ley, respalda dicha solicitud dotándola de un sentido jurídico concreto.

El tema ya se había planteado tras la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en relación a la declaración de nulidad de los actos administrativos. En concreto, la doctrina de forma casi unánime había señalado la necesidad de entender que el término «instancia» con el que la Ley designaba el acto del ciudadano que se dirigía a la Administración para que declarase la nulidad de un acto administrativo se refería a una auténtica solicitud que obligaba a la Administración, a pesar de que el tenor literal del citado artículo se refiriese a que la Administración «podrá» declarar la nulidad, a tramitar el procedimiento hasta el final (93), por supuesto sin prejuzgar el contenido de la resolución, que podría ser perfectamente desestimatoria, y a anular la resolución en cuestión si resultaba incurso en alguna de las causas de nulidad legalmente previstas. El argumento básico que apoyaba esta conclusión estaba basado en la teoría de las nulidades. El carácter insubsanable de la nulidad y la calificación de este tipo de vicios como de orden público obligan a la Administración a depurar los actos más allá de la consideración del posible interés público concreto que pueda o no concurrir en dicha anulación, la declaración de un acto nulo de pleno derecho siempre es una prioridad pública puesto que su mantenimiento es una ofensa a los principios del sistema. Dicha declaración, como ha destacado el profesor BOCANEGRA (94), se efectúa en interés objetivo del ordenamiento.

La nueva redacción del artículo 102 LPC asume plenamente este planteamiento doctrinal que ya había sido reconocido por la jurisprudencia tras algunas dudas iniciales (95), constatando de nuevo el valor de la doctrina de las nulidades.

(92) En tal sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso ...*, I, cit., pág. 225.

(93) En este sentido se pronunciaban: L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 53 a 98, en concreto págs. 87 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, págs. 122 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2.<sup>a</sup> edic., IEAL, Madrid, 1975, págs. 395 y ss.; R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, cit., págs. 186 y ss.; de este último autor, más recientemente, *La anulación de oficio de los actos administrativos*, cit., págs. 51 y ss. Para la asunción de esta tesis por la jurisprudencia puede consultarse a la profesora C. CHINCHILLA MARÍN, en la obra colectiva, dirigida por J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., en concreto págs. 376 y ss. En la jurisprudencia más reciente, podemos citar, entre otras, las SSTs de 25 de marzo de 1992 (Ar. 3391) y de 4 de enero de 1996 (Ar. 90).

(94) R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio...*, cit., pág. 236. Del mismo autor, *La anulación...*, cit., pág. 99.

(95) Vid. *supra*, nota 93.

Dada la equivalencia de los presupuestos de partida (especialmente dada la identidad de la sanción jurídica: nulidad de pleno derecho) entre la regulación de la anulación de los actos administrativos nulos y la regulación de la declaración de nulidad de las disposiciones generales ilegales, la doctrina entonces mantenida tiene que reproducirse en este caso. La Administración no está simplemente facultada para anular, sino que está obligada a ello (96).

Afirmada dicha obligación de la Administración, la pretensión de un ciudadano de obtener un pronunciamiento sobre la legalidad de un reglamento que entiende nulo debe ser tramitada, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 102 para las acciones de nulidad cuyo objeto son simples actos administrativos. El carácter de cuestiones de orden público que revisten los casos de nulidad de pleno derecho así lo viene a exigir.

No obstante la corrección técnica de estas consideraciones, parece que nuestra jurisprudencia, posiblemente por los reparos que le suscita la aplicación analógica, aunque sea en beneficio de los ciudadanos, de las potestades de autotutela declarativa de la Administración, exige la existencia de argumentos de *lege lata* para aplicar las consecuencias del artículo 62.2 LPC y hacer valer la nulidad de pleno derecho de las disposiciones ilegales. Con esta forma de argumentar se está desconociendo el valor que a la máxima sanción prevista por nuestro ordenamiento le corresponde en teoría del Derecho (97).

No creemos, sin embargo, que dichos argumentos de *lege lata* no concurren en la presente redacción de nuestra ley básica de procedimiento. En concreto, el artículo 43.2 al regular el sentido del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado excepciona la regla general del carácter positivo de dicho silencio en «los procedimientos de impugnación de actos y *disposiciones*, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio».

La interpretación de la referencia a una impugnación de las disposiciones en vía administrativa, que necesariamente presupone este precepto, nos llevaría en principio a la regulación de los recursos administrativos,

---

(96) Con independencia del tenor literal del artículo 102.2 LPC, cuyo «podrán declarar» adquiere sentido en el contexto de confusión sobre la existencia de la potestad de revisión de oficio de las disposiciones generales creado por la primera versión de la LPC.

(97) En teoría general se ha destacado que un determinado acto del Estado es nulo siempre que el ordenamiento no contenga alguna restricción de la potestad general de examinar su juridicidad y decidir sobre la misma, en cuyo caso el acto en cuestión es meramente anulable (por ejemplo, H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 45; no obstante, cualquier matización de los efectos de la nulidad por el legislador no puede lógicamente excluir al resto de los efectos y determinar la anulabilidad si esta otra figura ha sido también admitida en un sistema; en nuestro caso, esta conclusión se impone al contemplar el artículo 62 LPC la nulidad y la anulabilidad, reservando esta última a los actos administrativos). Partiendo de esta premisa, si la Ley declara expresamente un acto como nulo de pleno derecho por contraposición a un acto anulable habrá que considerar que dicha sanción implica las mencionadas características. Sin perjuicio de que el Derecho positivo las delimite. Pero no cabe predicar las características de la nulidad sólo si el ordenamiento expresamente las recoge. De otro modo, la distinción entre la sanción de nulidad y la de anulabilidad que los artículos 62 y 63 recogen carecería de sentido.

pero a través de dichos medios de impugnación no puede, por el mandato del artículo 107.3, párrafo 1.º, LPC, pretenderse la anulación de disposiciones y el recurso de reposición *per saltum* es formalmente la impugnación de un acto administrativo de aplicación que, como arriba señalamos, sólo de forma mediata (98) busca la anulación de la disposición que encontraba aplicación en el acto recurrido. La única fórmula de impugnación directa de una disposición en vía administrativa posible, dados los presupuestos de nuestro sistema, es, por tanto, la acción de nulidad a la que se refiere este artículo.

Por otro lado, existen razones objetivas para que este aspecto de la acción de nulidad sea regulado expresamente por la Ley, ya que uno de los aspectos fundamentales de la reforma de la LPC fue reservar a la Ley la regulación de los efectos del silencio, deslegalizada por el efecto de la redacción original del artículo 43.2.C) LPC (99).

La base legal de la acción esta aquí explícitamente contenida y la regulación procedimental debe encontrarse, ahora como antes, en la aplicación analógica de las reglas sobre la revisión de oficio de las disposiciones generales y sobre la acción de nulidad frente a los actos administrativos.

#### VII. LA ORDEN DE 12 DE DICIEMBRE DE 1960: VIGENCIA Y PROBLEMAS PROCEDIMENTALES

Es evidente que de consolidarse la doctrina expuesta por el TS en la sentencia de 22 de diciembre de 1999 la vigencia de la añeja Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960 quedaría seriamente comprometida, a pesar de que, como arriba ya indicamos, la justificación de ese desarrollo reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no era otra que otorgar un complemento procesal al artículo 47.2 de la misma, que recogía la sanción de nulidad para las disposiciones generales ilegales, y de que existen razones más que suficientes para mantener dicho sistema desde los presupuestos legales y constitucionales actuales.

La doctrina viene afirmando, como desde un punto de vista técnico es lógico, la pervivencia de la citada Orden (100) y remitiéndose a la misma a

(98) En ausencia de un acto de aplicación que se impugne, el recurso de alzada *per saltum* sería inadmisibile y la pretensión del particular quedaría inatendida. Sobre el carácter meramente indirecto de la impugnación puede consultarse F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico...*, cit., págs. 285 y 286.

(99) Según la redacción original del artículo 43.2.c) LPC, se debían entender estimadas «en todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa».

(100) En este sentido puede consultarse J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, II, cit., págs. 2220 y 2221, y también de los mismos autores y J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 410. El Consejo de Estado también se ha mostrado partidario de la persistencia de dicha normativa; al respecto, ver el dictamen de 30 de noviembre de 1995, expediente 524/95, recopilación de 1995, págs. 373 y ss., en concreto pág. 377.

la hora de resolver algunos asuntos pendientes en la actual normativa sobre revisión de oficio de disposiciones.

Entre estas cuestiones destaca el tema de la competencia para adoptar la declaración de nulidad, asunto que la citada Orden resuelve con notorio acierto al remitir la competencia al propio Departamento ministerial que emitió la disposición impugnada (que, en principio, también debemos entender competente en caso de ejercicio de la acción de nulidad por parte de un ciudadano privado). En caso de que la impugnación proceda de un Departamento distinto y el Ministerio emisor no esté de acuerdo con la anulación (o no la resuelva en el plazo) o la disposición emane del propio Consejo de Ministros, la competencia le corresponde a este último órgano (101). En el caso de Comisiones Delegadas del Gobierno será la propia Comisión la que acuerde la declaración de nulidad (102).

Este reparto competencial es correcto en cuanto se atribuye la facultad de adoptar la decisión de anular un acto a los órganos que están en la cúspide de la estructura administrativa, con lo que se evitan discrepancias de criterio y se asegura una buena coordinación y una solución unitaria en caso de conflicto, pero es muy criticable en cuanto atribuye la competencia al Consejo de Ministros en caso de discrepancia entre el Consejo de Estado y el Ministerio emisor de la disposición general sospechosa de nulidad.

El mismo esquema competencial deberá aplicarse en caso de declaración de nulidad en el seno de una Comunidad Autónoma. En el ámbito de las Corporaciones Locales parece que la competencia debe residir en el pleno, puesto que si es éste el órgano encargado de la declaración de nulidad de los actos administrativos (art. 103.5 LPC) y de la anulación de los actos dictados en vía de gestión tributaria (art. 110 LBRL) (103), con mayor motivo debe residir en el mismo la potestad de anular las normas generales dictadas por el municipio.

En la Orden se regula el procedimiento (104) atendiendo al problema

---

(101) En este punto creemos que sería necesaria la vinculación del Ministerio emisor al dictamen del Consejo de Estado, con lo que la remisión de la competencia al Consejo de Ministros se evitaría.

(102) En la reunión de la Comisión deberán estar presentes tanto el Ministro que solicitó la declaración de nulidad como el que propuso la aprobación de la disposición impugnada (apartado 7.º de la Orden de 12 de diciembre de 1960).

(103) En el ámbito local falta una norma que determine la competencia para la revisión de actos y disposiciones afectados de nulidad de pleno derecho, por analogía con las normas citadas se entiende competente el pleno. Ver J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, II, cit., pág. 2222.

(104) La iniciativa para la revisión puede partir del propio Departamento ministerial que emitió la norma nula (y entonces la declaración de nulidad se adoptará por el sencillo procedimiento del apartado 9.º de la citada Orden de 12 de diciembre de 1960) o bien de un Ministerio distinto, en cuyo caso el Departamento que cuestiona la norma envía un escrito fundamentado al Departamento que emitió la norma de cuya legalidad se duda y a Presidencia del Gobierno o, si se trata de un Decreto del Consejo de Ministros o de una norma de las Comisiones Delegadas del Gobierno, a la Presidencia del Gobierno y a los Ministerios que propusieron la disposición. Los Departamentos implicados deberán emitir informes que elevarán a Presidencia del Gobierno, que remitirá el expediente al Consejo de Estado para que dictamine. Si el dictamen es contrario a la anulación el procedimiento

de la publicidad y de las medidas cautelares que consisten en la suspensión de la eficacia (105) del reglamento y que se deben publicar también en el diario oficial correspondiente. Sin embargo, en lo relativo a la garantía del dictamen del Consejo de Estado, creemos que la posibilidad de apartarse del sentido de dicho dictamen en los casos en los que la competencia corresponde al Gobierno —bien directamente (106), bien por no estar de acuerdo el Ministerio que dictó la disposición con el dictamen del Consejo de Estado favorable a la nulidad— o a sus Comisiones Delegadas (107) debería ser eliminada (108). Que el Gobierno pueda mantener un reglamento sin tener en cuenta la opinión del Consejo de Estado que afirma su nulidad y no pueda evitar declarar la nulidad de cualquiera de sus actos administrativos cuando el Consejo de Estado así lo dictamina (109) es poco consecuente. Por otra parte, dada la trascendencia de la declaración de nulidad de un reglamento, el procedimiento se debería rodear de las mayores garantías y el dictamen del Consejo de Estado, que en estos casos se debería emitir con preferencia para garantizar la sumariedad del procedimiento, aporta una fundamentación jurídica de calidad a cualquier resolución que no se aparte de su contenido y asegura al ciudadano que en el procedimiento han tenido más peso las valoraciones técnico-jurídicas que las de carácter puramente político.

Un aspecto preocupante de este procedimiento es la ausencia de una regulación satisfactoria de la parte inicial del mismo, de las formas de iniciación del procedimiento revisor.

La Orden parte de que sean los Departamentos ministeriales los que lleven la iniciativa (110), pero nada dice de cómo se plantea la impugna-

se da por concluido, y si es favorable se remite al Ministerio o instancia que aprobó la normativa. Tratándose de un Ministerio, éste puede negarse a la anulación, en cuyo caso se pasa el expediente al Consejo de Ministros para que resuelva. Tratándose de normas del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas serán estos órganos los encargados de resolver, sin que se precise su vinculación al dictamen del Consejo de Estado. En todo caso, la resolución se publicará en el «BOE».

(105) La suspensión del reglamento se produce en caso de conformidad del órgano que dictó la disposición, conforme a las reglas del apartado 3 de la Orden de 1960. Dos importantes reparos cabe hacer a este sistema: la Presidencia del Gobierno debería poder acordar la suspensión en caso de que de los informes del Departamento que tuvo la iniciativa se deduzca que existe una apariencia de buen derecho a favor de la impugnación y, además, se debería otorgar expresamente la posibilidad de suspender al Departamento ministerial que tramita la revisión de una orden propia.

(106) J. AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, *Veinticinco años de la revisión de oficio...*, cit., págs. 144 y 145; C. CHINCHILLA MARÍN, *op. cit.*, pág. 378.

(107) Al respecto, ver el apartado 7.º de la citada Orden de 12 de diciembre de 1960.

(108) Una crítica certera del carácter no vinculante de este dictamen y de las consecuencias que esto genera se puede encontrar tempranamente en la obra de M. PÉREZ OLEA, *Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 311 a 318, en concreto págs. 315 y ss.

(109) Las dudas sobre la vinculación de la decisión de la Administración al dictamen del Consejo de Estado en caso de revisión de oficio o acción de nulidad frente a actos nulos que en algún momento expresó la doctrina (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho...*, cit., especialmente pág. 406) deben entenderse hoy disipadas dada la contundente redacción del artículo 102 LPC tras la Ley 4/1999 («declararán»).

(110) Vid. los apartados 1.º y 9.º de la Orden de 12 de diciembre de 1960.

ción del reglamento dentro de la estructura de cada Ministerio. Es evidente que la competencia corresponderá a la cúspide del Departamento, pero la iniciativa para la declaración de nulidad puede partir de cualquier órgano de ese u otro Departamento que eleve una petición razonada. El problema es determinar el comportamiento que debe tener el órgano que detecta la supuesta ilegalidad mientras se tramita su petición, ya que el mismo está sometido al deber de resolver en plazo y entre los supuestos que permiten dejar en suspenso el procedimiento (art. 42.5 de la LPC) no se encuentra, curiosamente, la remonstración en caso de albergar dudas sobre la legalidad de una disposición de carácter general aplicable al procedimiento en curso. La solución viene dada de *lege lata* por la aplicación de las reglas sobre inaplicación de reglamentos ilegales que arriba estudiamos, pero debería procederse a incorporar una previsión que permitiese la suspensión en caso de dudas razonables sobre la legalidad de las disposiciones aplicables al procedimiento, modificando en tal sentido el artículo 42.5 de la LPC (111). Esto contribuiría a una más eficaz depuración de los preceptos ilegales, cuya ilegalidad no queda en muchos casos patente hasta que no se confronta con el caso concreto, y resolvería el tema de forma satisfactoria, sin violentar el principio de obediencia jerárquica ni el de seguridad jurídica (112).

### VIII. RECAPITULACIÓN

La argumentación de la sentencia de 22 de diciembre de 1999, que niega la posibilidad de reconocer a la Administración potestades de revisión de oficio y a los ciudadanos la de ejercitar la correlativa acción de nulidad basándose en una interpretación histórica y gramatical de la LPC, debe ser rechazada dadas las exigencias institucionales de la sanción de nulidad y los principios de rango constitucional que están implicados en la depuración de las normas dictadas por la Administración en contra de la Ley.

La inaplicación de los reglamentos ilegales por parte de los titulares de los órganos administrativos es un deber que sólo se excepciona cuando media una orden eficaz de un superior jerárquico que lo contradiga. En este contexto, el órgano que emitió la norma que considera ilegal está obligado, por exigencias de la seguridad jurídica y del principio de interdicción de la arbitrariedad, no sólo a inaplicarla, sino también a eliminarla del ordenamiento jurídico. A esta conclusión se ha llegado también en sistemas como el alemán, en el que se desconoce la existencia de una revisión de oficio para las disposiciones generales.

---

(111) Aunque los artículos 410.2 y 411 del CP parecen admitir la existencia de la posibilidad de suspender el procedimiento en caso de ilegalidad manifiesta de un mandato del superior (en nuestro caso imponiendo la aplicación de una norma ilegal); en el caso concreto, para replantear la cuestión a dicha instancia.

(112) En este punto coincidimos en el fondo, que no en las formas, con la propuesta de M. GERHARDT, *Vorbemerkung par. 47 VwGO*, cit., pág. 9, a la que arriba hicimos referencia.

Desde la perspectiva de la normativa vigente, tanto mientras se mantuvo el texto original de la LPC como tras la Ley 4/1999, la existencia de la Orden de 12 de diciembre de 1960, que regula el procedimiento de revisión de oficio de disposiciones generales desarrollando desde un punto de vista adjetivo la regulación material que declara nulos los reglamentos ilegales y que no ha sido derogada por la LPC, y el mantenimiento de un recurso indirecto contra los reglamentos a través de la llamada alzada *per saltum*, demuestran que no existe un monopolio jurisdiccional sobre la anulación de las disposiciones generales.

Por otra parte, afirmada la existencia de la revisión de oficio de los reglamentos, sería absurdo técnicamente negar la correlativa acción directa de nulidad en manos de los particulares. La depuración de la nulidad es un asunto de orden público que la Administración no sólo está facultada a considerar, sino obligada. Ningún órgano puede decidir si cumple o no la Ley o esperar para cumplirla a que un Tribunal se pronuncie. La obligación de sometimiento a la Ley y al Derecho no es un deber indirecto, sino una exigencia inmediata, actual, que está ligada a las potestades de autotutela con las que cuenta nuestra Administración.

A esta conclusión se llega también si se tiene en cuenta la referencia a la impugnación, por parte del particular, de las disposiciones administrativas que se contiene en el artículo 43.2 de la LPC, que hay que relacionar sistemáticamente con el artículo 62.2 de la misma Ley.

La depuración de los reglamentos ilegales en vía administrativa queda, por supuesto, sometida al control judicial y se realiza en nuestro sistema con la garantía del dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado (por analogía con lo dispuesto en el art. 102 LPC), evitando de forma rápida y eficaz el efecto de derogación fáctica de la Ley que los reglamentos nulos producen y el contagio de la ilegalidad a un número indeterminado de actos administrativos de aplicación.

Desde la perspectiva de los ciudadanos afectados, la declaración de nulidad en vía administrativa supone siempre una clarificación del ordenamiento en aras de la seguridad jurídica y la oportunidad, en caso de reglamentos de los que se deriva un perjuicio para sus destinatarios, de una vía de impugnación rápida y sin costes frente a la siempre onerosa y poco ágil vía jurisdiccional.

