

ESTUDIOS

LA REVISIÓN DE OFICIO, IMPERIO DE LA DISCRECIONALIDAD

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
Universidad de Sevilla

Cómo citar/Citation

López Menudo, F. (2022).

La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad.

Revista de Administración Pública, 217, 13-52.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.217.01>

Resumen

La revisión de oficio puede definirse como la técnica mediante la cual pueden removerse por la propia Administración sus actos viciados de nulidad absoluta cuando son firmes, siendo imprescriptible el ejercicio de esta acción que puede emprender ella misma, el titular beneficiado por el acto o un tercero perjudicado por él. La figura se desenvuelve entre dos principios contrapuestos: el de legalidad (que manda eliminar los actos viciados tan gravemente) y el de seguridad (que propugna el mantenimiento de los actos consolidados y de todos o algunos de sus efectos). Para resolver esa antinomia la ley contempla una serie de principios y límites que por su natural ambigüedad ofrecen grandes márgenes de interpretación con el peligro consiguiente de que se haga un uso desigual y al cabo arbitrario de tal potestad administrativa, lo cual debe ser atajado, entre otras razones porque el uso de este instituto es más frecuente de lo que suele afirmarse.

Palabras clave

Revisión; legalidad de los actos; nulidad de pleno derecho; seguridad jurídica; imprescriptibilidad de la acción; control de la discrecionalidad; equidad; buena fe; confianza legítima; *verwirkung*; efectos de la revisión; efectos *ex tunc*; conversión de actos.

Abstract

Ex officio review can be defined as the technique by which the Administration itself can remove its vitiated acts of absolute nullity when they are final, being imprescriptible the exercise of this action that can be undertaken by itself, the owner benefited by the act a third party harmed by it. The figure unfolds between two conflicting principles: that of legality (which mandates the elimination of acts so seriously vitiated) and that of security (which advocates the maintenance of consolidated acts and all or some of their effects). To resolve this antinomy, the Law contemplates a series of principles and limits that, due to their natural ambiguity, offer great margins of interpretation with the consequent danger of an unequal and arbitrary use of such administrative power, which must be tackled, among other reasons because the use of this institute is more frequent than is usually said.

Keywords

Review; legality of the acts; nullity by operation of law; legal certainty; imprescriptibility of the action; control of discretion; fairness; good faith; legitimate expectations; *verwirkung*; effects of the review; *ex tunc* effects; conversion of acts.

SUMARIO

I. PRELIMINAR. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA REVISIÓN DE OFICIO Y SUS LÍMITES: RÉGIMEN LEGAL. III. LA POTESTAD DE REVISIÓN DE OFICIO. RASGOS ESENCIALES. IV. REVISIÓN DE OFICIO. ENTRE LA LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. V. LA NECESARIA RECONDUCCIÓN DEL TEMA HACIA EL PLANO DE LA CASUÍSTICA. VI. REDUCCIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: UN IMPERATIVO INSOSLAYABLE. VII. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVISORA: 1. Consideración general. El imperio de la discrecionalidad. 2. Los supuestos que pueden determinar la inaplicación de la revisión de oficio según el art. 110 LPAC: 2.1. *Prescripción de acciones*. 2.2. *El tiempo*. *Volubilidad del factor «tiempo transcurrido»*. *Su dependencia de otras circunstancias*. 2.3. *Otras circunstancias*. 3. Los límites *proprio sensu* de la acción revisora: 3.1. *La equidad*. 3.2. *La buena fe*. 3.3. *La confianza legítima*. *Un límite no positivizado, aunque efectivo*. 3.4. *El límite de la mala fe*. VIII. LA REVISIÓN DE OFICIO Y SUS EFECTOS: 1. Primera hipótesis: nulidad declarada sin efecto práctico alguno (o con efectos desconocidos). 2. Segunda hipótesis: nulidad declarada con mantenimiento total o parcial de los efectos producidos por el acto nulo. 3. Tercera hipótesis: no anulación del acto intrínsecamente nulo y mantenimiento de sus efectos. 4. Cuarta hipótesis: revocación del acto nulo y eliminación de todos sus efectos.

I. PRELIMINAR. CONSIDERACIONES GENERALES

El título del presente estudio bien hubiera podido ser otro, quizás más incisivo, por ejemplo, «La revisión de oficio, una institución a revisar», pero lo hemos evitado y no por huir de esa paradoja, sino por el convencimiento de que una tal propuesta al legislador de hoy sería ridículamente utópica, ocupado como está en cuestiones muy lejanas a las preocupaciones que genera esta concreta técnica jurídica. Quede todo, pues, en una llamada de atención a los aplicadores jurídicos por ver de mejorar el uso de la figura, evitando en lo posible las desigualdades e injusticias que produce.

Mucho se ha escrito sobre la figura de la revisión de oficio de los actos administrativos, objeto de especial preocupación por los órganos que tienen que bregar a diario con tan compleja figura¹, así como por la doctrina especializada², pues cierto es que tiene más perfiles y recovecos de lo que en principio parece, aunque aquí serán tratados exclusivamente los aspectos que tienen que ver con los *límites* de la revisión, así como los *efectos* de esta; o sea, el núcleo donde anida el arbitrio que campea a sus anchas en este territorio.

Lo primero a resaltar es la abundancia de asuntos que se someten a revisión de oficio. Representan estos expedientes una carga que los sitúa en el segundo o tercer lugar en la escala de asuntos dictaminados por los órganos consultivos, solo precedidos por los que versan sobre proyectos de reglamentos y los de responsabilidad patrimonial, cuyo número es inmenso. Así, en términos globales, puede decirse que suponen el diez por ciento del volumen total de los asuntos, con lo cual hablamos de cifras elevadísimas. Los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado sobre revisiones de oficio en los últimos quince años (2006-2020) han sido 3.005; y las magnitudes de algunos de los Consejos Consultivos más anti-

¹ En las XII Jornadas de la Función Consultiva, celebradas en Pamplona, se expusieron las ponencias y comunicaciones relativas a los límites de la revisión de oficio (publicadas en el núm. 14 de la *Revista de la Función Consultiva*). II Jornadas de Letrados de Consejos Consultivos, Ignacio Granado. Ponencia sobre los límites de la revisión de oficio (Santiago de Compostela, 9 y 10 de junio de 2011). Más próxima en el tiempo es la aparición de la obra electrónica, elaborada en el seno de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, «La revisión de oficio en la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora» (presentada en la Memoria de 2019 de dicha comisión. Publicación en catalán y castellano).

² La cita de los autores que se han ocupado de la revisión de oficio sería realmente impracticable, ya que, por una parte, es tema de tratamiento obligado en todo manual o tratado de la disciplina de Derecho Administrativo, aparte de que muchos de los trabajos publicados se ocupan de la parte procedimental de esta figura, sin entrar verdaderamente en el intrínquilis de la cuestión, que, a nuestro juicio, es el de los límites y efectos de la revisión, aspectos que generalmente se suelen tratar de pasada o de forma descriptiva, sin ahondar en el análisis del manejo que se hace de ellos en la práctica. Ciertamente es un tema muy dificultoso tanto por la abrumadora abundancia de datos a valorar como por el relativismo propio de los conceptos en juego (seguridad jurídica, legalidad, equidad, buena fe, etc.). Sin dejar de reconocer el mérito de muchos de esos trabajos que abordan aspectos puntuales de la figura, queden resaltados en esta nota, por su valor referencial de ser «lo primero y lo último», el estudio pionero de Landelino Lavilla Alsina, «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, 34 (1961); las siempre sugerentes reflexiones de J. A. Santamaría Pastor (2018-2019), «Los límites en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio», *Revista española de la Función consultiva* núm. 30-31, págs. 179 a 194; y la monografía de Eva Menéndez Sebastián, *Los límites de la potestad de revisión*, Aranzadi (2019), una obra meritoria que revela el carácter enrevesado del tema y el esfuerzo a realizar para su manejo, así como la dificultad de fijar conclusiones seguras y conciliables entre sí.

guos (los de su creación en los años noventa hasta el 2020³) la suma de revisiones ha alcanzado en el Consejo Jurídico Valenciano la cifra de 1.584; en el Consejo Consultivo gallego 1.562; llegando en Andalucía a la llamativa cantidad de 3.074, en buena parte como resultado de los muy numerosos procedimientos de revisión tramitados para anular las ayudas o subvenciones irregularmente concedidas en los famosos «Expedientes de Regulación de Empleo» (ERE), de todos conocidos por su repercusión política y judicial⁴. Así, puede explicarse que de tan alto número de expedientes de revisión la mayor parte corresponden a subvenciones, seguidas de liquidaciones tributarias y de licencias de obras, que es más o menos el espectro de los asuntos más corrientes que son objeto de revisión en la generalidad de los órganos consultivos. Por cierto, esta avalancha de asuntos provenientes de Andalucía relativos a subvenciones ha permitido activar la intervención del Tribunal Supremo en los recursos de casación planteados por las partes, principalmente los promovidos por la propia Junta de Andalucía en solicitud de anulación de las subvenciones y la devolución del importe de las ayudas, como veremos *infra*. Por tanto, cuando se afirma con tanto énfasis que la revisión de oficio es una herramienta excepcional, ello no deja de sonar a fábula.

II. LA REVISIÓN DE OFICIO Y SUS LIMITES. RÉGIMEN LEGAL

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 estableció los rasgos básicos del instituto de la revisión de oficio que en cuanto a los actos administrativos pueden resumirse en los cuatro siguientes: a) actos viciados de nulidad absoluta; b) acción ejercitable en cualquier momento, *sine die*; c) impulso de oficio o a instancia de interesado; d) Necesidad de previo dictamen del Consejo de Estado.

La legislación posterior a 1958 ha ido añadiendo a esa fórmula inicial algunos matices y perfeccionamientos complementarios, de tal modo que actualmente puede decirse que el ámbito del precepto está bien delimitado y su regulación no plantea especiales problemas, aparte de los que se derivan de la interpretación de los conceptos que constituyen su sustancia. Pero dejando a un lado esas mutaciones y poniendo el foco solo en lo que ahora nos va a ocupar, ha de subrayarse que en lo tocante a los *límites* de la revisión de oficio, su fórmula inicial se ha mantenido en el tiempo, desde hace ya más de sesenta años, prácticamente igual

³ Nos referimos a la década de finales del pasado siglo en la que surgieron los órganos Consultivos «pioneros»: Canarias, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón, Galicia. En cuanto al año 2020, es el de las últimas Memorias presentadas cuando escribimos esto.

⁴ Véase por ejemplo, la Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía de 2019 resaltando el hecho de que las revisiones de oficio pasaron de 90 en 2011 a 283 en 2012 por causa de las subvenciones indebidamente concedidas. Incremento que ya se mantuvo en años sucesivos. En 2018 alcanzaron la cifra de 399, y ya en 2019 se aprecia un notable descenso, una vez pasada esa crisis, descenso que corroboran los 168 dictámenes emitidos en 2020.

en sus rasgos generales⁵, aunque, a decir verdad, sí ha habido algún retoque⁶, siendo el más sustancial el operado por la Ley 4/1999 de 13 de enero, al añadir el criterio de la *buena fe* entre los límites de la revisión de oficio, innovación ésta que ha demostrado su utilidad con creces, a juzgar por el abundante uso que se hace de este criterio en la práctica ordinaria, aunque bien es verdad que junto a tal utilidad también ha traído una importante carga de problemas propios, dado que el criterio de la fe —sea esta buena o mala— conlleva el manejo de valoraciones de tipo subjetivo, con todo el relativismo y la complicación que esto añade a una regulación ya de por sí relativista y especialmente compleja.

En suma, la regulación actual de los *límites* se encuentra en el art. 110 de la LPAC 39/2015, que dice:

Artículo 110. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.⁷

Un precepto con «buena fama», impregnado de principialismo, armonioso en sus formas, «gustoso» de pronunciar y muy representativo de la «parte bella» del derecho objetivo, pero a la vez un tema inmenso y temible, una especie de hidra capaz de atrapar y engullir a quien se le acerque. Dicho de otra forma, se trata de una institución que se ha ido creando a base de verdades mezcladas con tópicos y muletillas al servicio de fines muy dispares, presta como ninguna a servir al uso alternativo del derecho.

Puede afirmarse que existe entre los juristas un sentir generalizado sobre la perfección de dicha regla, al menos en lo tocante a su porte gramatical y evocador de los principios. Desde luego, no se encuentra J. A. Santamaría Pastor entre

⁵ Sí ha ido cambiando la numeración del precepto; así, sucesivamente, 112, 106 y 110.

⁶ Aparte de algunos escasos retoques gramaticales es de mencionar, además de la modificación referida en el texto, la introducida, igualmente por la Ley 4/1999, suprimiendo la palabra «revocación» de la redacción primitiva («Las facultades de anulación y *revocación*...», art. 112 LPA 1958), con toda razón, ya que, en verdad, la LPA no regulaba la revocación, como tampoco lo ha hecho la vigente LPAC de 2015, pese a que su art. 109 («Revocación de actos y rectificación de errores») haya hecho uso del término. Sobre los motivos de la no regulación de la revocación propiamente dicha en la LPA puede verse F. López Menudo (2016), «Significación de los conceptos de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma», en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, direc. del autor citado, Universidad de Sevilla, pág. 18, nota 3.

⁷ Por lo que respecta al régimen local, la LRBRL, respetando la naturaleza de la figura como derecho común, establece en su art. 53: Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

los admiradores del precepto⁸. Queremos decir que esa apariencia de perfección puede haber disuadido al legislador de intentar alguna vez una regulación distinta, por el riesgo de desfigurar algo que la *communis opinio* tiene por bueno, cosa esta de la que no cabe dudar a la vista de la infinidad de pronunciamientos judiciales y doctrinales que se recrean reiterando el tenor de la propia ley con fruición más que evidente. Basta asomarse a esa literatura para percatarse de que el precepto se encuentra apesado en la propia «redondez» de su fórmula, incapacitado para evolucionar y así poder reducir su actual ambigüedad, con escasas o nulas posibilidades de recortar los amplísimos márgenes de discrecionalidad que «regala» al aplicador jurídico.

En fin, son sorprendentemente pocas las críticas vertidas sobre este mecanismo de la revisión de oficio y sus difusos límites. Esto es llamativo sobre todo si se compara con el enorme movimiento crítico contra la vía administrativa de recurso⁹, siendo verdaderamente raro que junto a esa beligerante postura contra los recursos administrativos conviva la poderosa prerrogativa de la revisión de oficio un tanto a salvo de ataques equivalentes.

III. LA POTESTAD DE REVISIÓN DE OFICIO. RASGOS ESENCIALES

Es absolutamente frecuente que las definiciones que pueden verse en la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos¹⁰ subrayen como rasgo principalísimo el *carácter excepcional* de esta vía, fundándose en el hecho de que se va contra la doctrina de los propios actos, y que, siendo esta un principio general, cualquier procedimiento que la inhabilite debe considerarse rigurosamente

⁸ Con su característica agudeza señala que como precepto normativo dirigido a la fijación de límites es un completo despropósito; «las normas que deben cumplir tal función han de ser concretas, precisas y rigurosas y el vigente artículo 110 es la antítesis de esos requerimientos» (2018, pág. 181).

⁹ Nada más expresivo de ello el hecho de que el tema fuera objeto del XI Congreso de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Zaragoza, 2016, cuyas Actas llevan por título precisamente *Las vías administrativas de recurso a debate*, coord. F. López Ramón (Edit. INAP, 2016), obra muy completa sobre los recursos en la que no figura ningún estudio ni reflexión alguna sobre la revisión de oficio. Como sabemos, la *revisión de oficio* y los *recursos administrativos* son los dos capítulos que integran el título V de la Ley 39/2015, llamado *De la revisión de los actos en vía administrativa*.

¹⁰ Es ejemplar la formulada por Granado Hijelmo (2016), autor de un concienzudo estudio sobre la revisión de oficio, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, pág. 278: «una potestad de la Administración por la que ésta, con arreglo al procedimiento establecido, puede dejar sin efecto sus propios actos cuando incurran en alguno de los vicios de nulidad de pleno derecho determinados por la ley, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, cuyo contenido es habilitante de la potestad revisora».

excepcional¹¹. Pero, en puridad, más parece que la excepcionalidad de la figura se relaciona mejor con el hecho de que se trata de la remoción de *actos firmes*¹².

La excepcionalidad que se predica del mecanismo de la revisión de oficio por incidir sobre actos que hayan adquirido firmeza se refuerza además porque han de tratarse de actos nulos de pleno derecho de los taxativamente calificados así por la ley e interpretada la nulidad no de una manera laxa, sino restrictiva. Esta necesaria concurrencia de *firmeza* y *nulidad* es proclamada sin fisuras por la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos¹³. La importancia de esta característica es de tal magnitud que actualmente algún sector doctrinal considera que la clásica distinción entre nulidad y anulabilidad de los actos solo tiene sentido en este instituto de la revisión de oficio. Para hacer aún más patente que la revisión de oficio solo puede operar sobre actos radicalmente nulos, es clásica la explicación de que ha de tratarse de actos «que hagan precisa su retirada del mundo jurídico»¹⁴. No hay la menor duda sobre este punto.

Este postulado de la restrictividad en cuanto a la extensión del concepto de *nulidad* es algo así como un sonsonete que a fuerza de repetición ha acabado «contaminando» el instituto entero de la revisión de oficio como mecanismo de remoción de actos. Así, se suele decir que hay que hacer del procedimiento revisorio un uso restringido, siendo constantes las llamadas a la prudencia, como la que expresa este ya clásico pasaje: «La revisión de oficio es una medida tan drástica e implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento»¹⁵.

Pese a la aparente correlación entre ambos postulados (la rigurosidad del concepto de acto nulo y el uso restringido que se predica de la revisión de oficio), se trata en verdad de dos cuestiones bien diferentes. En efecto, es correcto decir que para poder revisar los actos, sus vicios han de ser clarísimamente nulos; pero a nuestro juicio, es incorrecto montar, sobre este principio restrictivo, otro adicional principio de restrictividad ya referido a todo el funcionamiento de la institución. Sin embargo, hasta el mismo Tribunal Supremo llega a afirmar que hay una *doble restrictividad*: una para interpretar lo que debe calificarse como nulo y otra para reducir el uso del mecanismo de la revisión. La verdad es que no se encuentra apoyo legal alguno capaz de sustentar esa afirmación.

¹¹ Así lo estimó el Dictamen del Consejo de Estado 2791 de 12-9-1996 y la Memoria de 2017 lo recuerda y suscribe. Asimismo, dictamen 284/1999 de 8-7-1999. Desde tales premisas, la Memoria citada en la nota anterior concluye afirmando que «la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto».

¹² Así, Memoria del Consejo Consultivo de Canarias (2017-2018); SSTs 30-3-1982, 17-10-2000, 12-3-2002.

¹³ En verdad, la interpretación restrictiva de las causas de nulidad es un principio general válido a todos los efectos y no solo para la figura de la revisión de oficio.

¹⁴ STS 5-5-2005. Dictamen CC Canarias 26/2016.

¹⁵ Así, el importante Dictamen del Consejo de Estado 246/2007 de 15-3-2007.

Por consiguiente, lo que nos parece correcto es que una vez haya sido detectada causa de nulidad absoluta en un acto desde una apreciación objetivamente rigurosa, es decir, restrictiva, se impone como consecuencia inexorable la declaración de que es nulo¹⁶, sin que esta reacción inmediata pueda ser sustituida o desplazada por el aplicador jurídico desde el prejuicio de que debe moderarse el uso de tal mecanismo revisorio.

IV. REVISIÓN DE OFICIO. ENTRE LA LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Desde la propia definición de esta garantía procedimental asoma la tensión que le subyace, esto es, los dos principios opuestos que la gobiernan: el principio de legalidad —que inercialmente propende hacia la revisión del acto— y el de seguridad jurídica —que propugna la estabilidad de las relaciones y situaciones jurídicas—. No es osado afirmar que en el funcionamiento de esta institución ha primado siempre la perspectiva garantista y no la defensa del principio de legalidad. Sería interminable la cita de las declaraciones que ensalzan el valor de la seguridad jurídica como principio rector de la figura¹⁷. Los discursos al respecto se muestran a veces como embriagados por el encanto propio que destila el valor seguridad, diluyéndose el dato de que no estamos ante un caso de invalidez cualquiera, sino ante vicios gravísimos. El hecho mismo de que el dictamen que ha de emitir el órgano consultivo correspondiente sea semivinculante, o sea, que obliga solo cuando está en juego la anulación del acto y deja las manos libres a la Administración para que esta lo salve, si quiere, habla bien a las claras de la filosofía que subyace en el tratamiento de esta situación patológica que el derecho ofrece y que debe ser corregida.

¹⁶ En este sentido no ha perdido vigor lo afirmado en su día por Tomás Ramón Fernández Rodríguez (1970): «Cualquiera puede instar la nulidad y, aun sin instarla, el juez puede y debe apreciarla *ex officio* por su propia iniciativa y ello en cualquier momento...», *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: IEAL, pág. 111. Tal afirmación ha sido secundada por una jurisprudencia abundantísima remarcando que: «No supone una facultad de la Administración, sino un deber, una obligación de la Administración a desarrollar los actos de instrucción adecuados para la revisión solicitada»; así, STS de 18 diciembre 2007 (RJ 2008/1874).

¹⁷ Memoria del CC Canarias 2016-2017, que cita al respecto las SSTS, de 17-6-1987, RJ 1987\6497; 13-10-1988, RJ 1988\7977; 22-3-1991, RJ 1991\2250; 5-12-1995, RJ 1995\9936; 6-3-1997, RJ 1997\2291; 26-3-1998, RJ 1998\3316; 23-2-2000, RJ 2000\2995; y 5-12-2012, RJ 2013\636). Memoria de 2018 del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Es la conclusión que sienta, por ejemplo, M. Grau Bonàs (2010), *Rev. Administración Consultiva*, 14, pág. 227. Asimismo, L. Rivera y García de Leániz (2010), *Rev. Administración Consultiva*, 14, pág. 402; igualmente subraya esta apreciación B. Rodríguez Villar, *Rev. Administración Consultiva*, 14, pág. 204.

Sin duda alguna, hay que reconocer que en la práctica se aprecia claramente el triunfo de la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad; o sea, que aquí la regla *potente* es la no revisión. En suma, se sigue un criterio restrictivo tanto en la aplicación de los supuestos de nulidad de pleno derecho nominados en la ley como para el inicio del procedimiento revisorio, señalándose que se trata de un cauce impugnatorio para el que se recomienda la máxima prudencia, habida cuenta de que la no sujeción a plazo para utilizar dicho cauce, a diferencia de lo previsto para el régimen general de revisión de actos administrativos a través de los recursos, entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica¹⁸. Así, se llega a afirmar que la revisión siempre fue un remedio doblemente excepcional, tanto por su régimen tasado como por su interpretación restrictiva¹⁹, afirmación que pone el dedo en la llaga del *quid* de la cuestión, pues se alinea con la idea, proclamada en las resoluciones judiciales y dictámenes de órganos consultivos, de que los límites a la revisión de oficio se encaminan a proteger la seguridad jurídica, «siendo esta institución uno de los fines más preciados y protegidos por nuestro ordenamiento jurídico»²⁰.

Vemos, pues, cómo el valor de la seguridad jurídica acaba emergiendo y destacándose por encima de la propia regulación legal del instituto de la revisión de oficio, como si fuera un valor absoluto e indiscutible, carente de contrapartidas. Sirva como colofón de lo que antecede la conclusión que el Alto Tribunal sienta al respecto: «El Tribunal Supremo no ha dudado en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad»²¹. Y en línea con esta postura, donde el respeto a la legalidad parece quedar en un segundo plano, se puede citar el Dictamen del Consejo Jurídico Asesor del País Vasco²², al decir que:

¹⁸ Memoria de 2014 CC Castilla y León.

¹⁹ Se afirma en la Memoria del CC Canarias 2004-2005.

²⁰ STS 15-10-2012. Dictámenes 513, 528, 529 y 542/2014. En el mismo sentido, la STS de 9-12-2014, dirá que: «Los jueces y Tribunales han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de evitar que no se pongan en tela de juicio situaciones consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas “ad eternum”»; y las SSTs de 23-10-2000 y 29-11-2005 añaden que: «El Tribunal Supremo en numerosas sentencias, señala que la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia». Sobre la conexión entre el estado de firmeza de los actos y el principio de seguridad, véase F. J. Villar Rojas (2021), «El régimen jurídico del acto firme dictado en aplicación de un reglamento posteriormente anulado», *RAP* 215, págs. 46 y ss.

²¹ Entre otras, en las sentencias de 11-5-1981, 7-6-1982 y 7-5-1992. Cit. por Memoria CC Canarias 2012-2013.

²² Dictamen 151/2013. Véase asimismo, su Memoria de 2019, pág. 209. En el mismo sentido, M. Grau Bonàs (2010, pág. 216).

Se ha de evitar el ejercicio de una potestad excepcional, como la de la revisión de oficio, simplemente para que la legalidad brille sin efecto práctico alguno.

Seguramente, con tal pasaje lo que se ha querido condenar es el legalismo estéril llevado a extremo; pero lo que en él se dice literalmente no puede suscribirse si partimos del principio de que el brillo de la legalidad es un efecto a perseguir, porque ello es un bien en sí mismo²³, salvo que la recta aplicación de la ley vaya contra toda razón, lo que no debe ser frecuente. Ha de subrayarse que lo que exige la ley para efectuar la revisión es que el acto sea nulo, no que atente al interés público o que su anulación sea útil o no, pues si así fuera estaríamos no en el ámbito de la legalidad, sino en el de la oportunidad, desde el cual podría decretarse si conviene o no erradicar del mundo jurídico un acto por aberrante que fuere.

Pues bien, ante este triunfo arrollador del valor seguridad, el observador neutral, perplejo, se puede hacer la pregunta de cómo es posible que este impresionante monumento a la seguridad se haya erigido sobre una base tan endeble como es la de los actos nulos de pleno derecho, que por definición no deben producir efecto alguno. Sin duda, esta apuesta por el valor seguridad es lógica si se juega con la hipótesis «de libro» o tradicional, esto es, el estereotipo de la figura del buen administrado, que encontrándose en el goce pacífico de su situación jurídica, sufre el ataque tardío de la Administración o de un tercero tratando de arrebatarle lo que tenía ganado en virtud del acto firme. Pero si invertimos ese «cliché», es obvio que la cosa varía considerablemente; así, piénsese no en el probo administrado, sino en el que obtuvo sin legitimidad alguna un título universitario, nobiliario o profesional; o un empleo público prácticamente «a dedo»; o una subvención a sabiendas de que no reunía los requisitos para ello. En estos supuestos, ¿cabe invocar la seguridad para echar tierra encima al desaguisado, o ha de optarse por depurar la legalidad?

Pese a la clarísima apuesta por la primacía de la seguridad jurídica, como venimos de relatar, algunos pronunciamientos, muy escasos, abogan por el equilibrio entre la seguridad y el principio de legalidad. Así lo hace ejemplarmente la STS de 17 de enero de 2006 cuando afirma que:

El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrar un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos.²⁴

²³ Como bien dice el CC Andalucía en su Dictamen 80/2013 —posiblemente sensibilizado por tanta revisión de oficio motivada por las subvenciones irregulares de los ERE que dieron pie a tanto escándalo— la Administración se vuelve ahora contra su propio acto «y es aconsejable que lo haga en un ejercicio de transparencia que puede servir de advertencia para el futuro».

²⁴ Doctrina seguida por otras sentencias posteriores, como las de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012. En la misma línea merece ser citado el Dictamen 150/2009 de la Comisión Jurídica Asesora de Euzkadi cuando señala que «no es fácil llegar a determinar cuándo debe

Por último, dentro de la tensión señalada no faltan pronunciamientos que ponen el énfasis en la tutela de la legalidad, vía correcta a nuestro juicio, que por ello no puede ser desdeñada por más que aparezca como un camino «heterodoxo» a la luz de lo que venimos de relatar. Así, refiriéndose al juego de los límites del art. 110 frente a la revisión, con todo acierto se declara que esos límites «deben interpretarse restrictivamente [es decir, no ensanchando gratuitamente lo favorable contemplado en tal precepto] a fin de impedir que se conviertan en un «portillo de escape a las consecuencias de la nulidad»²⁵, señalándose que mediante este cauce procedimental se persigue «ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia»²⁶. Y en su última Memoria (2019), el propio Consejo de Estado afirma sin ambages que el de revisión de oficio «se trata de un procedimiento que sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical».

En esa reacción, en la que ahora se apuesta por la defensa de la legalidad, ha tenido mucho que ver el caso de los ERE de Andalucía, episodio desgraciado cuya resonancia y conocimiento general nos libera de hacer un relato de hechos. Baste decir que han sido centenares los procedimientos de revisión tramitados por la Junta de Andalucía para anular las subvenciones que fueron concedidas sin procedimiento alguno y con cargo al llamado «fondo de reptiles»; ello con el fin de exigir la devolución de lo pagado, a pesar del tiempo transcurrido, superior al plazo de prescripción contemplado en las leyes de Hacienda, y pese al parecer contrario del TSJ de Andalucía. Pues bien, ni a la propia Administración otorgante de tan irregulares ayudas, ni al Consejo Consultivo de Andalucía ni al Tribunal Supremo se ha temblado el pulso a la hora de «ir a por todas», dando prevalencia al principio de legalidad por encima de cualquier otra argumentación. Por tanto, parece que soplan otros aires sobre el tema.

Estos nuevos aires animan a proclamar que es muy necesario reducir la discrecionalidad administrativa en el manejo de este instrumento; que el fin de la institución no es el de proteger situaciones anómalas consolidadas, sino la erradicación de actuaciones viciadas y la defensa objetiva del interés general. En suma, que es un instituto creado para que se respeten las leyes, no para infringirlas todavía más. Por consiguiente, la premisa mayor de la que debe partirse es la del respeto al principio de legalidad; y desde este prisma debe ser interpretada toda la temática

prevaler el principio de legalidad (al existir infracciones groseras) y cuándo el principio de seguridad jurídica (corrigiendo los excesos a que conduciría una interpretación dogmática de la teoría de las nulidades) pero es evidente que deben ponerse en la balanza ambos principios y llegarse al justo equilibrio».

²⁵ STS de 23-1-2009 y Dictamen del Consejo de Estado 245/2010, de 12-5-2010.

²⁶ SSTs de 19-12-2001, 27-12-2006 y 18-12-2007.

relativa a los *límites* de la revisión de oficio; asimismo, tiene que ser el norte que debe guiar la cuestión de los *efectos* de la anulación de los actos revisados.

Quien esto escribe es consciente de que esta óptica puede parecer un tanto iconoclasta, o que va a contrapelo de lo que se viene afirmando desde antiguo, pero no sería justo rechazarla desde la idea de que se trate de una actitud dogmática que persiga utilizar la revisión de oficio como arma arrojada para sembrar el terror, para romper la paz social. No se trata de esto; no propugnamos aquí posiciones apriorísticas a ultranza, ora sea la seguridad jurídica, ora la legalidad, pues nunca deberá ignorarse, a la hora de resolver un tema concreto, la fuerza de lo casuístico y la necesidad de ponderar todos los valores en juego, desde la legalidad estricta hasta la solución *pietatis causa* si esta es necesaria y justa y la demanda la equidad. Pero tampoco cabrá olvidar nunca que una sociedad como la nuestra —no cabe pararse aquí a describir sus características— debe ser concienciada de que hay que cumplir la ley y que la fabricación de actos nulos puede y debe traer malas consecuencias; y este es el cartel que hay que colgar, y no otro, en el frontispicio del art. 110 LPAC como principio inspirador de todo el precepto.

Por último, conviene tener siempre presente que no estamos hablando aquí de relaciones o de situaciones jurídicas defectuosas, irregulares o incluso meramente ilegales, sino de actos aquejados de los vicios más graves, lo que obliga a no trasplantar a este terreno, tan alegremente como suele hacerse, todo el argumentario al uso en defensa de la conservación de los actos como la prescripción, la buena fe, la *werwirkung* o doctrina del *retraso desleal*, que es útil y da buen juego en el campo de las relaciones jurídico privadas y en las demás ordinarias, pero no en este.

V. LA NECESARIA RECONDUCCIÓN DEL TEMA HACIA EL PLANO DE LA CASUÍSTICA

Conforme a lo expuesto, no es la defensa de la legalidad o de la seguridad la actitud apriorística a adoptar, sino que es la propia casuística el *prius* a considerar. Con todo acierto, la Sentencia TS de 13-2-2012²⁷ declara que: la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación de los límites a la revisión dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego; la existencia o no de estas circunstancias ha de ser examinada caso por caso». Y en este mismo sentido es muy expresivo lo que se dice en las Memorias de 2018 y 2019 del Consejo Consultivo de Andalucía, donde se desglosan —y «sin ánimo de exhaustividad»— los argumentos que cabe esgrimir a la hora de aplicar o no los límites del art. 110.

²⁷ Es de obligada cita la STS de 17-1-2006 (rec. cas. 776/2001).

De entrada, parte de la premisa mayor de que «exige una ponderación de los principios en juego que ha de ser realizada caso por caso y a la vista del conjunto de las circunstancias concurrentes sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas», y así, señala las siguientes circunstancias a ponderar:

- el tiempo transcurrido desde que se dictaron los actos controvertidos;
- la reacción de la Administración dentro de lo que se conoce como «plazo razonable»;
- la entidad de los vicios procedimentales detectados y su imputación, exclusiva o no, a la Administración;
- la actuación de los beneficiarios anterior y posterior a la concesión de la subvención y, en particular, el cumplimiento de los compromisos y obligaciones que han de estar en la base causal de toda subvención;
- las previsiones de justificación del empleo de los fondos recibidos en la finalidad prevista;
- el agotamiento o la pervivencia pro futuro de los efectos del acto;
- la debilidad o fortaleza de los elementos que en cada caso se aduzcan para justificar una determinada apariencia de legalidad de los actos incurso en nulidad;
- los efectos que puede acarrear la remoción de una actuación administrativa al cabo del tiempo, teniendo como punto de partida la excepcionalidad de la potestad de revisión de oficio,
- ... y dando entrada a la posible afectación de terceros de buena fe, al principio de proporcionalidad, y a todos cuantos otros factores puedan ayudar a encontrar el punto de equilibrio que el legislador ha pretendido plasmar en el art. 110 de la Ley 39/2015 entre los principios de seguridad jurídica y el de legalidad.

Nada hay que objetar a este lúcido inventario. Solo cabe apostillar señalando que tales criterios, para ser válidos, habrán de ser tenidos en cuenta en su conjunto y no considerarlos como mera lista de argumentos posibles a escoger aisladamente por el intérprete, pues claro es que en tal caso cualquiera sabría buscarle a cualquier supuesto la solución más o menos decorosa que quisiese.

Pese a que apostamos por este método casuístico, libre, por tanto, de prejuicios dogmáticos y atento a la justicia de cada caso, no cabe desechar el valor absoluto de una «regla de oro»: la idea que brinda la STS de 13-2-2012 referida a los *límites* de la revisión de oficio: impedir que la revisión se convierta en un instrumento más lesivo que la afrenta a la legalidad que trata de restañar. Es un buen punto de partida, aunque claro es que deja en el aire qué se entienda como más lesivo en un caso dado. Posiblemente la determinación de esto reconduzca de nuevo a la tensión legalidad-seguridad, pero en cualquier caso hay que considerarla útil por cuanto es más objetivable que cualquier otra.

VI. REDUCCIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: UN IMPERATIVO INSOSLAYABLE

Puede afirmarse, a la vista del enorme panorama que ofrece la casuística, que la reducción de la discrecionalidad en el mecanismo revisorio es un imperativo. Por ello es necesario subrayar que la teleología de la institución, no es la de proteger situaciones anómalas consolidadas, sino la erradicación de actuaciones viciadas y la defensa objetiva del interés general. Creemos que el correcto ejercicio de la potestad de revisión exige, de entrada, respetar las reglas siguientes:

- a) La revisión de oficio no es una facultad sino un poder-función. La Administración, ante un caso de nulidad, no es libre para decidir si la declara o no. Debe hacerlo, *velis nolis*²⁸.
- b) El fundamento que justifica el uso de esta potestad es la depuración del sistema, no la regularización de situaciones irregulares mediante la puesta en juego de los límites a la revisión, como la realidad viene demostrando²⁹. El fin querido por la ley no puede ser el mantenimiento de situaciones jurídicas irregulares, sino la depuración de los vicios graves y groseros.
- c) La potestad de revisar actos nulos no debe funcionar en términos discrecionales, sino reglados. Los límites establecidos en el 110, pese a su abierta factura, no son de aplicación discrecional.
- d) Las nulidades que hagan posible la revisión de oficio han de ser interpretadas estrictamente, como es lo propio de la categoría de la nulidad. Pero una vez detectada y depurada como tal nulidad su eliminación debe de ser un objetivo ineludible.
- e) Por ello, los límites del art. 110 han de ser interpretados con todo rigor. No admiten una interpretación amplia o laxa que enerve la fuerza que es propia de la revisión de oficio, haciendo de ella una institución sin mordiente.
- f) La nulidad es perseguible de oficio, aunque el procedimiento se inicie mediante denuncia de tercero.
- g) Las comunidades autónomas están legitimadas para requerir a los entes locales el ejercicio de la potestad de revisión de oficio³⁰.

²⁸ Así lo expresa rotundamente el Consejo de Estado en su Memoria de 2017: «No existe una potestad discrecional para la revocación de los actos por motivos de ilegalidad, muy al contrario, la potestad revocatoria puede llegar a configurarse como de obligatorio ejercicio, siempre que el acto esté incurso en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho...». Así lo expresó ya en su Dictamen 1749/1994, de 23-2-1995.

²⁹ CE. Memoria de 2017.

³⁰ Analizan este extremo las Memorias del CC Andalucía 2017 y 2019. En síntesis lo justifica muy atinadamente al decir que tal requerimiento «no es, en puridad, fruto del ejercicio de un derecho sino de un poder deber ligado a las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de...».

- h) Ha de aplicarse el principio *pro actione* para viabilizar las solicitudes de revisión, conforme a la doctrina del TS según la cual «solo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite»³¹.
- i) En cuanto al procedimiento, precisamente la caracterización dogmática de los vicios de nulidad radical «reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración»³².
- j) Existe el deber de motivar los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, conforme a la previsión contenida en la LPAC³³. La Administración tiene el deber de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Ciertamente, los postulados que anteceden sugieren una actitud inquisitiva ante la cuestión, dicho en lenguaje procesal. Creemos que es el punto de partida correcto, sin llegar a la ceguera de ignorar que pueden darse situaciones que reclamen un tratamiento benigno, limitativo de la revisión. Pero esto no puede operar como regla general; por tanto, la excepción solo estaría justificada cuando verdaderamente la remoción del acto produjese un efecto evidentemente injusto y contrario a razón, y que los daños que resultaren de la anulación del acto no puedan ser indemnizados o restaurados por algún medio.

Frente a la unidad de sentido que ofrecen en conjunto los postulados anteriormente enunciados existen en el régimen de la revisión de oficio algunos aspectos discordantes, inconsecuentes con la *ratio* de la institución: a) La inexistencia de una acción pública para poder denunciar las nulidades cuando no se tiene un interés directo o legítimo en el asunto, lo que evidentemente revela un *déficit* del interés por la legalidad³⁴; b) El carácter *semivinculante* de los dictámenes que resulta de la regla, establecida de antiguo en las leyes del Consejo de Estado y en las de sus réplicas autonómicas, de que aquellos han de ser favorables para que pueda operarse la revisión. De lo cual resulta, según la opinión general, que el dictamen del órgano consultivo tiene carácter obstativo, ya que si es desfavorable la Administración no puede revisar el acto (siendo el dictamen en tal caso *vinculante*), pero no será vinculante si es favorable a la revisión (en estos casos sería solo *habilitante*). En suma, una fórmula frontalmente

³¹ Sentencia de 19-12-2001, que añade que «la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad, aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto».

³² STS de 19-12-2001.

³³ Art. 35.1.b) «Serán motivados... Los *actos* que resuelvan procedimientos de revisión de oficio...»

³⁴ Así, por ejemplo, STS 3380/2015, de 13 de julio.

reñida con el carácter inquisitivo de la figura, que debería ser modificada por el legislador.

VII. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVISORA

1. CONSIDERACIÓN GENERAL. EL IMPERIO DE LA DISCRECIONALIDAD

En efecto, cabe decir que estamos en el imperio de la discrecionalidad; el sistema tiene muchas puertas de escape y un acervo argumental ya prefabricado que permite dar salida, más o menos airosa, a cualquier supuesto. Un ejemplo paradigmático, real, demostrará lo que decimos, ahorrando palabras:

El denunciante fue excluido de unas pruebas para el cuerpo de policía pese a encontrarse en la relación de aprobados. No demoró en exceso su reclamación contra la adjudicación de cuatro plazas en prácticas de policía que fueron otorgadas a cuatro mujeres, con quebranto del principio de igualdad; no obró de mala fe; era nítido el perjuicio que se le irrogaba al impedírsele la promoción interna; y tampoco se apreciaba que pudiera aplicarse el criterio de la equidad en favor de las beneficiarias porque, según el propio dictamen, «difícilmente cabe oponerse a la revisabilidad de un acto que se caracteriza precisamente por ser inicuo»; era presumible que las interesadas sabían que los actos de nombramiento eran nulos; el daño que la anulación produciría en las interesadas sería muy limitado, ya que seguirían siendo funcionarias policiales y podrían presentarse a posteriores convocatorias de acceso a la categoría de suboficial; el daño al interés público también se estimaba limitado.

Pues bien, pese a la solidez de las circunstancias que, según lo expuesto, conducirían a la anulación de la actuación administrativa, el dictamen no se detiene ahí, sino que sigue exprimiendo argumentos, pero ahora en apoyo del mantenimiento de los actos nulos, arguyendo lo siguiente: la legitimidad de los objetivos perseguidos (corregir la infrarrepresentación de la mujer en la Ertzaintza); que el vicio se ha dado solo en 4 plazas de las 25; que no ha habido conculcación radical de los principios de mérito y capacidad; la protección de la buena fe en las beneficiadas por los actos nulos; necesidad de proteger el interés público por los trastornos de tipo organizativo que la anulación supondría.

Basta con lo expuesto para demostrar cómo la adopción de una solución u otra queda en gran medida al albur de factores meramente azarosos, por llamarlos de alguna manera. Por ello, casi es innecesario relatar cuál fue la resolución del caso, lo que hacemos solo a título de mera cortesía con el lector³⁵.

³⁵ La Comisión dictaminó en favor de la revisión, declarando nulos dichos nombramientos, pero desde la premisa de que tal solución quedaba en la nada, ya que al propio tiempo la Comisión declaró la inadmisibilidad de la acción del interesado por haber sido interpuesta contra un acto sobre el que había recaído sentencia firme, sien-

2. LOS SUPUESTOS QUE PUEDEN DETERMINAR LA INAPLICACIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO, SEGÚN EL ART. 110 LPAC

Hay que distinguir, dentro del art. 110 LPAC entre los *presupuestos* o casos en los que podría no operar el ejercicio de la potestad revisora y los *límites* a la revisión de actos, distinción esta que está muy lejos de ser manejada con claridad en la jurisprudencia y la doctrina. Pues bien, seguidamente nos referimos a esos presupuestos que el legislador ha tipificado como circunstancias que por su especial cualidad indicativa de posibles situaciones consolidadas facilitarían la aplicación de los límites de la revisión antes referidos, es decir, vendrían a ser revisiones «blindadas» en buena medida —no absolutamente— ante una supuesta acción revisora.

2.1. Prescripción de acciones

Se trata del primer supuesto que la ley ejemplifica como posible impedimento a la revisión de oficio. Como ha quedado dicho no se trata de la exclusión *ab initio* de la posibilidad de revisar, sino el señalamiento de situaciones jurídicas que por lucir cierta consolidación podrían por ello ser merecedoras de una aplicación benigna de los límites del art. 110, lo que en definitiva remite al régimen jurídico particular de cada caso, ya que de la LPAC no puede deducirse una regla unívoca o universal que determinara qué ha de prevalecer en caso de colisión, si el plazo de prescripción establecido para accionar contra determinado acto o el carácter de la revisión de oficio como acción imprescriptible. Por tanto, es digno de subrayar el dato de que ni siquiera el supuesto de la «prescripción de acciones» del citado artículo, a primera vista el de carácter más «reglado» de todo el precepto, tiene realmente esta condición ya que solo juega como *presupuesto* de un posible no ejercicio de la potestad revisora, pero que seguirá brindando al intérprete el amplio margen de apreciación que es propio de todo el precepto.

En este contexto hay que valorar el importante dictamen del Consejo Jurídico valenciano de 28 de junio de 2017³⁶. Los interesados alegaron la prescripción del derecho de la Hacienda Pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, a ejercer dentro del plazo de cuatro años a contar desde el día en que el

do de aplicación, según dicho órgano, la excepción de cosa juzgada. Lo que determinó el sentido de la resolución fue, por tanto, una circunstancia procesal que afectaba al interesado, no los propios hechos acaecidos. El caso permite comprobar cómo el dictamen elabora una serie de argumentos jurídicos capaces de vestir «decorosamente» el mantenimiento de la actuación impugnada; y cómo casi siempre hay «mimbres» para poder componer una solución en uno u otro sentido, que es en definitiva lo que aquí se trata de demostrar, al margen del caso concreto relatado.

³⁶ Dictamen 485/2017 que entra en el análisis de las sentencias del TS de 21-12-2016, 57/2017 de 11 enero (rec. 934/2014) y de /2017 4 de mayo (2376/2015).

derecho pudo ejercitarse³⁷. Mas, por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda³⁸ que la acción para instar la nulidad de pleno derecho no está sujeta a ningún plazo de prescripción y precisamente por eso el art. 110 permite que nada más pueda impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Por ello, el Consejo valenciano estimó que el simple transcurso de más de cuatro años no actuaba de forma automática, como límite o impedimento al ejercicio de la acción de nulidad por parte de la Administración pública, porque esta es imprescriptible, no estando sujeta a ningún plazo de prescripción, y porque el transcurso de más de cuatro años no basta para enervar esa acción, sino que exige la concurrencia de otras circunstancias que evidencien que la revisión resulta contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Se dice en el dictamen que en el supuesto examinado no se habían alegado por los interesados afectados más circunstancias que el mero transcurso de los cuatro años, ni se desprendían del expediente circunstancias que permitieran apreciar, junto al mencionado plazo, que la declaración de nulidad resultaba contraria a la buena fe o a la equidad. Por ello no se estimó de aplicación el supuesto «prescripción de acciones» como impeditivo de la acción revisora³⁹. Esta doctrina está en línea con la jurisprudencia surgida con ocasión de los tristemente famosos ERE de Andalucía⁴⁰. En estos casos, contra lo apreciado por la Sala *a quo* del TSJ, el TS afirma que no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho. Hay que recordar —dice— que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el art. 37 de la General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de concesión de la ayuda. La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción. En modo alguno cabe que exista desviación de poder por el uso de las facultades de revisión por haber prescrito la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida⁴¹.

³⁷ Así lo establece la Ley 47/2003, General Presupuestaria (art. 15).

³⁸ Sentencia 57/2017 de 11 enero (rec. 934/2014). Ponente: D. Córdoba Castroverde. Esta sentencia versa sobre uno de los casos de los ERE de Andalucía, de los cuales se hablará seguidamente.

³⁹ Memoria de 2017 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana

⁴⁰ Objeto de Sentencias del TS, tales como las 1958/2017 de 4 de mayo, 823/2018 de 20 de febrero, 1055/2018 de 15 de marzo, 2698 y 2715/2018 de 3 de julio, 2717 y 2718/2018 de 10 de julio, 1683/2019 de 22 de mayo, 2360/2019 de 10 de julio.

⁴¹ Tal doctrina es la seguida por la posterior Sentencia 658/2019 de 22 de mayo —ratificada por la 1026/2019 de 10 de julio y la 1683/2019 de 22 de mayo— de la que se hace eco la Memoria de la CJA Cataluña de 2019 dando precisamente cuenta del cambio de orientación de su doctrina sobre el tema a partir de sus Dictámenes 283 y 327 de 2019.

2.2. El tiempo. Volubilidad del factor «tiempo transcurrido». Su dependencia de otras circunstancias

No es exagerado afirmar que este es uno de los ejes fundamentales de la institución. Lo es todo y prácticamente no es nada. puesto que no es tangible ni objetivable *per se*. Carece de valor por sí mismo. Su condición o no de límite a la revisión de oficio depende de las circunstancias; estas serán las que determinen si un determinado tracto temporal, sea este «largo o corto», se erige o no como límite a la revisión de un acto. Así lo proclaman reiteradamente numerosas sentencias al reconocer que «no hay plazo máximo establecido por la Ley; para hacer valer ese límite hay que tener presentes todas las circunstancias concurrentes en cada caso»⁴².

Dicho en otras palabras: este aspecto de la cuestión deber partir de dos afirmaciones tan ciertas y rotundas como contrapuestas; o sea, el vivo ejemplo de la oposición dialéctica: tesis, no hay plazo para promover la acción de nulidad, esta es imprescriptible para todos los sujetos, Administración e interesados⁴³; antítesis, no debe estar la vía impugnatoria abierta indefinidamente; se dice que esto es por razón de seguridad jurídica. Esta es la pura y cruda situación, proclamada mil veces en abstracto por el TS⁴⁴.

El plazo a considerar para que el ejercicio de la revisión sea tenido por abusivo (por resultar contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes) variará en función de las circunstancias concurrentes, sin que sea factible efectuar determinaciones apriorísticas,

Según puede inducirse de la muy numerosa doctrina emitida al respecto, en la apreciación del «tiempo transcurrido» han de tomarse en cuenta factores diversos como:

- a) La actitud activa o pasiva que haya mantenido quien insta la revisión.
- b) La buena o mala fe concurrente de los distintos actores del caso⁴⁵.
- c) La pervivencia o no en el tiempo de la eficacia del acto objeto de revisión.
- d) Si los *efectos* del acto son de *tracto único* (aquellos que agotan o consumen su eficacia con su ejecución en un único momento) o de *tracto sucesivo* (su eficacia se va desarrollando en el tiempo).

⁴² SSTS 3608 y 4120/2012 de 17 y 25 de mayo, 3036/2013 de 20 de mayo y otras muchas.

⁴³ Por tanto, no cabe sostener que con la expresión «en cualquier momento» la Administración esté aludiendo al ejercicio de la acción por la Administración y no al del interesado.

⁴⁴ Por ejemplo, SS 5074/2009 de 13-7-2009 y 53/2012 de 12-1-2012.

⁴⁵ Por ejemplo, SSTS 1866/2012 de 27 de marzo (retraso de diez años no fue indicativo de mala fe; 3010/2012 de 26 de abril: (retraso de diez años): «no se dan esas circunstancias de mala fe en la posición de la recurrente que hagan presumir la posibilidad de conocimiento de la ilegalidad del acto durante un largo período de tiempo y la actitud para ante dicha invalidez».

- e) Si se trata de actos puramente declarativos o si llevan aparejadas actuaciones materiales o de ejecución, circunstancia esta última que los hará más resistentes a la revisión de oficio, dotando así de fuerza al «tiempo transcurrido» como factor impeditivo de aquella.

Por causa de las variables que acaban de citarse, y de otras más que cabría incluir en la relación (tiempo que tardó en llegar a conocimiento del actor el vicio contra el que reclama, gravedad del vicio que aquejaba al acto objeto de revisión⁴⁶, valoración del tiempo transcurrido desde la óptica de la *pietatis causa*⁴⁷...), resulta infructuoso cualquier intento de establecer un concepto de lo que fuere un «tiempo prudencial» o cualquier otra definición encaminada a calificar *a priori* un determinado tracto temporal como «largo» o «corto»⁴⁸.

⁴⁶ Un caso paradigmático brinda la STS 3208/2012 de 9 de mayo, relativa a la anulación de un título nobiliario. La acción de revisión emprendida por la Administración tardó veintisiete años. Pero tan dilatado tracto temporal no sirve de nada, todo queda a merced de la apreciación de las circunstancias concurrentes; y el TS las menciona reconociendo la errática actuación administrativa generadora de gastos, molestias e incertidumbre, la buena fe del recurrente, su tenaz lucha por mantener el título, la apariencia de buen derecho sobre el hecho sucesorio, la encomiable labor desarrollada por la Fundación... que llevaba su nombre; todo ello cede ante el hecho de que la obtención del título fuera obtenida mediante documentos calificados como falsos y sancionados como delito, argumento fundamental que «derrite» toda muralla cimentada en el argumento del «tiempo transcurrido».

⁴⁷ Es palpable en este sentido la decisión adoptada por la STS 2291/2015 de 13 de mayo (ponente: N. A. Maurandi Guillén). Revisión de un acuerdo que determinó la anulación del nombramiento del actor como guardia civil, por falta de requisitos. La revisión de oficio fue emprendida por la Administración seis años después, tiempo estimado excesivo por el propio Tribunal; además, valora que ese dilatado período transcurrido entre el nombramiento del recurrente (2008) y la anulación del mismo (2014) fue «tiempo suficiente para crear una situación familiar estable dependiente de sus ingresos como Guardia civil», invocando asimismo: «Las enormes dificultades actualmente existentes para encontrar un nuevo empleo en el mercado laboral...». Es evidente que esta óptica de la *pietatis causa* no luce igual en sentencias como la 4.453/2018 de 13 de diciembre (ponente: J. C. Trillo Alonso) en la que, no obstante el reproche de que «El Ministerio quizás debió estar más diligente a la hora de iniciar el procedimiento de revisión de oficio», se dice que «la invocación por el recurrente a la patología y su agravamiento, no tiene encaje en el art. 110 de la Ley 39/2015, en cuanto ni la gravedad de los padecimientos ni su evolución permiten considerar que esas circunstancias se contemplan en el precepto como límite a la potestad de revisión».

⁴⁸ Según la Memoria 2010 del Consejo C. de Madrid, el Tribunal Supremo apunta a un límite temporal de unos 8-10 años, sin perjuicio de las especialidades propias de cada supuesto. Pero en verdad, ni siquiera como índice aproximativo puede servir esa proposición, ya que la casuística que ofrece la realidad desmiente cualquier apriorismo que se quiera sostener en este terreno. Un ejemplo paladino de la aleatoriedad que resulta del dato del tiempo transcurrido puede verse en la exposición de Vidal Martín, Teresa P. (2010) a la vista de

Un examen atento de la casuística nos permite afirmar que, ciertamente, acciones de revisión emprendidas diez o más años después de emitido el acto objeto de anulación, o sea, las que pudieran denominarse como «tiempos largos», fueron reputadas como tardías e impeditivas de la revisión de oficio⁴⁹; mientras que en otros casos esos mismos periodos temporales no impidieron la revisión⁵⁰.

ciertos dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, (*Rev. de la Función Consultiva*, 14, págs. 252-258).

⁴⁹ He aquí muy en síntesis una muestra de lo que decimos. 104 años: caso del funicular del Monte Igueldo (Dictamen 96/2017, Comisión Jurídica Asesora País Vasco: «Para declarar un acto administrativo nulo 104 años después de su dictado deben existir razones de peso que desde luego no concurren en el presente caso... No hay una sola circunstancia acreditada que explique por qué el acto no fue recurrido tras su dictado»). 47 años: enajenación nula de un bien municipal de pequeñas dimensiones (CC Andalucía, Dictamen 23/2012 de 26 de enero). 19 años: licencia nula. Retraso imputable a la Administración. Deslindes aprobados hacía décadas (SSTS 21-2-2006; 20-2-2008). La Sala entiende que la revisión resultaría contraria a la equidad). 20 años: un acuerdo de colegiación (STS 16-7-2003). 58 años: transcurridos desde la aprobación del deslinde que se pretendía revisar (STS 20-11-2008). 23 años: licencia nula (construcción en suelo rústico no urbanizable). 18 años: licencia de taxi nula. «El denunciante pudo haber ejercitado la acción de revisión mucho antes». Dictamen (CC Canarias 129/2013). 10 años: se considera por el Dictamen como un tiempo excesivo para instar la revisión, y aplica la doctrina de la STS 15-10-2012 (no debe usar la revisión quien tuvo oportunidad de usar los recursos ordinarios). 11 años: licencia nula. Se aprecia buena fe en el beneficiario puesto que la licencia fue objeto incluso de prórroga. (Dictamen CC Canarias 306/2006). 11 años: contrato nulo (de aprovechamiento forestal). No procede revisión ya que «se pretende reabrir el procedimiento, de forma evidentemente tardía y sin que exista justificación alguna para tan larga espera, cuando desde el momento inicial se conocía o podía conocerse la hipotética causa de nulidad». Lo contrario supondría un menoscabo del principio de buena fe que ha de presidir el vínculo contractual (Memoria de 2013 CC Castilla y León).

⁵⁰ También en síntesis: 24 años: no obstante, procede la revisión, pues de lo contrario supondría «la consolidación de una situación manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (cesión gratuita de un bien inmueble a entidad privada con ánimo de lucro), Dictamen 541/2008 de 31 de julio del Consejo Consultivo de Castilla y León. 16 años desde el acta de ocupación sujeta a revisión solicitada por interesado: se admite, porque permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de las relaciones contractuales establecidas *de facto* y porque la Administración es la responsable de la demora (Dictamen CC Canarias 328/2015). 17 años: licencia nula. Se estima que los vecinos tenían mejor derecho a lo concedido por la licencia. Además, se saca a relucir el argumento de que el beneficiario actuó ilegalmente a sabiendas de hacerlo, o sea, se usa el argumento de una mala fe que viene a debilitar la posición del beneficiado en su día por el título administrativo, muestra palpable de que la *fe* —buena y mala— puede jugar a favor y en contra, según cada supuesto, lo que la convierte en un criterio imposible de sujetar jurídicamente. 10 años: licencia nula. Se sostiene que los denunciantes tienen derecho a la revisión porque el retraso en plantearla fue debido a la inacción administrativa (Dictamen CC

Y lo mismo puede decirse, *mutatis mutandis*, de los tiempos cortos, pues pese a esta circunstancia, en absoluto es extraño que la revisión no se produjera en muchísimos casos⁵¹. En fin, a la vista de la casuística puede afirmarse como conclusión general que tendencialmente los tiempos *cortos* transcurridos generan más casos de revisión que los tiempos *largos*, como resulta lógico por tantas razones⁵², pero que ello no es una regla y que se dan en la práctica muchos casos que no se inscriben en esas tendencias. Todo es aquí relativo, y todo es reversible y manejable.

La conclusión de cuanto antecede es que el factor tiempo por sí solo no es suficiente para resolver ningún supuesto, por lo que debe ser acompañado, al menos, de un segundo factor; señaladamente, la buena o la mala fe, como veremos.

2.3. Otras circunstancias

Como ya fue señalado *supra*, el art. 110 refiere, entre los *presupuestos* que justifican el no ejercicio de la potestad de revisión, la concurrencia de «otras circunstancias». Pero hay que advertir que en la práctica es utilizada tal expresión como cajón de sastre para albergar no solo otros *presupuestos* distintos a los nominados (*prescripción y tiempo transcurrido*), sino también otros *límites* a añadir a los que ya se enuncian en el propio artículo (*equidad, buena fe...*), resultando de ello un uso ambiguo de esta cláusula que genera así una enorme nómina de principios, esto es, los que ya figuran expresamente en el art. 110 más los entronizados por el

Canarias 219/2014). 8 y 7 años: no se considera un tiempo excesivo que impida revisar. Se trataba de la revisión del nombramiento —nulo por falta de quórum— como hijos adoptivos de dos personajes de Galicia. El dictamen reprocha al Ayuntamiento que no motive cuál es el interés general que justifica la medida —y con razón, según la doctrina del Consejo de Estado al respecto, véase su Memoria de 1990—, no obstante lo cual aprueba la propuesta. Ocioso es subrayar el alto componente discrecional palpable en el caso, aunque no muy superior al de otros muchos.

⁵¹ Una prueba evidente de la relatividad del tiempo se induce de la argumentación de la Com. Jur. del País Vasco (Memoria de 207) al decir que «para la revisión de oficio un plazo de tres años no puede considerarse en sí mismo excesivo y que otra cosa sería, pese a transcurrir un plazo reducido, que el denunciante hubiera demorado la acción de forma consciente y voluntaria en una actuación contraria a la buena fe, para obtener otros beneficios diferentes a los que se derivan de la estricta depuración del acto viciado o para perjudicar a la Administración o a otros interesados. Aquí puede apreciarse que el juego del criterio de la buena fe puede cambiar el color de cualquier solución.

⁵² Así lo viene a recordar el propio Tribunal Supremo —S. 2443/2018 de 26 junio— cuando alude a los casos de «anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión; o en los casos de anulación de un acuerdo instado 20 años después por entender que resulta contrario a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar; entre otros».

portillo de las «otras circunstancias»; por ejemplo, los de proporcionalidad, buena administración, economía procesal, *nemo auditur turpitudinem allegans*, así como otras reglas en formación que, de seguro, acabarán cuajando como principios limitativos: la «escasa entidad del asunto», la «carencia de efecto práctico de la revisión»⁵³, la firmeza alcanzada en la vía judicial por la resolución cuestionada⁵⁴, la pérdida sobrevinida del objeto del procedimiento...⁵⁵.

3. LOS LÍMITES PROPRIO SENSU DE LA ACCIÓN REVISORA

3.1. La equidad

El valor «equidad» conecta con la vertiente objetiva del problema y emerge cuando se advierte que el resultado final al que se llegaría con la aplicación de la revisión revela por sí solo que la solución no es justa. La equidad es «la justicia del caso concreto; una válvula de escape cuando la ley es muy rígida y su aplicación mecánica y ciega está reñida con lo que parece razonable»⁵⁶.

Por tanto, la equidad tiene que ver con la prudencia, de tal modo que la aplicación de la norma no produzca un resultado desmesurado o contrario a razón. Hay que reiterar que la equidad ha de manifestarse o no en el resultado final y, por tanto, es un valor que se materializa u objetiva hasta el punto de hacerse casi tangible. Por ello resulta ser el criterio menos manipulable de todos, a diferencia de lo que ocurre con el «tiempo transcurrido» y con la «buena fe»⁵⁷.

Atendiendo a lo que dispone el art. 3.2 del Código Civil⁵⁸ estamos ante un supuesto en el que la ley —la LPAC en este caso— permite resolver teniendo solo en cuenta el elemento equidad de manera exclusiva, pero la práctica muestra que

⁵³ Así y por referencia a la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, M. Grau Bonàs (2010), *Revista Española de la Administración Consultiva*, 14, pág. 211.

⁵⁴ STS 5-5-2005. Sobre el tema, véase el comentario de J. Fernández-Corredor Sánchez-Diezma (2018), «Revisión de actos de la Administración nulos de pleno derecho (comentario a la STS de 19 de febrero de 2018)», núm. 208 (págs. 149-154).

⁵⁵ Casos de los que se ocupan SSTS tales como la 3-12-2013 (rec. 2120/2011) y 2-6-2009 (rec. 5/2007).

⁵⁶ De la Memoria de 2018 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco.

⁵⁷ Evidentemente no comparte nuestra opinión J. A. Santamaría Pastor (2018, pág. 188) al decir del criterio de la equidad que este arroja una carga de completa subjetividad sobre el procedimiento de revisión de oficio y considera superior el criterio de la buena fe, porque la valoración de una conducta de acuerdo con criterios de honestidad, lealtad y coherencia son mucho más fiables que el juicio de equidad; lo que aquí no asumimos, como se verá *infra*.

⁵⁸ La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de modo exclusivo en ella cuando la ley expresamente lo permita.

esta posible aplicación «pura» del principio de equidad no es lo frecuente sino que se suele combinar con otros criterios, como el del «tiempo transcurrido»⁵⁹, la rechazabilidad de las acciones demoradas⁶⁰, la seguridad jurídica⁶¹, la buena fe... En fin, que la degradación del papel principal y autónomo llamado a ocupar por la equidad, así como su mezcolanza con otros principios entre los que resulta ser un mero coadyuvante más, convierte a este principio en una especie de omnipresente *passé-partout* desprovisto de autonomía y sentido propio, haciéndose de él con harta frecuencia un uso que no es el suyo⁶².

3.2. La buena fe

Ya fue anotado al principio que la incorporación en 1999 del límite de la buena fe al art. 106 fue obra de la ley reformadora de la LRJPA, constituyendo la única modificación relevante que el precepto en cuestión ha tenido desde su origen. El legislador se conformó con mencionar la figura de la buena fe a secas, sin añadirle matices o aclaraciones. Hoy puede decirse que su utilización en la práctica es masiva y que la discrecionalidad administrativa campea a sus anchas montada sobre aquélla; y es que el elemento «buena fe» ofrece una elasticidad mayúscula, con la correlativa inseguridad que ello conlleva, amén de la posibilidad de un uso alternativo del derecho. El criterio de la buena fe resulta en la práctica excesivamente elástico, jugando como un arma argumental de dos filos —la buena y la mala fe— en manos de la discrecionalidad administrativa más plena⁶³.

⁵⁹ STS 5086/2003 de 16 de julio.

⁶⁰ STS 8818/1993 de 16 de diciembre.

⁶¹ 1966/2006 de 21 de febrero.

⁶² Un ejemplo: acto nulo por haber reconocido indebidamente un complemento de sueldo a funcionaria. Se dice que lo percibió de buena fe «al serle concedido expresamente por un acto que ahora se anula». Se estima que la anulación no debe suponer, «por razones de equidad», la devolución de los pagos recibidos por dicho complemento. Dictamen CC Canarias 625/2010 y Memoria 2010-2011. A nuestro juicio, cabe objetar, primero: que la concesión expresa del complemento fuera generadora, *per se*, de una situación de buena fe en la interesada; y segundo, que la devolución de lo indebidamente cobrado no justifica la invocación a la equidad, puesto que no es una medida que produzca un resultado inicuo, o sea, un despropósito que «hiera la razón», sino más bien todo lo contrario; salvo que objetivamente se demostrase la existencia de circunstancias que hicieran de la devolución un daño a la interesada que esta no debería soportar. Podrían, en su caso, utilizarse otros argumentos para evitar la devolución de las sumas percibidas, los hay; pero no el de la *equidad*.

⁶³ La debilidad del criterio de la buena fe como guía segura se pone de relieve en el ejemplo: la inscripción en el registro de parejas de hecho que lograron hacer 10 años atrás era nula puesto que la mujer seguía casada —circunstancia que a la Administración le constaba—; pero el Dictamen aprecia la buena fe de la pareja dado que nunca ocultaron esa situación y no sabían si era legal o no (o sea, se premia la ignorancia). El dictamen, siguiendo la doc-

La volubilidad del criterio de la buena fe viene generada, entre otras, por estas dos razones muy principales: *a)* en primer lugar, porque a diferencia de la equidad (que se manifiesta en el plano objetivo) la buena fe tiene que ver con las actitudes o comportamientos de los sujetos, por tanto, tiende al plano de lo subjetivo, por definición mucho más volátil y difícil de probar; *b)* en segundo lugar, porque el criterio de la buena fe ha engendrado y «parido» otro principio, el de la *mala fe*, que no es precisamente su contrario, aunque lo parezca, sino algo distinto, como ocurre tantas veces con las interpretaciones *a contrario*. Por tanto, se impone diferenciar ambas categorías, como se hará seguidamente, distinguiendo a qué sujetos se aplica una y otra, ya que el art. 110 carece absolutamente de la menor orientación al respecto.

En cuanto a la buena fe *proprio sensu* —más abajo se hablará de la mala fe— esta se suele aplicar cuando a los beneficiarios del acto cuya anulación se pretende se les presume inocentes o ignorantes de los vicios de aquel⁶⁴, lo que puede determinar que la acción de revisión decaiga en su favor. Es obvio decir que pueden esgrimir este límite los titulares de los actos a anular; pero también y muy cualificadamente los *terceros* interesados en su mantenimiento dada la posibilidad de que hubieran actuado en su día bajo la creencia de que dichos actos eran válidos, hipótesis esta, por cierto, mucho más probable de ser cierta que la de la ignorancia de los propios titulares del acto cuestionado.

En efecto, presumir que los titulares beneficiarios de actos nulos favorables son ignorantes de sus vicios no deja de ser una ingenuidad en muchos casos, pues por lo general el favorecido por un acto suele conocer las patologías que este con-

trina de la STS de 1-7-2008, declara improcedente abrir la revisión «por quienes pudieron haberlo hecho con anterioridad [...]sin que exista justificación alguna para tan larga espera» —aquí el reproche de mala fe en los denunciantes—. Es más, se llega a deducir la buena fe de la interesada del hecho de que cuando falleció la persona con la que constituyó la pareja de hecho solicitó una pensión de viudedad...—Dictamen 53/2016 Com. Jur. Ases. del País Vasco, Memoria de 2016—, argumento este —añadimos nosotros— que parece excesivo y de acierto más que dudoso. En fin, sin prejuzgar nada sobre la justicia del caso, resulta bien patente la facilidad de llegar a una solución u otra mediante la aplicación del criterio de la buena o mala fe.

⁶⁴ Es paradigmático al respecto el caso que comenta J. J. Gallego Fouz (2010) en *Rev. Española de la Función Consultiva*, 14: la funcionaria había sido nombrada diez años atrás pese a carecer de permiso de conducir, que era un requisito exigido en la convocatoria; no obstante, se le presume buena fe en la creencia de la estabilidad de su cargo. Antes de iniciarse la revisión del nombramiento la interesada obtuvo dicho carnet. Con tales datos es difícil sostener la idea de que la interesada ignorase lo referente a tal requisito. A nuestro juicio, pudo haberse resuelto la situación con otros argumentos, pero no con el de la buena fe de la interesada; seguro que así lo pensaría quien se viera privado de la plaza. Desde luego, no faltan casos absolutamente inversos en los que, aunque la actuación administrativa había sido «nefasta» —*sic*— se reconoce que el beneficiario también actuó ilegalmente a sabiendas de que la parcela sobre la que se otorgaba la concesión era de titularidad privada y no pública (véase la Memoria CC Canarias 2014-2015).

tiene, máxime tratándose de vicios burdos como son los que acarrearán la nulidad; y es claro que nadie merece la obtención de un beneficio gestado *contra legem* con su participación activa u omisiva⁶⁵. En estos casos debería exigirse la demostración cierta de que el sujeto confiaba en la validez. Por tanto, no se trata de «presumir» que el beneficiado por el acto nulo «podría ignorar» que este fuese un acto irregular, sino demostrar que, efectivamente, lo ignoraba. Esta reflexión nos acerca al principio de confianza legítima.

3.3. La confianza legítima. Un límite no positivizado, aunque efectivo

Casi coetáneamente a la positivación del principio de buena fe por la Ley 4/1999 de 13 de enero, emergió el principio de confianza legítima⁶⁶, siendo incorporado por la jurisprudencia del TS y la doctrina de los órganos consultivos en el cuadro de los límites de la revisión de oficio. Esto supone un gran avance, pues el principio supera al de buena fe como parámetro de control. Aquí, la buena fe basada en la ignorancia sobre los vicios del acto no tiene cabida, es una antinomia; porque la confianza legítima exige que exista alguna manifestación administrativa o hecho concluyente con la fuerza necesaria para generar el equívoco de que es legítima la situación de la que se disfruta. Dicho en las palabras del TS, es preciso:

[...] que la Administración haya hecho cualquier clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión⁶⁷.

A la luz de esta premisa se ve claramente que la mera invocación a la buena fe no basta como argumento protector de ciertos beneficiarios de actos nulos. Nos referimos a esa legión de administrados, conocedores expertos del sector en el que operan (contratistas, concesionarios, urbanistas, empleados públicos, etc.). Para estos la búsqueda de apoyo en el principio de confianza legítima es de pura necesidad.

Prima facie podría ser considerado como un principio más que engrosaría el elenco de frenos al ejercicio de la revisión; y esto tiene sentido puesto que al igual que cualquier otro límite puede operar por sí solo o en concurrencia con

⁶⁵ Como el que hace la STS 1958/2017 de 4 de mayo (rec. cas. 2376/2015).

⁶⁶ Principio procedente del derecho alemán, de donde lo tomó el derecho europeo (SSTJUE 22-3-61 y 13-7-65, asunto *Lemmerz-Werk*), ha sido recibido por nuestra jurisprudencia (desde STS 1-2-90 hasta SSTS 25-2-10 y 4-10-90) y, desde 1999, en el art. 3.1 LPAC, como recuerda el Dictamen del CC de La Rioja 40/2011 y su Memoria de 2018.

⁶⁷ STS de 27 diciembre de 2006, rec. cas. 5980/2001.

otro»⁶⁸. Pero hay que subrayar que en la práctica la confianza legítima se asocia muy estrechamente al principio de buena fe hasta el punto de que suelen utilizarse como iguales o equivalentes, pese a que, en verdad y en buena técnica, son principios distintos. Precisamente por ser distintos, el de confianza legítima puede desplegar su juego propio, esto es, el de un criterio serio, *objetivo*, capaz de poner frenos al uso alternativo del derecho al que tanto se presta el principio de buena —o mala— fe.

Con lo dicho, no se trata de negar la operatividad *per se* del principio de buena fe, pues hay que admitir que en ciertos casos la mera tenencia de un título nulo pueda llegar a generar, solo por el mucho tiempo transcurrido, la creencia en su licitud, o sea, un verdadero estado de buena fe⁶⁹, sin que sea preciso, por tanto, que la Administración haya debido fortalecer mediante sus manifestaciones o hechos, la convicción del interesado sobre esa licitud. Pero estas situaciones, aunque de hecho se producen y, en su caso, sean dignas de protección, deberían ser valoradas meticulosamente, o sea, no abriendo una puerta por donde todos entren, siendo objeto de un trato benigno según puede verse claramente en los abundantes casos que pasan a examen de los órganos consultivos⁷⁰.

3.4 El límite de la mala fe

Este límite ha surgido como categoría para albergar aquellos supuestos de acciones planteadas por sujetos contra actos nulos que les son desfavorables, y ello porque presentaron la acción de revisión una vez transcurridos los plazos de los recursos ordinarios que pudieron haber utilizado. También se aplica este peyorativo concepto de «mala fe» y con mucha frecuencia cuando es la Administración, *motu proprio*, quien emprende la acción revisora con una cierta tardanza⁷¹, supuesto que la coloca bajo la sospecha de un ejercicio torcido de la potestad.

En cuanto a los primeros, es decir, los denunciadores contra actos que benefician a sus destinatarios, es absolutamente frecuente que se les atribuya mala fe, como queda dicho, por el hecho de atacar actos firmes, o sea, por haber dejado de recurrirlos mediante los recursos ordinarios cuando tenían ocasión de hacerlo y «sin que se haya justificado la razón de tan larga espera»⁷², expresión lapidaria acu-

⁶⁸ En efecto, como subraya el CC Canarias en su Memoria 2012-13 CC este principio de confianza legítima tiene como efecto, «atenuar (e incluso dejar sin eficacia en casos concretos) el rigor del principio de legalidad en aras de la buena fe y de la seguridad jurídica».

⁶⁹ Por ejemplo, acto administrativo firme, declarativo de derechos, que ha sido ejecutado y consentido durante años por la Administración en el libramiento y pago de las sucesivas nóminas mensuales a un empleado público.

⁷⁰ Véase el criterio, prolijamente expuesto, en las Memorias de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña de 2018 y 2017.

⁷¹ Dictámenes 88 y 309/2017 CC Madrid.

⁷² SSTS 1-7-2008, 6526/2012 de 15 octubre y otras muchas.

ñada por el Tribunal Supremo que se viene repitiendo como una cantinela, quizá con cierto exceso. Más rotunda aún es la consabida doctrina de la STS de 15-10-2012⁷³: «quien ha tenido sobradas oportunidades de ejercitar las acciones de nulidad o anulabilidad oportunas al amparo de los artículos [...] pese a lo cual ha dejado precluir los plazos legales para efectuarlo, no puede ejercitar tardíamente su pretensión de anulación por la vía del recurso de revisión del art. 102.1». En algunos casos, la connotación negativa que se asocia al «retraso» en accionar llega hasta el punto de que se utiliza para reforzar la apariencia de legalidad del acto viciado⁷⁴, argumento verdaderamente inadmisibles por cuanto supone desplazar las culpas de la actuación viciada precisamente al perjudicado por ella.

Se trata de una doctrina durísima que, llevada a extremo, como puede verse fácilmente en la jurisprudencia, fulmina la regla de la imprescriptibilidad de la revisión de actos nulos. Con esta doctrina el accionante se ve obligado a justificar por qué ha renunciado a los recursos ordinarios y ha reclamado después. Si no lo hace su acción será rechazada. Por tanto, esta tesis viene a crear la ficción de que toda acción de nulidad comporta un retraso desleal (*Verwirkung*) y con él la presunción de un *animus nocendi*.

Es difícil compartir plenamente tal doctrina. Ciertamente, entendemos que deben ser reprimidas las acciones de nulidad impulsadas tardíamente cuando están movidas por una estrategia o motivación artera o torticera⁷⁵. Pero entre esto y crear la presunción de que quien acude a este medio extraordinario de la revisión y, por tanto, fuera del plazo de los recursos ordinarios, es sospechoso de actuar de mala fe, va un abismo. Sentar esto como una presunción —*iuris et de iure*, en la práctica— es inaceptable; a nuestro juicio, una práctica *contra legem*, sencillamente porque las circunstancias de la vida pueden deparar situaciones en las que los recursos ordinarios no se hayan utilizado por imposibilidad o por mil razones, entre ellas la ignorancia sobre la ilegalidad de la situación, ajena a una estrategia procesal deliberada; y en segundo lugar, porque no parece lícito sentar la presunción de que exista mala fe o un *animus nocendi* por un «retraso» en accionar que, en puridad, no es tal, ya que la ley organiza su cuadro de garantías con arreglo a un sistema de plazos, y la revisión de oficio ha sido configurada como imprescriptible, esto es, accionable «en cualquier momento» (art. 106 LPAC).

⁷³ Antecedente en la STS de 1 de julio 2008.

⁷⁴ Véase Memoria CC Canarias 2013-2014: la entidad denunciante no compareció en la información pública cuando fue tramitada la licencia nula. Dictamen del mismo Consejo 7 y 506/2012: «La apariencia de legalidad pudo verse reforzada por la inactividad del demandante dada su pasividad en reaccionar contra la obra que era colindante a su finca». O sea, se fabrica el sofisma: «si no fue impugnado antes será porque no es tan clara su ilegalidad». Análogo es el caso de quien habiendo obtenido una licencia nula queda beneficiado por la presunción de su buena fe en el hecho de que la Administración le concedió una prórroga, dato este que se estima como refuerzo de la «apariencia de legalidad» que para dicho sujeto ofrecía la actuación administrativa.

⁷⁵ STS 1133/2018 de 3 de julio y 1768/2018 de 13 de diciembre.

Solo el abuso de derecho demostrado debe ser reprimido, pues cierto es que, como proclama el Código Civil, «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»⁷⁶; y, en principio, accionar contra la nulidad «en cualquier tiempo», como permite la ley, no es abuso de derecho. Por tanto, habría que demostrar cumplidamente que esa mala fe existe y que es la verdadera causante del retraso; o sea, debe partirse de la presunción *iuris tantum* inversa, la de que «quien usa de su derecho a nadie daña».

VIII. LA REVISIÓN DE OFICIO Y SUS EFECTOS

La revisión de oficio es un procedimiento complejo, en el sentido de que intervienen dos órganos administrativos distintos, en el que de modo concentrado se examina:

- a) si en un acto concurre o no causa de nulidad;
- b) en caso de que concurra, si ha de operar o no un límite *ex art.* 110 capaz de impedir la remoción del acto (o sea, su revisión propiamente dicha);
- c) si se opta por la revisión, qué efectos deba conllevar.

Esta disección de los tres aspectos que confluyen en todo asunto objeto de revisión de oficio debe ser muy tenida en cuenta, pues no es infrecuente en la literatura sobre el tema, incluidas las resoluciones judiciales, que aparezcan solapados o confundidos, de tal modo que se le llama «revisión» a la mera declaración de que el acto incurre en nulidad y no a la decisión de que el acto queda revocado, que es la acepción correcta; lo cual contribuye a que no se vea claramente que se trata de tres momentos idealmente distintos y sucesivos, según la interpretación que aquí sostenemos.

En nuestra opinión, si la causa de nulidad existe, la declaración del acto como nulo es obligada, una cuestión de orden público, un deber que no puede eludirse por el hecho de que concurra algún límite de los enumerados en el art. 110, pues tales límites solo deben operar como obstáculos a la remoción o desaparición del acto, no para enervar la declaración del vicio que le aqueja. Por ello, la declaración de que se trata de un acto nulo no determina necesariamente su remoción o desaparición, pues puede ser que a ello se opongan los límites que la ley relaciona en el referido precepto.

⁷⁶ Art. 7.1. En su apdo. 2 el propio artículo proclama que: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Por la razón que antecede, no compartimos aquí la práctica, respaldada por la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual si se detecta un acto aquejado de nulidad y al propio tiempo se aprecia que concurre alguno de los límites del art. 110, no procede declarar la nulidad del acto. En este sentido nos parece «inquieta» la tesis que un tanto de pasada dejan deslizadas sentencias tan importantes como la 57/2017 de 11 de enero⁷⁷ al decir que cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 110 lo que procede es excluir la revisión y, consecuentemente, la declaración de nulidad del acto, lo que reitera la STS 2443/2018 de 26 junio⁷⁸. No parece acertada tal afirmación, pues de acuerdo con lo aquí ya sostenido, si se aprecia que el acto está afectado de vicios de nulidad habrá que declararlo nulo, se quiera o no. Distinto es que esa declaración de nulidad acarree o no la revocación efectiva del acto. No cabe, pues, apreciar que hay nulidad y no declararla, inhibiéndose y dejando que el acto —¡nulo!— siga produciendo los mismos efectos de cuando no estaba en entredicho y se le presumía válido. A nuestro juicio, no se opone a lo que aquí sostenemos la expresión contenida en el propio art. 110 LPAC, que estamos considerando según la cual, «las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejercitadas cuando...», porque no necesariamente ha de quedar referida al hecho de iniciar el procedimiento de revisión, sino que es más coherente entenderla referida al hecho mismo de la remoción del acto.

Claro es que la tesis que propugnamos aquí plantea el inconveniente práctico consistente en que si el acto se declara nulo ello no hace posible, en buena ley, declarar la subsistencia de efectos derivados del mismo; por lo cual en ese plano de la práctica —repetimos— resulta más operativo dejar vivo el acto nulo —o sea, «mirar hacia otro lado», dicho en términos coloquiales— con el fin de que los efectos mantenidos tengan su cobertura formal. Pero claro es que ello abre un panorama donde la discrecionalidad administrativa puede desbocarse; un horizonte de actos aquejados de los vicios más burdos que, sin embargo, seguirían rigiendo normalmente la vida como si fueran actos válidos o sanos.

En conclusión, si la causa de nulidad concurre, esta debe ser declarada; distinto es si a partir de esta declaración procede o no declarar la remoción del derecho o el deber creado por los actos en cuestión. Y, lógicamente, determinar los efectos que haya que anudar a la revisión declarada, tema de gran calado que será abordado en seguida.

Finalmente, en otro orden de cosas, sostenemos aquí que tanto el órgano de la Administración que deba incoar y decidir finalmente sobre la revisión del acto como el órgano consultivo que ha de emitir su preceptivo dictamen tienen competencia para pronunciarse sobre todos y cada uno de esos tres aspectos arriba enunciados; y ello pese a que el dictamen del órgano consultivo está configurado por las leyes correspondientes solo como vinculante cuando sean *contrarios* a la

⁷⁷ Ponente: D. Córdoba Castroverde.

⁷⁸ Ponente: R. Toledano Cantero.

revisión, careciendo de esta fuerza o cualidad si estiman que el acto debe ser anulado⁷⁹.

En cualquier caso, abstracción hecha de hasta dónde abarque la fuerza vinculante del dictamen, no existe imperativo legal alguno que obligue al órgano consultivo a no pronunciarse sobre la revisión *in totum*; o sea, que no cabe negar a estos órganos, en su alta función institucional, la posibilidad de hacer un juicio completo de la revisión y sus efectos, abstracción hecha del carácter vinculante o no de sus opiniones. Sin embargo, es harto frecuente que los órganos consultivos no hagan figurar en los dictámenes su apreciación sobre qué deba decidirse por la Administración consultante acerca de los *efectos* derivados de la revisión declarada como procedente⁸⁰, silencio este que supone renunciar a este trascendente elemento de control y entregarlo a la decisión discrecional del órgano solicitante.

Al no existir un cuerpo nutrido de pronunciamientos emanados de los órganos consultivos que verse sobre los *efectos* inherentes a las declaraciones de nulidad, no es posible conocer cuál sea la «doctrina consultiva» al respecto, ni qué suerte corrió cada asunto a la postre en la realidad. Ocioso es decir que ese inexistente banco de información, relativo a los efectos anudados a cada declaración de nulidad, de existir tendría un valor incalculable habida cuenta la inmensa casuística o tipología de actos que nos brinda el instituto de la revisión, un catálogo inmenso de casos donde la realidad supera a la imaginación. Esta enorme carencia es suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero, obviamente, solo en cuanto a los asuntos que llegan a su conocimiento por vía de la casación, que, aunque no son pocos en términos absolutos, sí son desproporcionadamente escasos en relación con los que se tramitan en vía administrativa y, desde luego, en cuanto a la variedad de los asuntos. Una jurisprudencia sólida y definitiva sobre los efectos de los actos inválidos por ser nulos de pleno derecho no puede ser construida sobre supuestos de hecho «fáciles» que permiten decretar sin gran complicación la extinción de efectos, incluidos los *ex tunc*⁸¹, sino teniendo a la vista una tipología de supuestos suficientemente amplia capaz de mostrar la dificultad que entraña en muchos casos ignorar el pasado o percutir sobre él. Puede decirse que, en términos generales, los asuntos que ha debido resolver el Tribunal Supremo en los últimos años no han entrañado una especial dificultad en orden a poder anular

⁷⁹ Por indicado motivo, dentro de la intervención del órgano consultivo se ha hecho la distinción de dos funciones: una de control en cuanto a la parte en que el dictamen es vinculante, y otra de asesoramiento en la parte que no lo es. Véase Gallego Fouz, J. J. (2010), cit. págs. 338 y ss.

⁸⁰ Algunos órganos consultivos sí lo hacen —CC Asturias, CJA Cataluña—, abstracción hecha del acierto, no de sus propuestas.

⁸¹ Este de las subvenciones o ayudas económicas es el supuesto-tipo sobre el que el TS ha edificado su doctrina. No resulta arriesgado en este campo construir la tesis de la declaración de nulidad y extensión de sus efectos en toda su amplitud, pues lo más que puede suceder es que el beneficiario no pueda devolver lo indebidamente percibido y el asunto devenga fallido.

los actos con efectos *ex tunc*: devolución de ayudas percibidas, reconocimiento de pensiones, repetición de pruebas selectivas, revocación de títulos nobiliarios... no son asuntos que por su propia índole dificulten extraordinariamente declarar la eficacia retroactiva de una revisión.

Por último, cabe puntualizar que aquí no hablamos de los efectos de la *invalidéz* de los actos en general, sino precisamente de la *nulidad absoluta* que es donde el tema alcanza su mayor intensidad dada su conexión con la regla *quod nullum est nullum effectus producit*, máxime cuando esta regla ha de operar en el seno del instituto de la revisión de oficio, donde los actos, además de ser nulos, han de ser firmes; lo que añade un plus de dificultad al establecimiento de efectos retroactivos.

1. PRIMERA HIPÓTESIS: NULIDAD DECLARADA SIN EFECTO PRÁCTICO ALGUNO (O CON EFECTOS DESCONOCIDOS)

La hipótesis refiere el caso de que el acto genere una declaración formal de nulidad y sin embargo no se apliquen los efectos naturales de esta. Sea dicho plásticamente: se declara la nulidad de la autorización del edificio o del nombramiento de empleado público, así como la inexistencia de límite a la revisión —ex art. 110—, que impidieran la revocación de la licencia o del nombramiento; y, sin embargo el edificio permanece y el empleado queda en el puesto, sin más, abor-tándose así el despliegue de efectos prácticos derivados de respectivas anulaciones. En estas condiciones, es ocioso decir que, en puridad, da igual que las revisiones hayan sido declaradas o no, pues si no producen efectos para nada práctico sirven; o aún peor, producen el efecto de fortificar la apariencia de legalidad de tales actos, un efecto perverso que la práctica muestra como bastante frecuente.

Por extraño que parezca, incluso se llega a justificar tal inhibición; así, pese a que el nombramiento del funcionario había sido declarado nulo y este había percibido retribuciones, el dictamen⁸² no entra en el tema de los *efectos* de la anulación, bajo el discutible argumento de que «lo que aquí se está cuestionando no es la ausencia del derecho a la percepción de la retribución por parte del mismo ni su cuantía, sino la producción irregular del acto por el que la misma se fija»⁸³, por lo que la declaración de nulidad pretendida no debería llevar aparejado, según el dictamen, ningún tipo de perjuicio a los derechos retributivos que le deban ser reconocidos legalmente.

Pues bien, al igual que el anteriormente referido, se pueden contar por cientos los dictámenes de órganos consultivos que se limitan a declarar la concurrencia o no de causa de nulidad y, todo lo más, si procede o no la revisión del acto, pero

⁸² 464/2012 CC Canarias.

⁸³ Lo criticable de este pronunciamiento no es que al funcionario se le reconociera, pese a la nulidad del acto, algún derecho a la percepción de emolumentos, sino que el órgano consultivo diga que este aspecto no le incumbe; o sea que se ve en el deber de pronunciarse sobre la invalidez del acto, pero no de los efectos de esta.

sin entrar en algo tan fundamental como los efectos que deben derivarse de tal declaración. Y lo mismo suele ocurrir con las sentencias judiciales, con lo cual resulta que la decisión de lo más sustancial de estos asuntos vuelve a quedar bajo el dominio de la Administración por vía de regreso, atrapados en la «esfera de mansiones».

2. SEGUNDA HIPÓTESIS: NULIDAD DECLARADA CON MANTENIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LOS EFECTOS PRODUCIDOS POR EL ACTO NULO

Es muy importante tener en cuenta que en numerosas ocasiones, una vez declarada la invalidez del acto, se suele hacer uso de algún límite de los enumerados en el art. 110 LPAC en calidad de argumentación que sirva para moderar el alcance de los efectos de la anulación decretada, señaladamente sus efectos *ex tunc*. Ello supone atribuir a los límites contemplados en dicho artículo un papel que no les corresponde pues claro es que la ley ha establecido tales límites para impedir la eliminación del acto incurso en nulidad, no para modular los efectos de una nulidad declarada que no deben ser otros que su extinción pura y simple, si se aplica en toda su pureza la regla «quod nullum est, nullum effectus producit»⁸⁴. En suma, que dichos límites han sido creados para cumplir una función, no dos. Con todo acierto, afirma Teso Gamella que el aplicador jurídico no puede graduar o flexibilizar los efectos de la anulación sin contar con la cobertura de una ley⁸⁵. Pues bien, esa función moderadora de los efectos del acto la ha venido reconociendo algún órgano consultivo⁸⁶ y aceptada en ocasiones por

⁸⁴ No comparte esta opinión J. A. Santamaría Pastor, al entender que es una posición extremadamente dogmática y tradicional. A su juicio «la potestad de anulación de un procedimiento de revisión conlleva implícitamente la de modular y limitar los efectos prácticos de la ilegalidad declarada» (2018, pág. 183).

⁸⁵ (2019), «La impugnación de reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad», *RAP* 210, pág. 80.

⁸⁶ Así, la CJA Cataluña: El art. 110 «ha de permetre modular o flexibilitzar-ne els efectes en funció de la concurrència del principi de bona fe que s'hagi pogut donar, de si els treballadors coneixien o no la il·legalitat de la seva retribució, en consideració també a l'aparença jurídica des del punt de vista del treballador, el principi d'equitat o el de la confiança legítima»[...] «no és procedent l'exercici de la facultat de revisió amb plenitud de tots els seus efectes, de manera que s'informa favorablement sobre la proposta de no reclamar a la interessada els imports rebuts indegudament». También, por ejemplo, el dictamen de 17 de diciembre de 2020 del CC Asturias: «Como ya ha señalado este Consejo en ocasiones precedentes (por todas, Dictamen núm. 89/2014): “La declaración de nulidad radical tiene efectos *ex tunc*, por lo que se retrotrae a la fecha del acto anulado e implica la nulidad de aquellos actos o partes de los mismos dependientes del viciado”, *sin perjuicio de que los límites al ejercicio de las facultades revisoras permitan modular o atemperar, en alguna ocasión, los efectos de la nulidad*».

el Tribunal Supremo⁸⁷, aunque esta doctrina ha sido rectificada posteriormente, como veremos.

En efecto, el Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias con las que pone colofón, de momento, a la vacilante trayectoria sobre el tema, estableciendo la solución pura o maximalista consistente en afirmar que la declaración de nulidad no puede ser desposeída de los efectos que le son propios, de tal modo que el art. 110 LPAC establece un límite material al ejercicio de las facultades de revisión de oficio, pero no sirve para modular los efectos de la nulidad declarada si no concurren los límites de dicho artículo, de manera que, por ejemplo, anular la obligación de restituir la suma cobrada como subvención es privar de efecto real a la declaración de nulidad, siendo así que este debe producirse en toda su extensión. Así, la STS de 11 de enero de 2017⁸⁸ declara que:

[...] si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desprovéyéndola de toda consecuencia jurídica.

En esta misma línea insiste la posterior STS de 4 de mayo de 2017⁸⁹, en que el art. 110 LPAC no habilita para moderar los efectos de la revisión sino que establece un límite al propio ejercicio de la facultad revisoria; y que la regulación de los efectos se encuentra en el art. 106.4 al disponer que podrán establecer en la misma resolución las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan las circunstancias previstas en los arts. 32.2. y 34.1 de la Ley de Régimen jurídico del Sector Público, reafirmando esta tesis la STS 2443/2018 de 26 de junio al decir que precisamente porque los efectos derivados de la nulidad han de producirse *en toda su extensión [sic]*, dispone que los interesados podrán ser indemnizados en la misma resolución de revisión de oficio.

⁸⁷ STS 14 de julio de 2015. Esta admite que el beneficiario no ha de devolver la subvención que le fue otorgada dado el tiempo transcurrido.

⁸⁸ Rec. cas. 1934/2014.

⁸⁹ Rec. cas. 2376/2015: «El art. 106 no habilita para moderar los efectos de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, sino que establece un límite al propio ejercicio de las facultades de revisión de oficio, basado en determinados presupuestos. Ello es así por la propia interpretación lógica y sistemática del precepto, en relación con el art. 102 de la LPAC. El art. 102 establece los presupuestos y efectos de la revisión, y el art. 106 establece límites a su ejercicio, pero no a sus efectos. Así lo confirma el art. 102.4 que, precisamente porque los efectos derivados de la nulidad apreciados en la revisión de oficio han de producirse en toda su extensión, dispone que los interesados podrán ser indemnizados en la misma resolución de revisión de oficio, si se dan las circunstancias que prevé el art. 139.2 y 141.1 de la LPAC». Asimismo, las importantes SSTS 2704/2016 de 21 diciembre. (rec. 312/2015) y 2443/2018 de 26 junio.

En los últimos años el Tribunal Supremo ha debido pronunciarse en otros casos análogos; así en los muy numerosos sobre pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares de Justicia, en los que tras declarar la procedencia de la revisión de oficio instada por numerosos recurrentes contra resolución administrativa por la que se aprobó la relación definitiva de aspirantes —pese al tiempo transcurrido, ocho años!—, el TS estimó los recursos, pero —aquí lo importante— no reconociendo el derecho de los recurrentes a tener por superado el proceso selectivo convocado⁹⁰, lo cual restaba trascendencia a la admisión de acciones de nulidad tan tardías. Análogamente, el TS se ve compelido a pronunciarse sobre los efectos de la nulidad en las numerosas causas sobre los ERE de Andalucía pues, admitida por todos que las subvenciones otorgadas con cargo al popularmente llamado «fondo de reptiles» eran nulas de pleno derecho, el caballo de batalla se centraba en la cuestión de si los beneficiarios debían devolver o no las cantidades percibidas, lo que exigía un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo ya que sobre este aspecto del conflicto había tomado postura la Sala de lo Contencioso administrativo en Sevilla del TSJ de Andalucía, en el sentido de que no procedía la devolución, posición que el Supremo rechazó, como ha quedado explicado en estas páginas.

Por tanto, lo que venimos de considerar conduce a la siguiente conclusión. Si el acto es declarado nulo —y debe así declararse si efectivamente está viciado de nulidad— no puede producir los efectos que son propios de un acto válido y, por consiguiente, estos efectos deben ser eliminados, ello sin prejuzgar el tema de las posibles responsabilidades por los daños, que tiene su cauce propio.

3. TERCERA HIPÓTESIS: NO ANULACIÓN DEL ACTO INTRÍNSECAMENTE NULO Y MANTENIMIENTO DE SUS EFECTOS

El tercer supuesto —y el gran problema— es el de los actos que aun siendo nulos escapan de la anulación y subsisten en el tráfico jurídico como si fueran válidos porque concurre un límite impeditivo de su remoción de los del art. 110 LPAC⁹¹.

En virtud de este mecanismo pasan a ser beneficiadas muchas situaciones jurídicas y fácticas nacidas de acto nulo, actos que seguirán viviendo en la sombra como si fueran válidos, dando cobertura a dichas situaciones. Entendemos que esto es una patología, pues una cosa es no declarar la extinción de los efectos del acto nulo porque concurre un límite de los del art. 110 LPAC y otra muy distinta

⁹⁰ STS 8518/2011 de 14 de diciembre (ponente: González Rivas). Y otras muchas sobre la misma cuestión dictadas durante los años 2011 a 2013.

⁹¹ Desde la propia constatación de los hechos y la experiencia directa, J. J. Gallego Fouz (2010, pág. 331) habla de las ocasiones en las que, verificada la nulidad de pleno derecho de determinado acto administrativo, se planteaba, sin embargo, la posibilidad de no ejecutar las facultades revisorias.

es negarse a declarar que el acto está viciado porque existan tales límites. Esta tesis es la sostenida por la STS de 11 de enero de 2017 anteriormente citada:

Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto...⁹².

Ciertamente, es una salida habilidosa: se deja intocado el acto causante, libre de condena alguna sobre su nulidad, y se le deja que siga operando como título de cobertura, como si nada hubiera ocurrido. De este modo, el sujeto indebidamente autorizado seguirá gozando de la autorización aun siendo esta intrínsecamente nula; y lo mismo cabe decir de quien obtuvo cualquier otro título jurídico semejante (concesión, ayuda, empleo, etc.), títulos estos que no serán distintos ni de peor condición que los títulos producidos legalmente, con los que convivirán en pie de igualdad, sin ningún distintivo que dé conocimiento *erga omnes* de su peculiar razón de existir (así, este edificio, construido legalmente, coexistirá con estos otros construidos con licencia nula; o este empleado público que ganó su plaza conforme a los requisitos exigidos, trabajará indiferenciadamente junto a otros favorecidos por el amiguismo o cualquier otra corruptela). Bien puede comprenderse que esta fácil solución, este artificio, tiene un coste muy alto; esto es, que el instituto de la revisión de oficio acabe sirviendo de tapadera de nulidades e instrumento de legalización de situaciones irregulares.

Para solucionar el problema que plantean aquellas situaciones derivadas de actos nulos que por especiales circunstancias deban ser mantenidas, no parece haber otra alternativa que la de elaborar un nuevo soporte, un título jurídico distinto de aquel —nulo intrínsecamente— bajo el que nacieron, o sea, el título nuevo surgido de la *conversión* (art. 50 LPAC)⁹³, figura jurídica cuyas posibilidades han de ser exploradas. Con ello siempre se hará ostensible que la situación existente fue creada por un acto nulo que ya ha sido expulsado del tráfico, evitándose así que sigan rigiendo la realidad actos nulos «indultados» por haber sido dispuesta la pervivencia de sus efectos.

4. CUARTA HIPÓTESIS: REVOCACIÓN DEL ACTO NULO Y ELIMINACIÓN DE TODOS SUS EFECTOS

Este último supuesto es el que debería ser normal: nulidad declarada con despliegue de todos sus efectos pasados, presentes y futuros, es decir, demolición de todo lo actuado. Obviamente esta contundencia resulta del hecho de que con-

⁹² Rec. cas. 1934/2014.

⁹³ «Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste» (art. 50 LPAC). Es fundamental tener en cuenta la obra de V. Escuin Palop (2012), *La conversión de los actos administrativos*, Civitas: Cizur Menor.

curre causa de nulidad y no se da ningún límite de los del art. 110⁹⁴. Es pura la hipótesis y también la solución, que, aunque maximalista es, sin duda, la correcta, sin perjuicio de que pueda estar necesitada en algún caso concreto de temperamentos que atenúen su rigor; pues resulta absolutamente necesario mantener los efectos del acto intrínsecamente nulo, por razones verdaderamente imperativas (por ejemplo, evitar la demolición de una obra pública) tales efectos habrán de ser amparados —como se dijo en el epígrafe anterior— por un título jurídico *nuevo y distinto*.

Es cierto que tanto en el seno de esta cuarta hipótesis como en las anteriormente examinadas, la supresión de los efectos *ex tunc* generados por un acto pudiera reputarse excesiva o asfixiante, sin válvulas de escape. Pero esta apreciación debe ser moderada a la vista de otras garantías jurídicas que pueden venir a socorrer al administrado que haya quedado en tal maltrecha situación. Como certeramente afirma T. R. Fernández Rodríguez, pueden paliarse las consecuencias de la nulidad radical «en supuestos excepcionales que siempre deben tenerse en cuenta en el mundo del Derecho, en cuanto éste es ciencia y arte de equilibrio social...»⁹⁵.

a) La primera es la vía de la responsabilidad patrimonial a la que remite expresamente la propia LPAC en su art. 106.4. La revisión no supone *necesariamente* el resarcimiento de daños y perjuicios, de acuerdo con la regla de que la simple anulación de un acto no supone derecho a indemnización; pero puede conllevarla si concurren los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁹⁶. A esta regla hay que añadir lo que dispone el art 42.1 *in fine* de la LCSP: «[...] la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido», a lo que se une el derecho al cobro de los intereses moratorios correspondientes si se produce retraso en el pago del precio convenido⁹⁷.

Obviamente, la exigencia de que concurren los «requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad» saca a primer plano el de la *antijuridicidad*, ya que la pregunta que surge de inmediato es la de si puede ser considerado como antijurídico el daño causado por la eliminación de un acto nulo que benefició indebidamente a un sujeto; dicho de otro modo, si tal sujeto tiene o no el deber jurídico de soportar el presunto daño.

⁹⁴ SSTs 7-2-2000 (RJ 2000, 4953), 15-10-2001 (RF 2001/8289) y 8-4-2008 (RJ 2008, 2034).

⁹⁵ (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: IEAL, pág. 112.

⁹⁶ Con la precisión de que la petición de indemnización ha de tramitarse en un procedimiento distinto. No obstante, cuando el reclamante no ha obrado de buena fe y la anulación se produce a consecuencia de un fraude de ley, puede desestimarse en el mismo procedimiento de revisión, cuando no resulte daño o perjuicio alguno indemnizable y se trate de consecuencias jurídicas que está obligado a soportar quien reclama. Así, Granada Hijelmo (2010, pág. 292).

⁹⁷ Doctrina seguida por los dictámenes del CC Canarias 374/2018, 377/2018 y 378/2018.

Es frecuente ver en la jurisprudencia y doctrina consultiva sobre el tema pronunciamientos muy abiertos amparando el derecho a indemnización como efecto de la nulidad acordada porque —según fórmula al uso— «es indiscutible que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»⁹⁸. Pero aunque tan amplia afirmación sea la correcta como punto de partida, no puede perderse de vista que aquí los «daños» no son fruto del ataque a actos o situaciones válidos, sino nulos de pleno derecho, lo que presumiblemente aumenta las posibilidades de que el particular beneficiado por el acto nulo sea copartícipe del vicio producido, circunstancia que puede frustrar el derecho a indemnización, bien por apreciarse que no concurre el requisito de la antijuridicidad objetiva o porque la conducta del interesado rompió el nexo causal⁹⁹.

b) La segunda es la garantía de la interdicción del enriquecimiento injusto, que deberá impedir que la Administración saque provecho indebido del mecanismo revisorio. La doctrina consultiva ofrece sobradas muestras del supuesto: así, el *contrato de suministro de productos farmacéuticos* era nulo, pero la Administración se benefició del suministro¹⁰⁰; servicio de *asesoramiento* nulo, aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto ya que no era posible la restitución *in natura*¹⁰¹, etc.

c) Todavía podrían venir a paliar el efecto demoledor de la nulidad retroactiva otros principios y conceptos universales, rigurosamente excepcionales, que trascienden del propio régimen de la revisión de oficio y juegan, por tanto, en cualquier otra institución jurídica: el «*principio de continuidad*» del servicio, la poderosa razón del *interés público*, la *conservación de la obra pública*; la *protección del tercero de buena fe*¹⁰²; la *conversión de los actos*, el *principio de conservación de actos y trámites* cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse come-

⁹⁸ Así, Memoria del CC Canarias.

⁹⁹ Así, en el Dictamen CC Canarias 158/2017, porque las obras realizadas al amparo de la licencia nula excedían con mucho de lo que fue autorizado, por lo que la conducta del interesado «rompe el nexo causal». En el dictamen se añade el argumento de que la normativa urbanística autonómica dispone que en los supuestos de anulación de licencias «en ningún caso» habrá lugar a la indemnización si existiera grave culpa imputable al perjudicado (art. 186 TRLOTENC).

¹⁰⁰ Memoria 2017-18 del Consejo Consultivo de Canarias.

¹⁰¹ STS 12-12-2012, rec. cas. 5694/2010; esto es, la existencia de un enriquecimiento patrimonial del enriquecido (al haber recibido la Administración una prestación efectiva), un correlativo empobrecimiento de la contratista (como consecuencia de no haber recibido contraprestación alguna), y la ausencia de causa o justo título que justifique tal enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, tras declararse la nulidad de pleno derecho de la encomienda que motivó los trabajos de esta última.

¹⁰² Véase F. López Menudo (2013), *La vieja cláusula «sin perjuicio de tercero» y la Administración del porvenir*. Granada: Comares.

tido la infracción (art. 52 LPAC), etc.; es decir, instrumentos capaces de realizar «una corrección esencialmente instrumental y finalista, cuya falta reduciría el arte de lo justo a una rígida mecánica aplicativa de normas y esquemas abstractos e irreales»¹⁰³.

Como conclusión sintética de todo lo expuesto, decimos que, en cualquier caso, en el tratamiento de los efectos de la revisión de oficio deberían cumplirse los siguientes principios indeclinables, aparte de los ya expresados al hilo de la exposición.

- 1^a Si la causa de nulidad existe, la declaración de que el acto es nulo es un deber en todo caso, una exigencia de orden público. No cabe apreciar que hay vicio de nulidad y no declararlo. Es obligado anular lo que es nulo, habrá que hacer desaparecer esos actos de cobertura y arrojarlos a una especie de «fuera de ordenación» o al más puro ostracismo; o bien *convertirlo* si se dan los presupuestos para ello.
- 2^a Seguidamente, se decidirá si el acto debe ser removido o no en función de si su beneficiario está amparado por un límite de los del art. 110 LPAC.
- 3^a En el caso de que los límites concurrieran, hay que mantener los efectos producidos, pero también habría que abandonar las pautas que se siguen actualmente, o sea, no relegar a un segundo plano el acto nulo para que siga jugando su oscuro papel; sino sacarlo a la luz para poder ver a las claras la patología de cuanto ocurre. Y a partir de ahí buscar títulos jurídicos nuevos y distintos que sustituyan a tales actos y se subroguen en la función de dar soporte jurídico —ahora lícito— a los efectos nacidos de esas licencias, concesiones, subvenciones que de esta forma descansarán desde ahora sobre una base sólida, acorde con el principio de legalidad y no el de seguridad, que es el que se ha venido aplicando.

Esto conduce a la necesidad de explorar la aplicabilidad de figuras jurídicas o principios capaces de justificar suficientemente la razón de que se mantengan las situaciones fácticas creadas, sin tener que recurrir para ello al recurso de indultar a los actos nulos para que sigan operativos y sirviendo de triste soporte. Como ya hemos apuntado, la figura de la *conversión* puede ser una de las salidas. Con ella se abre una puerta, pero ya no queda aquí margen para traspasarla. Quede para intentarlo en otra ocasión.

¹⁰³ Así, Fernández Rodríguez (1970, pág. 112).