

Estudios sobre el acto administrativo y el urbanismo, en especial la modificación del acto, la causa y la ineficacia

Por: D. Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante.

RESUMEN: este trabajo incide en situaciones de interés que surgen de poner en relación la figura del acto administrativo con el urbanismo. En especial, se aborda el tema de la sustitución de un acto por otro, asunto complejo, la pérdida de la causa del acto, o la ineficacia del mismo como motivo de anulación con ejemplos de la casuística urbanística, que es la más ilustrativa.

PALABRAS CLAVE: acto administrativo; sustitución de un acto; modificación del acto, conversión, convalidación, subsanación, revisión de oficio, lesividad; causa del acto; urbanismo; efectos del acto; ineficacia del acto; proyectos de urbanización; proyectos de reparcelación; planes urbanísticos.

1. PLANTEAMIENTO

Está claro que cada precepto regulador del acto administrativo, de la LPAC 39/2015, se relaciona con el urbanismo. Y es claro que la figura en cuanto tal del acto administrativo encuentra una especial aplicación en dicho ámbito. No obstante, mientras que algunas cuestiones (que se plantean en esta relación) no tienen especial singularidad o interés, hay otras que en cambio suscitan problemáticas complejas que importa abordar, aun sin ánimo exhaustivo.

En cuanto a lo primero (relación general entre el acto y el urbanismo), en torno al propio artículo 34 de la LPAC 39/2015, relativo a la producción y contenido del acto, se plantea la discusión de la diferencia entre acto administrativo y reglamento, lo que tiene importancia de cara por ejemplo a la acción del particular en caso de revisión de oficio (procedente en caso del acto administrativo, por ejemplo la licencia; improcedente en caso de reglamento, por ejemplo, un plan); o a la procedencia o no del recurso de reposición (procedente contra el acto, no contra el reglamento, por ejemplo el plan urbanístico). Sin perjuicio de la discusión de los actos administrativos con pluralidad de destinatarios, típica del Derecho urbanístico. También la diferencia entre actos administrativos y simples actuaciones materiales, reales o fácticas, puede tener repercusión en el ámbito urbanístico.

En esta línea, la LPAC 39/2015 regula los requisitos del acto administrativo a partir del artículo 34. Y, por su parte, son asimismo muy numerosas las sentencias que identifican falta de publicación con ineficacia (STS de 16 de octubre de 2009, rec.3850/2005; STSJ de Madrid de 26 de abril de 2017, rec.1483/2009), tema característico del urbanismo; también el de los efectos de la anulación de un plan sobre los actos administrativos de aplicación firmes o no firmes.

En este mismo contexto, en el primer apartado de este artículo 35 de la LPAC se citan los casos en que los actos serán motivados. Es evidente que la motivación afecta al urbanismo, motivación que ha de ser suficiente y que no puede producirse de manera extemporánea. Sin extendernos demasiado en este asunto, podemos recordar la regla de motivación que se impone en los casos de clasificaciones y desclasificaciones de suelo. La ausencia de debida motivación o justificación de la clasificación del suelo por la administración lleva a su anulación. Por ejemplo, la sentencia del TSJ del País Vasco de 31 de octubre de 2002 parte del legítimo ius variandi del ayuntamiento para la clasificación del suelo, pero exige motivación administrativa para la decisión sobre la clasificación del suelo (aunque finalmente no considera arbitraria la clasificación en el caso que enjuicia). También la sentencia del TSJ de Baleares de 26 de febrero de 2002 aplica el principio de motivación y no irracionalidad de la desclasificación propuesta por la administración.

Se anula la desclasificación del suelo propuesta por la Administración en la STSJ de Andalucía, Sala de Granada, de 24 de noviembre de 2003, ya que la afectación al medio ambiente es inexistente; también por la STS de 19 de mayo de 2004, considerando que la desclasificación de suelo urbano a no urbanizable no era procedente al tratarse de un área consolidada de edificación; y por la sentencia del TSJ de Madrid de 27 de febrero de 2003, n.º 216/2003, apoyándose en el carácter reglado del suelo urbano y no urbanizable de protección como límite a la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, así como en la Memoria del Plan General, como elemento fundamental en este contexto para evitar la arbitrariedad, máxime cuando en el presente caso, a juicio de la Sala, existe una falta de motivación o una motivación defectuosa respecto de la citada desclasificación.

2. SUSTITUCIÓN DE UN ACTO POR OTRO, MODIFICACIÓN DEL ACTO, CONVERSIÓN, CONVALIDACIÓN, SUBSANACIÓN, REVISIÓN DE OFICIO, LESIVIDAD Y EL DERECHO URBANÍSTICO

El tema más relevante de los que vamos a tratar es este. El objeto de las páginas que siguen, en este apartado, sería merecedor posiblemente de un estudio con mayor profundidad. Del acto administrativo, se conoce la rectificación de errores, la revisión de oficio, la lesividad, la convalidación (amén de la conversión o conservación), la subsanación, pero ¿merece tratamiento propio la modificación del acto administrativo? Sobre este tema la praxis urbanística precisamente aporta información relevante.

Esta figura, la modificación, parece que no encaja en ninguna de las otras mencionadas, sino que tiene perfiles propios. En el ámbito urbanístico las modificaciones son una praxis cotidiana, ya que se impone un ajuste a la realidad y la intervención de numerosos organismos que emiten su parecer en torno al Plan o el acto. Las modificaciones afectan a los planes urbanísticos, pero también a los actos (proyectos de reparcelación o proyectos de urbanización). En materia de contratos públicos tiene dichos perfiles propios, ya que a las modificaciones (bien de pliegos, o del contrato mismo adjudicado, o incluso de ofertas) subyace una problemática propia marcada por la presencia importante del principio de concurrencia y la posible protección de terceros, en esencia licitadores.

La cuestión tiene importancia desde el punto de vista de los efectos del acto (en el contexto del artículo 39 LPAC 39/2015): ¿se produce, la eficacia del acto, desde que se aprueba o desde que se modifica? También surge la cuestión de cuál es el límite de este tipo de modificaciones, sustituciones de actos, convalidaciones etc, ¿pueden ser reiteradas temporalmente? Y en definitiva el tema principal es si la "modificación" ha de encajarse dentro de la corrección de errores, la revisión de oficio, la lesividad, la convalidación, o tiene una posición sui generis. Esto último parece desprenderse de la pura praxis ya que no se observa que, cuando surge la necesidad de modificar un plan o acto, los cauces vengan dados por los que aporta alguna de las instituciones mencionadas.

Conviene, pues, relacionar el caso de la "modificación" con otras figuras jurídicas donde, igualmente, existen dos momentos de referencia, es decir, primero, el momento de ser dictado el acto y, segundo, un momento ulterior que afecta al acto originariamente dictado. En el fondo se trata de formas en que se reacciona ante un posible error o simple incorrección en un acto administrativo.

Un primer debate es si estos casos pueden ser solucionados desde el punto de vista de la *convalidación*. No obstante, esta figura (por la casuística existente) está pensada más bien para supuestos de actos con vicios legales de anulabilidad [1]. Así todo, la proximidad con la convalidación es clara. Y por eso lo que interesa destacar es que los efectos se atribuyen al acto convalidado y no al acto que precisa de convalidación. Lo establece así la LPAC 39/2015 y ya antes la LRJAP-PAC 30/92 (puede citarse la STS de 11 de febrero de 2002; *sentencia 336/2019 del TSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2019 FJ 2*).

Una segunda relación puede establecerse entre la "modificación del acto" y las figuras de la "**conversión**" y "**conservación**". No obstante, nuevamente, la modificación del acto no parece subsumirse plenamente en estas figuras ya que se siguen situando, más bien, en el plano de los vicios de legalidad del acto (me remito al estudio hecho, sobre este particular, en mi *Tratado de Derecho administrativo*, tomo 1, cit.).

La relación siguiente sería con la "**sustitución de un acto por otro**", Se trata del caso en que es válido sustituir un caso por otro, sin necesidad de la revisión de oficio. Pese a las claras analogías con la "sustitución" (de hecho, en la "modificación" se produce la necesidad de una segunda actuación aprobatoria de la Administración que sustituye la anterior), lo cierto es que la problemática de la sustitución se sitúa en un contexto diferente del que nos ocupa. En concreto, el de la necesidad o no de una revisión de oficio o la suficiencia de la sustitución de un acto por otro.

Ahora bien, al igual que la "modificación" surge la figura jurídico-administrativa de la "sustitución" de un acto por otro, cuando es legítima por no precisarse la revisión de oficio. *Estas dos figuras (sustitución y modificación) se han consolidado en la praxis, con su propia casuística y merecen pues a mi juicio una cita en la LPAC, haciéndose eco de la praxis habitual urbanística y contractual al menos en la materia.*

Finalmente, también el caso objeto de este trabajo es fronterizo con la "**rectificación de errores**". Qué duda cabe que la "modificación" puede partir también de la necesidad de corregir ciertos errores. La "modificación del acto" en principio se aproxima a la corrección de errores. No obstante, las modificaciones urbanísticas o contractuales desbordan claramente el marco de la corrección de errores. Aunque solo sea por la casuística existente, esta figura jurídica está pensada para otro tipo de situaciones.

En el fondo, en el Derecho se advierte cómo muchas veces se van consolidando ámbitos casuísticos que, por su propio carácter, se incardinan en una u otra institución jurídica. Y la cuestión es si esa "modificación del acto" no merece un desarrollo jurídico para su consideración como esas otras figuras, ocupando un lugar propio en el derecho administrativo. La cuestión de cómo proceder cuando se observa que un acto es incorrecto, mejorable o erróneo, ofrece varias soluciones en Derecho administrativo. Por ejemplo, en una modificación de un proyecto de reparcelación aprobado se tratará de corregir deficiencias.

Las modificaciones, en el ámbito contractual, ofrecen matices propios, que vienen determinados por la presencia especialmente marcada del principio de concurrencia y, por ende, del respeto de los derechos de los licitadores. La cuestión afecta, primero, a los pliegos, ya que (siguiendo el artículo 124 de la LCSP 2017 "pliego de prescripciones técnicas particulares"), aquellos "solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético". En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones (RTARJCA de 22 de noviembre de 2019; RTACRC 28/2022; ROARCE 185/2019). En segundo lugar, en el contexto de las ofertas y sus posibles cambios, la regla general es permitir subsanar, pero no mejorar la oferta. No obstante, principalmente la cuestión se refiere a los artículos 203 a 207 LCSP ("Potestad de modificación del contrato"), donde se prevén los casos en que es pertinente la modificación, ya que, de lo contrario, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro. Nos hacemos eco también de los artículos 222 (por referencia a los acuerdos marco), 242 (para los contratos de obras) y 255 (para la modificación del proyecto, que remite a los artículos 203 a 207, régimen general de la modificación de los contratos). Finalmente es obligada asimismo la mención del artículo 262 ("Modificación de las obras": "1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en esta Ley, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. 2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente Ley. Artículo 290. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico") [2].

Pues bien, la "modificación" es una característica del **Derecho urbanístico**. En realidad, pese a las relaciones indicadas *supra*, con otras figuras jurídicas, las "modificaciones de actos administrativos urbanísticos" tienen propia entidad pese a que ni la LPAC ni ninguna otra ley han consolidado la figura de la modificación del acto que día a día se realiza en este ámbito urbanístico, acaso acusando el peso de las modificaciones de planes.

Estas son un fenómeno típico del Derecho administrativo urbanístico. Las modificaciones afectan tanto a normas reglamentarias (es decir, planes urbanísticos) como a actos administrativos urbanísticos (proyectos de reparcelación o de urbanización). En la praxis son abrumadoras. Explica su tipismo la propia necesidad de adecuación a una realidad cambiante, o el hecho de ser característica la posible intervención de distintos órganos que han de informar sectorialmente.

En el urbanismo cobra especial arraigo la modificación en el caso de los proyectos de reparcelación y de urbanización, al margen del tema general de las modificaciones de planes de las que la legislación urbanística se hace más eco. Hasta el punto de que en estos casos, la aprobación propiamente dicha o aprobación definitiva se producirá una vez se subsanen las deficiencias observadas; deberá entonces volver al órgano competente para convocar a los integrantes de la comisión para su aprobación definitiva, pues estos no han podido pronunciarse sobre la aprobación definitiva del plan a veces al carecer de información resultante de los posibles informes, que se estiman imprescindibles, en cuanto el plan pudiera verse afectado por las limitaciones de la legislación sectorial, para el debido debate sobre la aprobación y publicación final del plan.

Simple muestra de este arraigo de la idea de modificación en el urbanismo son (en el plano de los debates) los proyectos de urbanización "modificativos". Los Proyectos de urbanización pueden ser definidos como proyectos de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica las previsiones y determinaciones de los instrumentos de planeamiento. Es posible admitir que, por esta vía de la modificación o tramitación del Proyecto de Urbanización, puedan resolverse distintas incidencias modificativas si no se afectan cuestiones de ordenación. Así, la STS de 6 marzo 2001 referida a la ejecución de los sistemas generales nos indica que pueden plantearse problemas de legalidad si, pese a estar previstos en el PGOU, se precisa una concreción por el planeamiento de desarrollo, no siendo procedente que tal concreción sea realizada por un proyecto de urbanización, pero si el Plan General contiene una ordenación detallada, la cosa cambia (FJ 3.º in fine y 4.º) [3].

Las "modificaciones de actos" no son exclusivas del urbanismo (también pueden darse, como hemos visto, en el Derecho público contractual, así, las modificaciones de los pliegos, que también son actos, o los modificados en fase de ejecución del contrato: resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 245/2016, recurso 229/2016, FJ 5.º), pero son una característica especial de la praxis del urbanismo (así, de proyectos de reparcelación o de urbanización) [4].

Es una realidad especialmente marcada y especialmente lógica en este contexto tan dependiente de situaciones físicas o intervenciones de distintos órganos. Aunque solo sea por pura praxis, en estas "modificaciones" urbanísticas está implícito que los efectos se producen en el momento en que el acto se modifica. Lo normal será entender que los efectos se atribuyen al acto modificado. Lo contrario (es decir, entender que el acto a modificar despliega efectos) iría en contra de la lógica, otorgando efecto a "algo" que no es deseable que tenga eficacia ya que se ha de modificar porque no es válido o correcto u oportuno.

Su cotidianeidad explica seguramente que no haya sido siquiera necesaria una explicación doctrinal de fondo en la materia. Sencillamente, terminan primando las propias características de este tipo de situaciones urbanísticas. Esto es así, dado que en los actos urbanísticos está muy presente la necesidad de no cerrar el posible debate sobre los contenidos del acto una vez ha sido aprobado.

La cuestión de los efectos del acto (¿el aprobatorio, el modificado?) remite al artículo 39.2 de la LPAC 39/2015 ("la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior").

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, se plantea pues la cuestión de si todas estas actuaciones de modificaciones de actos administrativos, consolidadas en

la praxis, no deberían encontrar eco en la LPAC 39/2015, a efectos de su incardinación legal y de la consideración de esta figura exponiendo alguna regulación elemental en la materia.

Un testimonio a favor de la tesis del dictamen posterior del acto sin lesividad es la STS 1465/2023 de 16 de noviembre de 2023 [5] cuando declara: "el certificado final de las obras ejecutadas, en lo que se refiere a las prestaciones económicas derivadas del contrato, es un acto provisional o a cuenta de la liquidación final del contrato, y, por tanto, los pagos derivados de la certificación final de las obras son susceptibles de regularización o ajuste en la liquidación final del contrato, *sin necesidad de acudir para ello a la declaración de lesividad de la certificación final de las obras ejecutadas*" (véase el ATS de 18 de mayo de 2022).

3. ARTÍCULO 34.2 DE LA LPAC 39/2015 (CAUSA, FIN DEL ACTO) Y EL URBANISMO

Según este artículo 34.2 de la LPAC 39/2015, "el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos".

La causa de los actos conecta en el caso de las actuaciones administrativas con el interés público"; en principio, la inexistencia de causa produce la nulidad del acto [6].

Puede profundizarse ahora hablando de la pérdida de la causa de facto. En todo caso, la causa ha de estar presente en todo momento. Un tema típico, sobre la causa, es la causa expropiandi. De hecho, la eliminación de la causa expropiandi (generalmente por anulación del plan del que trae "causa") es motivo de nulidad del acto por pérdida sobrevenida de la causa (con matices a la regla general de la pérdida sobrevenida del objeto, se sitúa la expropiación por ministerio de la ley, que cae fuera de nuestro tema, pero que se estudia en el Tratado mencionado, tomo 1).

Es ejemplar en este sentido, sobre la causa del acto, la STS de 21 de marzo de 2011, rec.5596/2006. El recurrente insiste reiteradamente en que ha desaparecido la causa que justificara el ejercicio del derecho de retracto de la Administración, sobre el bien del administrado recurrente, porque tras el periodo dilatado de tiempo se evidencia que ha desaparecido la causa de utilidad pública del acto, para la adquisición de la finca por retracto, ya que el deficitario estado que justificaba el acto y era su causa había dejado de estar presente. La justificación del acto (retracto) estaba en el "deficitario estado de la finca" y, sin embargo, la finca se encontraba en condiciones inmejorables en el momento del ejercicio del derecho por la Administración, "siendo una explotación modelo en la comarca", con lo que se revela "contrario a la justicia y equidad que la Administración adquiera la finca por un valor irrisorio". La Sala del Tribunal Supremo se da cuenta de que el retracto, siendo legal, es una medida que no se corresponde a la lógica actual del asunto que tiene que resolver. *La Administración recurrida invoca una y otra vez que no ha actuado con fraude alguno y que se trata de la aplicación de la ley.* La sentencia (FJ 7) afirma que "hemos de analizar ahora cuáles son las consecuencias de esta realidad fáctica plenamente acreditada en el proceso sobre la causa de utilidad pública invocada como justificación o presupuesto habilitante de la adquisición de la finca por parte de la Administración autonómica". La sentencia afirma que "no puede pretenderse que tal realidad inicial permanezca inalterada e intacta a los efectos de persistir y perpetuarse indefinidamente -a espaldas de lo probado- justificando y sustentando en las actuales circunstancias la ejecución de retracto". "A la vez que la realidad física de la finca ha evolucionado" (desde la carencia hasta la ejemplaridad) "la causa de utilidad pública que descansaba sobre dicha realidad inicial y que sustentaba el retracto se ha ido desvaneciendo hasta el punto de que en el momento de su ejecución material no se aprecia ninguna razón válida y actual de interés público que justifique el cambio de titularidad de la finca, es decir, la transmisión a la Administración para la sesión pública de la propiedad debatida". **"Ha desaparecido con posterioridad la causa de utilidad pública originariamente invocada sin que por otra parte la Junta de Andalucía demandada acredite o justifique la persistencia de la finalidad pública entonces aducida o identifique el interés público actual en la adquisición de la finca, evitando entrar en este específico debate, esencial en la cuestión que adoptamos"**. El Tribunal Supremo se apoya en los artículos 103 y 106 de la Constitución y art.53.2 de la Ley 30/92 que es donde se regula que el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. "Este precepto establece como requisito de validez de los actos administrativos **la adecuación de su contenido con la finalidad pública** contemplada en la norma que atribuye la potestad al órgano público en cuyo ejercicio dicta el acto administrativo. "Esta adecuación, que determina el ejercicio de la potestad, es un elemento o requisito que la doctrina mayoritaria identifica como la causa del acto administrativo. De manera que el contenido del acto administrativo debe adecuarse o ser congruente con los fines propios de la potestad ejercitada, esto es, con el fin normativo concreto, adecuación o congruencia que con arreglo al citado precepto -53.2 de la Ley de Procedimiento- opera, como hemos dicho, como presupuesto de validez (no de eficacia) del acto administrativo. **Requisito de validez que ha de concurrir no solo en el momento inicial en el que se dicta el acto administrativo, sino que es exigible su persistencia durante el tiempo en el que el mismo despliega sus efectos jurídicos, singularmente cuando el acto administrativo ha de ejecutarse materialmente.** En el supuesto en el que la adecuación que inicialmente concurre cuando se dicta el acto administrativo -por tanto, originariamente válido- se difumina y diluye por ulteriores circunstancias sobrevenidas, esta desaparición determina y provoca -al no operar la causa - la invalidez sobrevenida del acto administrativo, y por tanto la falta de base jurídica para su ejecución. **La consecuencia es que el acto inicial que incurre en invalidez sobrevenida deja de tener aptitud para producir efectos y deviene inidóneo para fundamentar las actuaciones dirigidas a su cumplimiento"**.

Y concluye la STS de 21 de marzo de 2011:

"Con arreglo a lo razonado, **la finalidad del ejercicio del retracto forestal es el destino al que ha de afectarse la finca objeto de transmisión**, esto es, al fin específico que se establece en la legislación forestal **que ampara la transmisión de la finca litigiosa** para su gestión pública. Esta finalidad, como hemos indicado, **la mejora y conservación de la finca forestal (pues no cabe aceptar como tal la ampliación del patrimonio forestal no vinculado a un fin público), ha de predicarse no sólo en el momento en el que se decide por la Administración el ejercicio del retracto -en una concepción estática de la causa del retracto- sino que ha de permanecer y subsistir cuando se decide su ejecución material, esto es, cuando ha de procederse a su realización a través de los correspondientes actos administrativos como los que dan lugar al presente proceso.**

No procede desconectar la causa del acto declarativo del ejercicio del retracto por razón de utilidad pública con la de aquellos actos tendentes a su posterior materialización, pues en ese momento cabe comprobar la validez y subsistencia de la causa respecto del bien sobre el que recae. La constatación de la desaparición sobrevenida de la causa inicial de utilidad pública del retracto en el ulterior momento de su realización -antes de su consumación- por razón de que la finalidad perseguida, la mejora forestal, por circunstancias inusuales, se ha realizado previamente por el comprador, determina que la causa de utilidad pública se haya desvanecido y origina la invalidez sobrevenida de los actos administrativos que disponen la ejecución del retracto, en la medida que dicha causa habilitante o presupuesto legitimador no estaba vigente y no podía identificarse en el momento de su consumación, al faltar la imprescindible adecuación del contenido del acto al fin normativo específico. **Esta invalidez sobrevenida de la causa de utilidad pública en el momento de la ejecución del retracto implica un vicio de anulabilidad que comporta la anulación de los actos impugnados que disponen la ejecución del retracto.**

Esta interpretación resulta conforme con el derecho de propiedad garantizado en el artículo 33 CE, invocado por los recurrentes, pues no cabe la privación del derecho de propiedad en virtud del ejercicio de un acto administrativo que sobrevenidamente carece del elemento esencial de la causa que constitucionalmente lo legitima.

Desaparecida, pues, la causa que determinaba la utilidad pública que había sido declarada por la Sentencia de este Tribunal Supremo con base en la finalidad de reforestación de la finca, es claro que se ha privado de cobertura y fundamento a la ejecución del retracto administrativo, al no mantener su vigencia la lejana decisión de su ejercicio por la Junta de Andalucía. Tal situación trae consigo la desaparición sobrevenida de la declaración de la causa de utilidad pública y, por tanto, la nulidad de las resoluciones administrativas que disponen su ejecución.

Frente a ello no cabe alegar que existía una Sentencia con fuerza de cosa juzgada que obligaba a estar a las consecuencias del citado acto administrativo, incluido el ejercicio del retracto sobre la finca en un ulterior momento. La Sentencia invocada declara la corrección del retracto en el año 1990, pero no legitima ni da cobertura a su extemporánea ejecución cuando se advierte que no concurre ya la causa de utilidad pública que autorizaba dicha actuación, con lo que faltan los requisitos imprescindibles para continuar y llevar a cabo el retracto respecto al bien adquirido por el recurrente, razón por la que deben ser anuladas las

actuaciones posteriores tendentes a la ejecución del retracto.

En fin, sobrevenida la inexistencia de la causa de utilidad pública o de interés social que el artículo 33.3 de la Constitución exige inexcusablemente para la privación de los bienes y derechos de los particulares, esto es, el presupuesto indispensable para proceder a la adquisición forzosa de la propiedad, ello determina que carezcan de finalidad pública las actuaciones desplegadas al amparo de la utilidad pública o interés social inexistentes, habida cuenta de la falta de dicho requisito habilitante e indispensable incluso constitucionalmente para llevar a efecto la transmisión de los terrenos y en consecuencia carece de fundamento que se ultime la transmisión material de la propiedad”.

4. ARTÍCULO 39 DE LA LPAC 39/2015. EFECTOS

En este precepto se regula como es sabido la presunción de validez de los actos administrativos desde la fecha en que se dicten y que la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación o publicación o aprobación superior. Además de la regla de retroactividad cuando se dicten en sustitución de actos anulados (...)

En la praxis se producen muchos casos de **modificaciones** de actos (al margen de la revisión de oficio), así de *proyectos de reparcelación o de urbanización*. Lo normal será entender que los efectos se atribuyen al acto modificado. Lo contrario (es decir, entender que el acto a modificar despliega efectos) iría en contra de la lógica, otorgando efecto a “algo” que no es deseable que tenga eficacia ya que se ha de modificar porque no es válido o correcto u oportuno. Aportamos, como siempre, algunas referencias como fundamento. Nos fijamos en la STS de 25 de mayo de 2000 rec.8443/1994. Lo que interesa de esta sentencia es el sentido que atribuye al hecho de una modificación permitiendo razonar que los efectos se producirán desde que esta se modifique. La conclusión sería que es cuando se modifique la norma, cuando esta “es norma propiamente tal” desplegando sus efectos propios: “Una modificación de una norma no es un acto de aplicación ni de desarrollo ni de ejecución de esa norma, sino que es la norma misma, que resulta modificada; así que, por decirlo con otras palabras, cuando una norma se modifica, no se aplica, ni se ejecuta, ni se desarrolla, sino que simplemente se vuelve a gestar como norma, y el resultado es la norma misma, con igual valor y alcance y significado que aquella tenía” [7].

Recordemos que en materia de convalidación esta produce efectos **desde su fecha**. Y, si se anula el acto, pierde eficacia (STSJ 1774/2002 de la CV de 2 de diciembre de 2002).

Profundizando en general en la “teoría de la eficacia” del acto (aun sin marginar el tema de la modificación), **si se produce falta de eficacia, se deriva la nulidad** de los actos dictados en aplicación de la “norma” ineficaz: “por ello como se dice en la STS de 19 de octubre de 2011) en su FJ 6º es justamente la citada falta de eficacia desde el principio, del PGOU la que impide el nacimiento del posterior Plan Parcial y en consecuencia la nulidad del Acuerdo de su aprobación definitiva del mismo, y del propio Plan” (STS de 8 de enero de 2014 rec.1361/2011)” [8].

Puede también plantearse si, en estos casos, la imposibilidad de atribución de la “eficacia del acto” al “acto aprobatorio originario” pendiente de modificación, supone, por su parte, la pérdida de “la causa” de esos posibles segundos actos dictados en aplicación del acto aprobatorio originario. Ilustrativa en la materia es la **STS de 21 de marzo de 2011** (recurso 5596/2006), comentada en otro lugar de esta misma obra.

Otro debate se refiere a qué ocurre, pues, con **los efectos ya producidos** en el pasado por los posibles actos dictados en aplicación del acto aprobatorio que estaba pendiente de modificaciones. Se plantea la cuestión, pues, de qué ocurre con los efectos producidos en el pasado, ya no solo respecto de la cesación de los efectos pro futuro. En ese contexto, resulta útil, a nuestro juicio, la doctrina de Derecho común, es decir de Derecho civil, cuando menos las aportaciones a la materia de la ineficacia, en el sentido del interrogante expuesto, del profesor L. Díez Picazo (“Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, Anuario de derecho civil, Vol. 14, Nº 4, 1961, pp. 809-834).

Se centra el insigne civilista en el estudio precisamente de la materia que nos interesa, relativa a la “reacción del orden jurídico frente a un negocio jurídico ineficaz”. Es decir, la cuestión se refiere a las situaciones que se puede encontrar el interesado frente a un acto eficaz que no debió serlo. Distingue Díez Picazo por un lado la “desaparición”, que se refiere a la situación en que pueden hacerse desaparecer los efectos del acto, diríamos que, hacia el futuro, presuponiéndose la posibilidad de exigir el cese de los efectos del acto o negocio que no debe tenerlos. Por otro lado, distingue la “consolidación”, como situación referida a los casos en que la ordenación a pesar de la debida ineficacia, mantiene los efectos del negocio porque socialmente es exigible, así como medida para proteger a terceros que de buena fe hayan creído en la eficacia del acto. Distingue asimismo la “propagación” cuando la ineficacia se extiende a otros negocios que con él se hallan en dependencia. En este contexto, la pregunta es si la ineficacia de uno de estos negocios arrastra la de los demás, es decir, si se produce una cadena de ineficacias o como decía Scognamiglio una eficacia propagada. La regla debe ser que la ineficacia del negocio presupuesto o condición acarrea la del negocio dependiente.

Siguiendo, pues, la categoría expuesta de la “desaparición” se produciría la cesación de efectos pro futuro. Y en coherencia con la categoría de la propagación indebida, se trataría de dar solución al hecho de haber sido eficaz un acto que no debió serlo. Nos informa el propio apartado 3 del artículo 39 LPAC que la irretroactividad de los actos administrativos es la regla general [9].

5. LA INEFICACIA COMO MOTIVO PARA ANULAR EL ACTO

Se observa un fenómeno interesante, es decir, situaciones en que se produce la ineficacia de un acto, convenio o plan, derivando -de tal circunstancia de ineficacia- la anulación del negocio jurídico, al margen de la invalidez del mismo. A veces se relacionan estas situaciones con la pérdida de la causa del acto o con el enriquecimiento injusto... Este tipo de reflexiones no quieren ser teóricas, sino desarrollarse sobre una base real o empírica, simplemente para que tengan fundamento. Vamos a ver casos en los que se descubre que no se argumenta en clave de vicio de nulidad o de invalidez del acto, sino que se ha producido una situación de ineficacia del mismo; provocando tal hecho la estimación del recurso contencioso-administrativo y simple anulación formal del acto administrativo.

Por naturaleza jurídica, la ineficacia del acto de facto, al margen del vicio de nulidad, provoca la anulación. Un primer ejemplo sería la STS de 21 de marzo de 2011 (recurso 5596/2006): en este caso la Administración pretendía ejercitar un derecho de retracto, pero ocurría que -en el momento de su ejercicio- había desaparecido la causa para ello, ya que la finca había entrado en un estado mejorable que impedía dicho retracto. Incluso en esta sentencia se daba la circunstancia de que la validez del acto administrativo se había afirmado por una sentencia previa del propio Tribunal Supremo, declarando la procedencia del derecho que pretendía ejecutar la Administración. No obstante, el dilatado tiempo transcurrido había provocado la ineficacia del acto; y con esta clave de ineficacia el Tribunal Supremo se permite argumentar que no se sostiene el acto administrativo en virtud del cual se ejercita dicho derecho de retracto, y lo anula, con lo cual la propiedad permanece en manos del particular, dándole la razón el Tribunal Supremo, ya que la Administración no puede ejercitar un derecho o no puede ejecutar un acto que ha devenido ineficaz. Ineficacia, que se trata de como si fuera un vicio de legalidad más.

Citaríamos en este contexto asimismo aquellos casos en que se dictan **licencias autorizando obras, pero no pueden ejecutarse por algún impedimento**. Casos frecuentes (sobrando citas jurisprudenciales, pues) que pueden relacionarse incluso con el funcionamiento normal a veces de la Administración pública, no observándose un motivo propiamente de invalidez o nulidad, a los efectos de enjuiciar la realidad del caso, sino un impedimento fáctico (o de la eficacia del acto), como por ejemplo un hallazgo arqueológico o el descubrimiento de una afección que hasta el momento no había entrado en escena; por ejemplo, una afección ferroviaria que supone trasladar una línea de edificación frustrando el proyecto edificatorio. Diríamos que la naturaleza del caso puede estar marcada o determinada por un condicionante más fáctico de eficacia que de legalidad misma, aunque se reconduzca hacia este segundo planteamiento.

Este tipo de reflexiones que estamos realizando se refuerzan con esa jurisprudencia, según la cual no se precisa acudir a la anulación del acto porque es suficiente y hasta exigible para la tutela judicial efectiva constatar la situación de ineficacia que se ha producido en el fondo, para derivar genuinos efectos jurídicos; de lo cual es expresión la ilustrativa y ejemplar sentencia (para el tema que nos ocupa) del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2021 recurso 763 9/2019.

Otro ejemplo de esta situación pueden ser **los convenios**. En torno a estos, es igualmente harto frecuente que se produzcan situaciones fácticas que impiden que los convenios desplieguen efectos jurídicos propios, produciéndose la necesidad de analizar las consecuencias jurídicas que tales hechos fácticos producen (STS de 4 de abril de 2019 recurso 1224/2019, donde primero se verifica una situación de ineficacia del acto por el hecho de una causa de imposibilidad sobrevenida trayendo como consecuencia la aplicación de la responsabilidad administrativa; [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 14 de marzo de 2019 recurso 1054/2017](#) donde se razona que ha desaparecido la base del negocio, de manera que la desaparición sobrevenida de la causa supone la pérdida de uno de los requisitos para la existencia del contrato). Apreciamos que este tipo de situaciones pueden relacionarse especialmente con la responsabilidad patrimonial administrativa.

Es claro que en todo proceso administrativo se produce una anulación de un acto o convenio... pero cosa distinta es que dicha anulación derive de los puros términos de ineficacia del acto.

Otro ejemplo: aquellos casos en que no procede la nulidad ni por tanto la revisión de oficio por desaparición de la causa expropiandi y sin embargo dicha desaparición de la causa ha de producir genuinos efectos, en el sentido de impedir o modular el pago del justiprecio. Así, expropiaciones por ministerio de la ley que pueden impedir el efecto invalidante sobre el justiprecio por el hecho de haberse ejercitado en plazo adecuado pero que pueden ser un abuso de derecho o representar un enriquecimiento injusto en sus consecuencias. Lo mismo que reversiones que produzcan esta misma consecuencia.

En efecto, otro ejemplo más se refiere precisamente a esos casos en que entra en escena directamente el enriquecimiento injusto o sin causa: la inexistencia de causa o **pérdida sobrevenida de la eficacia del acto** (como estamos viendo) es una de esas situaciones relacionadas con el enriquecimiento injusto, porque precisamente por la naturaleza subsidiaria de la acción de enriquecimiento "sin causa", este procede cuando ningún mecanismo invalidante puede ya aplicarse.

Buena parte de los casos de enriquecimiento injusto derivan precisamente de situaciones de ineficacia, no de pura invalidez precisamente por no proceder ésta y poder aplicarse, por ello mismo, como cierre del sistema jurídico, la figura del enriquecimiento injusto desplegando sus efectos más allá del fenómeno invalidante, a fin de compensar situaciones jurídicas existentes tras el marco anulatorio o al margen de este por no satisfacer plenamente el puro planteamiento de las nulidades de fondo.

En suma, tanto el tema de la eficacia en el contexto anulatorio, como el tema de la modificación y sustitución de un acto por otro (que, por otra parte, pueden relacionarse entre sí) son temas complejos que merecen atención y que no se encuadran bajo otras figuras, porque tienen perfiles propios.

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Alicante

NOTAS

1. Me remito al estudio hecho al efecto en S. GONZÁLEZ-VARAS, *Tratado de Derecho administrativo*, TOMO 1, 5 edición, Madrid 2024, ed. Civitas.
2. En las concesiones demaniales, se entiende que cabe autorizar la modificación de una concesión demanial, siempre que se respete la inalterabilidad de las ofertas, la igualdad de trato entre los licitadores y se trate de la decisión más adecuada para el interés general (STS Cendoj 2022/927).
3. En el propio ámbito urbanístico expresa esta ratio de la modificación también el caso de la modificación de los planes generales que, cuando son sustanciales tras la información pública que en estos casos se realiza, originan nueva aprobación (modificando la primera y desplegando efectos solo esta última: SSTS de 23 de junio de 1994, **de 23 de mayo de 1991, de 6 de noviembre de 2003**). En sentido procesal informa de la necesidad de esperar a un "segundo acto aprobatorio" sin ser suficiente el acto aprobado, la regla de tener que esperar a un segundo momento (el acto de aprobación final) para recurrir, ya que la aprobación provisional (como acto de trámite) no es acto impugnabile.
4. En la **STS de 26 de mayo de 2021 recurso 7175/2019** se admite la modificación de un acto administrativo, en concreto una autorización ambiental integrada, procediendo a exigir nuevas condiciones en cualquier momento incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos que concurrieron en la tramitación y resolución inicial, siempre que lo haga ateniéndose a los principios de cautela y de acción preventiva y motivando de forma razonable que la imposición de la nueva condición está justificada y es proporcionada al objetivo que pretende conseguir.
5. La cuestión con interés casacional objetivo era la siguiente: "si el órgano de contratación se puede apartar del criterio sobre revisión de precios aprobado en virtud de un acto administrativo firme (resolución aprobatoria de la CFO) mediante un acto administrativo posterior (resolución aprobatoria de la liquidación) sin seguir los cauces procedimentales para ello; es decir, mediante la declaración de lesividad".
6. A. CARRETERO PÉREZ, "Causa, motivo y fin del acto administrativo", *Revista de administración pública*, Nº 58, 1969, págs. 127-148.
7. En el contencioso de esta STS se impugnaba la modificación de un Plan. El TS reacciona contra la sentencia recurrida, por la que se había anulado la modificación del Plan por no haberse publicado. Más bien, el TS deja claro que, aunque el Plan no se haya publicado este es válido, pese a no ser eficaz. Y por eso la nulidad o invalidez del plan dependerá no de que no se haya publicado sino de que existan motivos de fondo por los cuales dicha modificación sea ilegal, es decir, que no esté justificada. Por eso el TS, solventado aquello, entra después a enjuiciar si la modificación es justificada y concluye que sí lo está.
8. La ineficacia (por ejemplo, por falta de la debida publicación de los planes) acarrea la anulación del acto impugnado basado en dicho planeamiento (STSJ de Andalucía, [Sede de Málaga, sentencia n.º 1130/2007, de 11 de mayo de 2007](#)): «de esta forma no pudiendo admitirse en un Plan General la publicidad limitada al texto del acuerdo de aprobación definitiva, por no permitir éste el conocimiento de las normas de planeamiento por sus destinatarios ni satisfacer el principio de seguridad jurídica, hemos de negar, por la falta de íntegra publicación de la normativa del PGOU de Marbella de 1986, **que dicho instrumento de planeamiento pudiera constituir el soporte legal de la licencia otorgada**».
9. J. R. CHAVES GARCÍA, "La maravillosa retroacción administrativa", *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 4, abril 2022, p. 129. Debe aplicarse retroactivamente el artículo 30.3 de la LRJSP cuando sea más beneficioso (STS de 15 de marzo de 2023 rec.8037/2021), cita que me llega de D. GÓMEZ linkedin mayo 2023. Se reconoce la eficacia retroactiva a los actos que conforman los hitos administrativos del RD-I 23/2020, dictados fuera de plazo, para evitar la caducidad de los permisos de acceso y conexión (resolución de la CNMC de 30 de abril de 2024 citando otras).