

REVISIÓN DE OFICIO POR APARIENCIA FRAUDULENTE DE REQUISITOS ESENCIALES ¹

Ignacio Granado Hijelmo ²

RESUMEN: Este estudio tiene por objeto agradecer al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, con ocasión de su XXV Aniversario, su contribución a la Función consultiva, ofreciendo, desde la experiencia del Consejo Consultivo de La Rioja, un análisis de la revisión de oficio por creación artificial de requisitos esenciales para generar fraudulentamente una apariencia de legalidad, sobre todo en materia de plantaciones de viñedo.

SUMARIO: I CONTRIBUCIÓN DEL CJCCV A LA FUNCIÓN CONSULTIVA. II CONCEPTUACIÓN. 1 La revisión de oficio como potestad. 2 La revisión de oficio de actos administrativos. 3. La revisión de oficio de reglamentos. **III FUNDAMENTACIÓN.** 1. Fundamento de la teoría de la invalidez. 2. Fundamento de la potestad de revisión de oficio. 3. Fundamento de la intervención consultiva en la revisión de oficio. **IV. EN ESPECIAL, EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD RADICAL O DE PLENO DERECHO.** 1. Dificultad de asunto. 2. La idea del *orden público*. 3. La idea del *grueso desafuero*. 4. La idea de la *incompetencia manifiesta*. 5. La idea de la *esencialidad*. A) Su plasmación en la LPAC'15. B) La doctrina consultiva sobre los *requisitos esenciales*. C) El concepto prejurídico de *esencia*. D) El concepto jurídico de *esencia*. E) La teoría de la *apariencia*. **V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PLANTACIÓN DE VIÑEDO.** 1. La normativa vitivinícola: su estructura multinivel. 2. Régimen de las replantaciones. 3. En especial, el régimen de las nuevas plantaciones. 4. Publicación de la superficie autorizable. 5. Concurrencia de solicitudes. 6. Criterios de *admisibilidad*. A) Criterio de la disposición. B) Criterio de la capacitación. C) Criterios de legalidad. 6. Criterios de *prioridad*. A) Criterio de la edad. B) Criterio de la novedad. C) Criterio de la jefatura. D) Criterio de la reducida explotación. 6. Procedimiento de reparto. A) Criterio de la puntuación suficiente. B) Fundamentación de estos criterios. 7. Recapitulación. **VI LA APARIENCIA FRAUDULENTE DE CONDICIONES ESENCIALES PARA OBTENER AUTORIZACIONES DE PLANTACIÓN DE VIÑEDO.** 1. El *periculum fraudis* en las plantaciones de viñedo. 2. Los mecanismos de defraudación. 3. La *esencialidad* de los criterios legales. 4. La reacción jurídica contra el fraude. A) La cláusula anti-elusiva de la UE. B) La cautela sobre la creación de condiciones artificiales. C) La revisión de oficio *fraudis causa*. D) La actividad administrativa de inspección y comprobación. E) Consecuencias derivadas. **VII. CONCLUSIONES.**

SIGLAS Y ABREVIATURAS. En este estudio, empleo las siguientes siglas y abreviaturas:

- a.C.= antes de Cristo (era ordinaria).
- art/s.= Artículo/s.
- AGE= Administración General del Estado.
- AOC= Altos órganos Consultivos (incluyendo el Consejo de Estado y los de las CCAA).
- BOR= Boletín Oficial de La Rioja.
- C.00.00.00= *Códex* o Código de Justiniano, citado por su ordenación decreciente.
- CA= Comunidad Autónoma.
- CACat= CA de Cataluña.

¹ Publicado en SOLER SÁNCHEZ, Margarita (coord.) *La Función consultiva en la Comunitat valenciana, XXV Aniversario del Consell Jurídic Consultiu*, Ed. Tirant i Blanch, Tratados, Valencia, 2021, ISBN 978-84-1397-716-4, págs. 383-420.

² Doctor en Derecho y en Derecho Canónico; Académico correspondiente de las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas; Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja.

- CAR= CA de La Rioja.
- Cc= Código civil.
- CCAA= Comunidades Autónomas.
- CCCan= Consejo Consultivo de Canarias.
- CcCat= Cc de Cataluña, en especial su Libro Sexto, aprobado por Ley (de la CA Cat.) 3/2017, de 15 de febrero.
- CCR= Consejo Consultivo de La Rioja
- CFNav= Comunidad foral de Navarra.
- CNav= Compilación o Fuero nuevo de Navarra, aprobado por Ley (preconstitucional) de 1 de marzo de 1973, modificada por Ley foral 21/2019, de 4 de abril.
- CE= Constitución española.
- CEE= Comunidad económica europea.
- CJCCV= Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.
- coord/s= coordinador/es.
- CP= Código penal.
- CVal= Comunidad Valenciana.
- D.00/0000= Dictamen de un AOC citado por su número y año.
- D.00.00.00= Fragmento del *Digesto*, citado por su ordenación decreciente.
- DA= Disposición adicional.
- d.C.= después de Cristo (era ordinaria).
- DCE= Dictamen del Consejo de Estado español.
- DD.= Dictámenes.
- DF= Disposición final.
- DG= Dirección General.
- dir.= director/es.
- D.O.= Denominación/es de origen.
- D.O.C.= D.O. Calificada.
- D.O.C.R.= D.O. Calificada *Rioja*.
- D.O.P. = Denominación/es de origen protegida/s.
- EA= Estatuto/s de Autonomía.
- EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja vigente en su redacción de 1999.
- ex= a consecuencia o a partir de.
- FJ.= Fundamento/s jurídico/s.
- Has.= Hectáreas.
- IER= Instituto de Estudios Riojanos.
- i.f.= *in fine*, al final.
- I.G.P.= Indicación/es geográfica/s protegida/s.

- LBRL'85= Ley (estatal) 7/1985, de 2 de abril, de Bases de régimen local.
- LC= Ley (estatal) 22/1988, de 28 de julio, de Costas.
- LCP= Ley (estatal) 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, texto consolidado.
- LCSP'17= Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.
- LCPVR= Ley (de la CAR) 1/2017, de 3 de enero, de Control del potencial vitícola de la CAR.
- LEF= Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.
- Ley 24/2003= Ley (estatal) 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino.
- LGP= Ley (estatal) 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria.
- LGS= Ley (estatal) 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones.
- LH= Ley hipotecaria, aprobada por Decreto (legislativo) de 8 de febrero de 1946 (texto consolidado).
- LHL= Ley (estatal) de Haciendas locales, Texto refundido aprobado por RDLeg 2/2004, de 5 de marzo.
- LJCA'98= Ley núm. 29/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
- LPA'58= Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.
- LPAC'92= derogada Ley (estatal) 30/2992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común.
- LPAC'15= vigente Ley (estatal) 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.
- LRDA= Ley (estatal preconstitucional) de Reforma y desarrollo agrario, Texto refundido, aprobado por Decreto (legislativo) 118/1973, de 12 de enero.
- LS= Ley (estatal) de Suelo y rehabilitación urbana, Texto refundido aprobado por RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre.
- LSP'15= Ley (estatal) 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público.
- o.c.= obra citada.
- OCM= Organización común de mercado.
- PAC= Política agraria común (de la UE).
- p.e.= por ejemplo.
- p/pp.= página/s.
- pr.= principio.
- RAP= Revista de Administración pública.
- RCas.= Recurso de casación.
- RCPVR= Reglamento de la LCPVR, aprobado por Decreto (de la CAR) 4/2017, de 3 de febrero.
- RD= Real Decreto.
- RD 740/2015= derogado RD 740/2015, de 31 de julio, por el que se reguló el potencial de producción vitícola, modificado por RD 313/2016, de 29 de julio.
- RD 772/2017= derogado RD 772/2017, de 28 de julio, por el que se reguló el potencial de producción vitícola.

- RD. 1338/2018= vigente RD 1338/2018, de 29 de octubre, por el que se regula el potencial de producción vitícola; modificado por: i) RD. 450/2020, de 10 de marzo; y ii) por RD 201/2021, de 30 de marzo.
- RDL= Real Decreto Ley.
- RDLeg.= Real Decreto Legislativo.
- REDUR= Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja.
- REFC= Revista española de la Función consultiva.
- REGEPA= Registro general de la producción agrícola, regulado por el RD 9/2015, de 16 de enero.
- RUE= Reglamento de la UE.
- RUE 1306/2013= vigente Reglamento (UE) núm. 1306/2013, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre la financiación, gestión y seguimiento de la PAC.
- RUE 1308/2013= vigente Reglamento (UE) núm. 1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 (por el que: i) se crea la OCM de los productos agrarios; ii) se derogan los Reglamentos CEE núms. 922/72, 234/79, 1037/2001 y 1234/2007; y iii) se establece un nuevo régimen de autorizaciones para las plantaciones de vid para el periodo 01-01-2016 a 31-12-2030); modificado por RUE 2393/2017.
- RUE 560/2015= vigente Reglamento Delegado (UE) 560/2015, de la Comisión, de 15 de diciembre de 2014 (por el que se completa el RUE 1308/2013); modificado por Reglamento Delegado (UE) 273/2018, de la Comisión.
- RUE 2393/2017= vigente Reglamento (UE) 2393/2017, de 13 de diciembre, del Parlamento y del Consejo (modifica el RUE 1308/2013).
- RUE 273/2018= vigente Reglamento Delegado (UE) 273/2018, de 11 de diciembre de 2017, de la Comisión (modifica el RUE 560/2015 que, a su vez, desarrolla el RUE 1308/2013).
- RUE 274/2018= vigente Reglamento de Ejecución (UE) 274/2018, de 11 de diciembre de 2017, de la Comisión (ejecuta el RUE 1308/2013).
- S.= Sentencia.
- Sc= senadoconsulta.
- SCA= Sala de lo contencioso-administrativo
- SE= Secretaría de Estado.
- SGT= Secretaría/Secretaria/o General Técnico.
- ss.= siguientes.
- STC= Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS= Sentencia del TS.
- TC= Tribunal Constitucional.
- TJUE= Tribunal de Justicia de la UE.
- TS= Tribunal Supremo.
- TSJR= Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.
- UE= Unión Europea.

I. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA A LA FUNCIÓN CONSULTIVA.

Ante todo, deseo expresar mi felicitación por el *XXV Aniversario* que este año 2021 celebra el, para mí tan querido, Consejo hermano de la Comunidad Valenciana, con el que mantengo estrechos vínculos desde que lo presidiera el recordado D. Emilio Attard Alonso, a cuya memoria rindo, una vez más, el homenaje que merece.

Esta congratulación se extiende a la acertada iniciativa de conmemorar la efeméride con la publicación de un libro sobre la doctrina que los AOC han ido elaborando durante este cuarto de siglo sobre los distintos bloques en que legalmente les compete dictaminar.

Agradezco, pues y profundamente, la invitación que se me ha cursado para participar en este libro y, al hacerlo, reitero mi reconocimiento a la gran labor que el CJCCV viene desarrollando, no sólo en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sino en el general de la Función consultiva española, donde ejerce un indiscutible liderazgo, con iniciativas encomiables, como la publicación de la REFC que me ha acogido repetidamente en sus páginas y que tanto debe al impulso de D. Vicente Garrido Mayol, a la coordinación de D. Fernando García Mengual y al entusiasmo, en consolidarla y potenciarla, de D^a Margarita Soler Sánchez.

La revisión de oficio es el asunto sobre el versa mi humilde aportación a este libro homenaje, en la que sólo pretendo completar lo que ya expuse, sobre esta institución jurídico-pública, en REFC³, pero haciendo ahora especial hincapié en la nulidad radical por apariencia fraudulenta de requisitos esenciales, para reflejar mi experiencia en los muchos dictámenes, en cuya elaboración he participado, sobre casos en que el acto revisado parece reunir los requisitos esenciales de validez, pero tal apariencia ha sido creada artificiosamente para obtenerlo, especialmente en materia de plantaciones de viñedo⁴.

Siguiendo el orden expositivo resumido en el precedente Sumario, comenzaré por recordar el concepto de la institución que constituye objeto de este estudio; la revisión de oficio.

II. CONCEPTUACIÓN.

1. La revisión de oficio como potestad.

³ I. Granado Hijelmo, “La revisión de oficio en la doctrina del Consejo Consultivo de La Rioja (1996-2010), en especial respecto a la causa del artículo 62.f) de la Ley 30/1992 y a los límites de su artículo 106”, en *REFC*, 14, 2010, pp. 277-329.

⁴ El CJCCV, cuya doctrina general en materia de revisión de oficio resulta encomiable en el marco de los AOC, ha contemplado la concreta materia vitícola en diversos dictámenes referidos a la trasposición autonómica de la normativa de la UE al respecto (cfr. D. 372/2004; D.729/2006; D.38/2018; D.186/2017; D.185/2017; y D. 403/2019); si bien, como revela su buscador *web*, no parece que se haya producido en la CVal. una revisión masiva de autorizaciones de plantación por motivo de falseamiento de las condiciones, por lo que puede ser de utilidad la experiencia consultiva que, para conmemorar su aniversario, apporto, como homenaje, desde la CAR.

La revisión de oficio es una potestad jurídico-pública de autotutela directamente conferida por la ley a las Administraciones públicas para, mediante una decisión del órgano competente y previo el procedimiento establecido, invalidar por sí mismas, con o sin previa instancia de parte interesada, sus propios actos administrativos declarativos de derechos o disposiciones reglamentarias cuando sean nulos de pleno Derecho, es decir, radicalmente nulos por incurrir en alguno de los vicios taxativamente determinados por la misma ley que la confiere y ello sin necesidad de impugnarlos antes en vía jurisdiccional, aunque sin perjuicio del eventual control judicial posterior del acto administrativo revisor.

2. La revisión de oficio de actos administrativos.

El precepto que confiere la potestad jurídico-pública en que la revisión de oficio consiste es el art. 106.1 LPAC'15, a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art.47.1”*.

El citado art. 47.1 LPAC'15 sólo considera incursos en nulidad radical o de pleno Derecho a los actos administrativos incursos en alguno de los siguientes casos: *“a) los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; c) los que tengan un contenido imposible; d) los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y g) cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”*⁵.

3. La revisión de oficio de reglamentos.

La misma potestad de revisión de oficio puede proyectarse sobre las disposiciones reglamentarias pues, aunque es más simple derogarlas, el art. 106.2 LPAC'15 la confiere inequívocamente al establecer que: *“asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el art. 47. 2”*.

El aludido art. 47.2 LPAC'17 únicamente considera nulas de pleno Derecho las disposiciones administrativas cuando: i) vulneren la CE, las leyes u otras disposiciones

⁵ Es *numerus apertus*; así, destacan: i) las infracciones **urbanísticas** en materia de zonas verdes y espacios libres de uso público (art. 55 LS) y de **costas** (art. 9 LC); ii) las infracciones del régimen **contractual** previstas en el art. 39 LCSP'17; iii) la falta de **crédito** presupuestario señalada en los arts. 46 LGP, 173.5 LHL y 36.1.b) LGS; iv) los actos y disposiciones dictados para eludir el cumplimiento de **sentencias**, según el art. 103.4 LJCA; y v) los actos de Colegios profesionales dictados con infracción **manifiesta** de ley, según el art. 8.3 LCP (residuo legislativo, derivado de cuando existía esta categoría de nulidad en la LPA'58, cuya depuración fue olvidada al modificar la LCP en 1978).

administrativas de rango superior; ii) regulen materias reservadas a la Ley; o iii) establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

III. FUNDAMENTACIÓN.

1. Fundamento de la teoría de la invalidez.

La generalidad de la revisión jurisdiccional hace que la revisión de oficio en vía administrativa constituya un medio excepcional que el propio legislador ha limitado, en cuanto a su objeto, a los casos de nulidad de pleno Derecho, y ha sometido, en cuanto al procedimiento, a la exigente garantía de un, previo y favorable, dictamen del correspondiente AOC. Y esa excepcionalidad ha de servir como criterio interpretativo al aplicador jurídico.

Además, la habitualidad con la que, desde la LPA'58, nuestros AOC han venido interviniendo en materia de revisión de oficio no puede hacer olvidar que la revisión de oficio se basa en una dogmática sobre la nulidad radical y la potestad revisora que no es general en Derecho Comparado, donde la teoría de la invalidez, siguiendo en esto la tradición canónica, es genérica y no suele distinguir especies (como la nulidad radical, la infracción legal manifiesta, la mera anulabilidad o la irregularidad no invalidante); y, en consecuencia, tampoco se tienen como criterios absolutos los que nosotros seguimos reputando inherentes a la nulidad radical, tales como la carencia de efectos (*nullum effectum producit*), la retroactividad (*nullum est ab initio*) o el carácter no convalidable e imprescriptible (*tractu temporis non potest convallescere*), los cuales son aplicados de manera pragmática según las exigencias de cada caso concreto.

Es más, los sistemas jurídicos anglosajones residen en vía judicial la revisión de actuaciones administrativas inválidas al entender que el *common law* es precisamente *común* porque resulta aplicable tanto a los ciudadanos como a las Administraciones públicas; y de ahí que la apreciación y consecuencias de la invalidez sean entendidas de manera más flexible que en los modelos latinos de previa revisión administrativa de oficio y posterior revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta tensión dogmática es diacrónica pues procede del Derecho común romano-canónico, donde la multiplicidad de términos para aludir a la invalidez (inexistencia, nulidad, anulabilidad, irregularidad, irritabilidad, inutilidad, ineficacia) y los medios jurídicos para reaccionar contra ella (anulación, irritación, revisión, rescisión, resolución, revocación, restitución, convalidación, conversión, rectificación, modificación) no son tan unívocos como sostenemos en España tras la recepción del pensamiento administrativo de Zanobini a través de la obra de Garrido Falla.

Esta tensión de la teoría de la invalidez se ha hecho evidente en una de las manifestaciones más graves de la nulidad cual es la inconstitucionalidad, donde el TC ha terminado por reservarse la delimitación de sus efectos y, así, desde la doctrina constitucional, se ha redescubierto, en el ámbito jurídico-administrativo, el antiguo criterio civil de que la apariencia de validez (que, en el tráfico jurídico, ha presentado lo nulo antes de ser declarado como tal) ha podido generar efectos que, si afectan a terceros de buena fe o a intereses públicos prevalentes, deben ser protegidos.

En cualquier caso, la LPAC'15, partiendo de la distinción entre invalidez e ineficacia, sigue nuestra teoría tradicional en esta materia, al acomodar los medios de revisión (de oficio, en virtud de recurso o en vía judicial) a la clasificación escolástica de la invalidez (nulidad radical o de pleno Derecho, nulidad simple o mera anulabilidad,

revocación de actos desfavorables, rectificación de errores) y fundamentarla en dos criterios de antigua raigambre, como son la gravedad de las infracciones legales y el carácter favorable o desfavorable que, para los ciudadanos, presentan las actuaciones revisables.

2. Fundamento de la potestad de revisión de oficio.

La revisión de oficio encuentra su fundamento inmediato en el *privilegio de autotutela* (arts. 38,39, 98 y 106 LPAC'15), por el que la Administración pública, a diferencia de los particulares, está habilitada legalmente para declarar (autotutela *declarativa*), ejecutar (autotutela *ejecutiva*) y revisar (autotutela *revisora*), por sí misma, sus propios actos, sin tener que impetrar para ello el previo amparo de los órganos judiciales, aunque sin perjuicio del ulterior control jurisdiccional de sus actuaciones revisoras (art. 106.1 CE).

Pero conviene matizar que, en rigor, dicho fundamento estriba en el *principio de legalidad* (art. 9.3 CE), por el que la Administración queda plenamente sujeta a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y, por tanto, está legalmente habilitada para aplicar su potestad de autotutela en forma de revisión de oficio con objeto de invalidar sus actuaciones ilegales; de suerte que, mientras que la autotutela (sin previo amparo judicial) sólo es conferida por la ley a los sujetos privados en casos excepcionales y siendo, para ellos, facultativo ejercitarla⁶; la autotutela administrativa es conferida por la ley a las Administraciones públicas como una potestad ordinaria y de ejercicio obligado, aunque sujeta a estrictos límites jurídicos en su ejercicio, tales como la competencia, el procedimiento y la intervención, previa, necesaria y habilitante, de los AOC.

La potestad de revisión de oficio que, además, no está sujeta a plazo (art. 106 LPAC'15), supone un formidable privilegio administrativo de autotutela, pues no tiene por objeto generar actos o reglamentos ejecutivos (autotutela de primer grado), sino eliminar actos o reglamentos nulos de pleno Derecho (autotutela de segundo grado), sin necesidad de recabar para ello el amparo judicial.

Esta potestad revisora contrasta con la sujeción general que vincula a los ciudadanos a residenciar, ante los órganos jurisdiccionales competentes, sus pretensiones de anulación de actos administrativos o de disposiciones reglamentarias (art. 25 LJCA'98); sujeción a la que no pueden sustraerse ni siquiera las Administraciones públicas cuando el acto o disposición reglamentaria que traten de revisar sea meramente anulable por adolecer de vicios distintos a los que legalmente causan la nulidad de pleno Derecho, cuales son los constitutivos de cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 48 LPAC'15); pues tales actos o disposiciones anulables sólo pueden ser objeto de una previa declaración de lesividad para el interés público, seguida de su impugnación, en plazo cuatrienal, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 107 LPAC'15).

⁶ La legislación permite, excepcionalmente, a los particulares, proteger o imponer sus derechos por propia autoridad, sin tener que acudir para ello a los órganos judiciales, en ciertos casos en que concurren razonables circunstancias exonerantes, como la legítima defensa (art. 20.4 CP), el estado de necesidad (art. 20.5 CP), o la menor utilidad de la intervención pública, como sucede, entre otras, en las facultades civiles de persecución del enjambre propio en fundo ajeno (*ius perseguendi*, art. 612 Cc); el corte de raíces ajenas en fundo propio (*ius avellendi*, art. 592 Cc); el *ius retentionis* de la prenda (art. 1866 Cc); la ejecución hipotecaria extrajudicial (arts. 1858 Cc y 129 LH), o el pacto comisorio para la resolución de pleno derecho de la venta por impago del precio fehacientemente intimado (art.1504 Cc).

3. Fundamento de la intervención consultiva en la revisión de oficio.

Es opinión doctrinal generalizada que la intervención de los AOC en el procedimiento de revisión de oficio implica un sabio equilibrio de *pesos y contrapesos* de poder, en cuanto que la potestad revisora supone un *privilegio* para la Administración que se compensa con la *garantía* que, para el ciudadano, supone el, previo, preceptivo y habilitante, dictamen del AOC que corresponda ⁷.

Esta argumentación suele darse para justificar, con carácter general, la intervención de los AOC en las diversas materias en que la legislación requiere su dictamen; pero estimo que las razones originarias de dicha intervención consultiva eran otras.

Así, en las reclamaciones de indemnización contractual o extracontractual (responsabilidad patrimonial), vengo sosteniendo que la razón por la que se impuso la intervención de los AOC fue hacendística, en concreto, la tutela de los caudales públicos, para que éstos no se dilapidasen en virtud de decisiones, más o menos discrecionales, como las que requiere la fijación de indemnizaciones resarcitorias. Así lo revela el hecho de que la responsabilidad patrimonial fue regulada en la LEF, que también creó otra instancia neutral (los Jurados de expropiación) para la fijación de los justiprecios expropiatorios (otra decisión bastante discrecional que compromete los caudales públicos).

En el caso de la revisión de oficio, la justificación originaria de la intervención de los AOC entiendo que radicaba más bien en la necesidad de sujetar a medidas de curatela la gestión patrimonial de las Administraciones públicas, a las que, históricamente se sometió a un estatuto de control similar al instaurado en Derecho romano para los *minores* de 25 años.

Así lo analicé en mi precitado estudio sobre la revisión de oficio, en el que situé sus orígenes en las medidas pretorias de *restitutio in integrum* para asegurar el

⁷ Adalid de esta idea fue el recordado D. Landelino Lavilla Alsina, “La revisión de oficio de los actos administrativos”, en *RAP*, 34, 1961, pp. 53-98.

cumplimiento de la *Lex Laetoria*⁸ y del Senadoconsulto *macedoniano*⁹ o de la interdicción de la *laessio enormis*¹⁰.

Estas medidas, desde el Derecho común, fueron traspuestas al control de los actos administrativos de significado económico (potencialmente *lesivos* para los caudales públicos), el cual se encomendó a instituciones (internas o externas) especializadas (como las Intervenciones Generales de las distintas Administraciones públicas) y a los órganos de enjuiciamiento contable (como el Tribunal o las Sindicaturas de cuentas)¹¹; y terminaron aplicándose también al control de la revisión de oficio por motivos de legalidad (*lesividad* por ilegalidad), para el que se arbitró la intervención preceptiva de los AOC, como instancia pensada para aportar, con su *auctoritas*, una especie de complemento de capacidad¹² y, en suma, la racionalidad jurídica que precisa una medida administrativa tan extraordinaria como la revisión de oficio¹³.

⁸ La *Lex Laetoria*, a veces denominada *Plaetoria*, *de circumscriptione adulescentium*, es una ley pública comicial promulgada entre 190 y 180 a.C, a instancia de un magistrado llamado Laetorio o Plaetorio, que prohibió aprovecharse de la inexperiencia de un menor de 25 años al entablar negociaciones con el mismo. De esta *Lex* nacía una acción, penal e infamante, contra el que engañó al menor; pero, si aquél pretendía exigir a éste el cumplimiento de lo prometido, el pretor amparaba al *adulenscens* con una *exceptio legis laetoriae* (D.44.1.7.1); y, si el negocio ya se había consumado, con una *restitutio in integrum aetatis causa* (D.4.4.1.1).

⁹ El *Sc Macedonianum* fue aprobado entre 69 y 79 d. C, es decir, en la época de Vespasiano, cuando el Senado quedó horrorizado ante el caso de un *alieni iuris* llamado Macedo que mató a su padre para convertirse en *sui iuris* y poder así hacer frente a las deudas contraídas con los prestamistas que le apremiaban a pagarles. Su texto, recogido en D 14,6.1 pr, prohibió a los hijos de familia tomar dinero en préstamo, por lo que desplegaba sus efectos por la vía del *ius honorarium* cuando el pretor denegaba la acción condicticia (*condictio mutui* o *actio certe creditae pecuniae*) al acreedor del hijo o amparaba a éste (y, de forma refleja, a su padre) con una *exceptio Sc Macedoniani*, salvo que el préstamo hubiera sido autorizado por el *pater familias*.

¹⁰ En el Bajo Imperio, como medida anti-inflacionista, el diocleciáneo *edictum de pretiis* limitó la antigua libertad de precios (D.4.4.16.4); y Justiniano (C.4.44.2) terminó exigiendo, como correctivo de equidad, la equivalencia de contraprestaciones, al instaurar la rescisión por lesión de las transacciones cerradas por más del doble del precio justo (*laesio ultradimidium*). Esta institución, como *lesión enorme* o *enormísima*, se conserva en los Derechos civiles de Cataluña (arts. 621.46 a 621.58 CcCat. y 500-506 CNav.) y es de advertir que, si bien el art. 1293 Cc la prohibió con carácter general, sin embargo la conservó para las particiones (arts 1075 y 1076 Cc) y, significativamente, para los contratos que celebren los tutores sin autorización judicial (art. 1291.1 Cc), que es precisamente el supuesto rescisorio equiparable al control administrativo que entiendo subyace en la preceptiva intervención de los AOC en materia de revisión de oficio.

¹¹ La intervención crítica de gastos y pagos (que, desde la época de Marco Aurelio, correspondía al *curator minoris*, cfr. D.26.7.32.4) está plasmada en los arts. 148 y ss LGP.

¹² El término *auctoritas*, deriva del verbo *augere*, que implica un aumento o aportación complementaria (*supplementum*) que, si bien deja incólume aquello sobre lo que incide, sin embargo, lo potencia y enriquece. Cuando la *interpositio auctoritatis* es preceptiva, se convierte en un requisito legal para la validez del acto. En el caso de los incapaces, la intervención de tutores o curadores ha sido históricamente entendida como una suplencia de la capacidad de obrar; pero, en caso de las Administraciones públicas, su “capacidad de obrar” viene determinada por la legalidad (art. 103.1 CE), de suerte que dicha suplencia se transforma en una supervisión de si lo actuado por la Administración se ha sujetado o no a la legalidad.

¹³ Un rastro de ese origen histórico se encuentra en el plazo de cuatro años señalado en el art. 107.2 LPAC'15 para las declaraciones de lesividad de actos anulables, que es el tradicional de las acciones rescisorias (art. 1299 Cc) y anulatorias (art.1301 Cc). La propia denominación “lesividad” también remite a la *laesio* que, como he apuntado, está en la base histórica de la revisión.

Se comprende así que, en el procedimiento revisor, se haya incardinado la preceptiva intervención del AOC, cuyo significado, no sólo es garantizar el interés de los ciudadanos favorecidos por lo que se pretende revisar (función de garantía), sino también controlar la potestad revisora de la Administración actuante (función de control).

En otras palabras, lo que se pretende con la exigencia de un, previo, preceptivo y habilitante, dictamen consultivo en estos casos es dotar, al ejercicio del poder revisor de la Administración (*potestas*), de la legitimación que sólo puede conferir el saber jurídico del AOC (*auctoritas*), dictaminando que la revisión pretendida responde a la normativa vigente y a la racionalidad general del sistema jurídico.

El dictamen se manifiesta así como un acto de *auctoritatis interpositio* por el que el AOC legitima y controla, con su saber, al poder, garantizando, frente a todos y, en especial a los interesados, la legalidad y racionalidad que ampara la extraordinaria potestad que de oficio pretende ejercitar la Administración revisora.

IV. EN ESPECIAL, EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD RADICAL O DE PLENO DERECHO.

1. Dificultad de asunto.

No es fácil atisbar un hilo conductor que hilvane todas las causas legales de *nulidad radical o de pleno Derecho* que señala la LPAC'15 y las distinga de las infracciones legales que provocan la mera *anulabilidad*, máxime cuanto ésta comprende tanto de las infracciones *simples* como las *manifiestas* (que el art. 110 LPA'58 había erigido en categoría especial).

En efecto, de la lectura del art. 47 LPAC'15 parece deducirse que no basta, para que un acto sea radicalmente nulo, con que le afecte una falta de competencia o de procedimiento, pues el legislador cualifica esa carencia exigiendo que la incompetencia sea *manifiesta* o que la falta de procedimiento sea *total y absoluta*. Tampoco es suficiente que el contenido del acto sea raro o inusual, sino que debe ser *imposible*; ni que implique una infracción legal cualquiera, pues la ley limita la nulidad radical a los actos que lesionen derechos fundamentales o bienes penalmente protegidos, es decir, que tengan relevancia *constitucional o penal*. Una gravedad semejante se exige para declarar la nulidad de pleno Derecho de los reglamentos, pues no basta con que éstos incurran en cualquier infracción legal, pues se exige que lesionen los principios de jerarquía, reserva de ley o irretroactividad *in malam partem* garantizados por el art. 9.3 CE, es decir, que impliquen infracciones *constitucionales*.

Ante esta cualificada gravedad que revelan las expresiones del art. 47 LPAC'15, se han esbozado diversos intentos para explicarlas de manera unitaria.

2. La idea del orden público.

Una primera explicación que se ha apuntado consiste en la idea de que el art. 106 LPAC'15 está pensando en vicios de *orden público*¹⁴.

¹⁴ Cfr. E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª ed, Madrid, 2008, Civitas, p. 644.

Pero este es un concepto jurídico indeterminado con múltiples contenidos y virtualidades en las distintas ramas del Derecho. Por ejemplo: i) en Derecho internacional privado, el orden público significa una excepción a la aplicación del Derecho extranjero cuando el mismo afecte a las más profundas concepciones jurídicas nacionales; ii) en Derecho Mercantil, se emplea el término orden público *económico* para aludir a las instituciones que preservan la unidad y funcionalidad del mercado; iii) en Derecho Penal, el orden público se refiere al resultado externo de la *seguridad ciudadana*; y iv) en Derecho Administrativo, suele entenderse por orden público el normal funcionamiento de las instituciones, el regular ejercicio de los derechos y el ordinario cumplimiento de las obligaciones.

Pero, recientemente, la STC 46/2020, de 15 de junio, dictada en un caso de impugnación de un laudo arbitral, es decir, en un ámbito de Derecho procesal, ha señalado que el *orden público* es un concepto jurídico indeterminado al que no puede darse un uso omnímodo, pues sólo “*comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados en la CE, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente*”.

3. La idea del grueso desafuero.

Ante este panorama, una generalizada opinión doctrinal entiende que las causas de nulidad radical determinadas en la LPAC'15 se reconducen a, como ha sostenido la jurisprudencia, demasías, excesos, groseros desafueros o graves carencias estructurales, que afectan, no tanto a la regularidad legal de la actuación o disposición reglamentaria, cuanto a su misma existencia como realidad jurídica susceptible de generar efectos externos¹⁵.

Desde luego, esta opción es difícilmente controvertible debido a que la generalidad con la que se formula permite abarcar supuestos tan diversos como: i) la incompetencia manifiesta (que no es tanto jerárquica, territorial o funcional cuanto una falta de potestad en el órgano decidente); ii) la falta de procedimiento (que implica una insubsanable vía de hecho); o iii) la imposibilidad del contenido (que supone una estructural incoherencia). Pero, precisamente, esa generalidad priva a esta opinión de valor concreto.

4. La idea de la incompetencia manifiesta.

Algunos autores¹⁶, partiendo de que la competencia no es sino la medida de la potestad, han querido reconducir los distintos excesos o demasías contemplados en el art. 47 LPAC'15 al caso de la *incompetencia manifiesta*, debido al virtual alcance institucional que este supuesto tiene si se lo entiende en términos de falta de potestad.

En efecto, la lógica institucional del *principio de legalidad* determina la íntima sujeción (*positive binding*) de la Administración pública al Derecho, de suerte que ninguna entidad administrativa puede tener una voluntad que no sea ajustada a la legalidad; y, así, cualquier exceso que conlleve la falta de cobertura jurídica de la acción administrativa supone una incapacidad radical de obrar para el órgano actuante, esto es una incompetencia; y, si el defecto es abultado y grave, dicha incompetencia debe

¹⁵ Cfr. E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso*, o.c, p. 648.

¹⁶ Cfr. E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso*, o.c, pp. 645-647.

tenerse por *manifiesta* a título de defecto o ausencia de potestad: por lo que, en rigor, todos los casos de nulidad radical podrían resumirse en éste.

En mi opinión, esta postura reconduce el problema a la dinámica propia del *principio de legalidad*, pero no lo resuelve; ya que, si toda falta de cobertura legal conlleva una incompetencia, queda por aclarar cuándo ésta es *manifiesta*, para determinar una nulidad radical; y cuándo es *simple*, para determinar una mera anulabilidad; por lo que, en suma, este criterio regresa al del *grueso desafuero*. Estimo, pues, que merece la pena indagar si no está en la *esencialidad* el fundamento del casuismo recogido en el art. 47 LPAC'15

5. La idea de la *esencialidad*.

A) Su plasmación en la LPAC'15.

No debe olvidarse que el legislador, en la tesitura de encontrar un calificativo definidor de la carencia que genera la nulidad radical, ha optado por el adjetivo *esencial*, pues lo emplea, en el art. 47 LPAC'15, al referirse a la infracción de las reglas de formación de voluntad de los órganos colegiados y lo repite cuando alude a la falta de los requisitos para adquirir derechos o facultades. Ante esta reiteración, cabe preguntarse si no estará en la *esencialidad* la fundamentación de las diversas causas legales de nulidad radical que el legislador adjetiva con otros calificativos de radical profundidad como *constitucional*, *penal*, *imposible*, *manifiesta*, *total* o *absoluta*.

B) La doctrina consultiva sobre los *requisitos esenciales*.

Siguiendo la pauta del Consejo de Estado¹⁷, la doctrina de los AOC ha recordado la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos¹⁸, porque la categoría jurídica de la *nulidad de pleno Derecho* es, dentro de la teoría de la invalidez, una excepción frente a la *anulabilidad*, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15).

Por ese mismo carácter excepcional de la nulidad de pleno Derecho, los AOC, en la aplicación del art. 47.1.f) LPAC'15 (antes, art. 62.1.f, LPAC'92), han trazado un concepto sumamente estricto de lo que debe entenderse por *requisitos esenciales* cuya ausencia determina la nulidad radical de los actos administrativos atributivos de derechos o facultades.

A pesar de la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es casuística, pueden señalarse, como orientaciones generales, que, para los AOC, sólo son requisitos esenciales “*los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate*”¹⁹, o los “*relativos a la estructura definitoria del acto*”²⁰.

Por otra parte, la calificación de un requisito como *esencial* ha de ceñirse “*al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate*”²¹; pues “*la esencialidad*

¹⁷ Cfr. DCE 485/2012, de 24 de mayo, y los en él citados.

¹⁸ Así, p.e, el CCR en D.20/06 y D.88/07, entre otros. En el mismo sentido, cfr, entre otros, el reciente D. 667/2020 del CJCCV, con cita de la STS de 13-12-2018 y del DCE de 22-09-2016.

¹⁹ DCE 845/2013.

²⁰ DCE 2.741/2010.

²¹ DCE 461/2009.

*presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna”*²². La razón estriba en que “no todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse ‘esenciales’: tan sólo los más significativos y, directa e indisociablemente, ligados a la naturaleza misma de aquél”²³.

Por consiguiente, puede decirse que la doctrina de los AOC²⁴ sostiene que no todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*; pues una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad radical, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica.

Así pues, en la doctrina de los AOC, la *esencialidad* de los requisitos debe: i) referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o una facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisociablemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate²⁵.

Esta doctrina conlleva: i) que el art. 47.1.f) LPAC’15 (como antes el art. 62.1.f) LPAC’92) debe ser objeto de una interpretación *estricta*, para no conferir un sentido amplio a los requisitos esenciales de que se trate; y ii) que debe distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho.

C) El concepto prejurídico de *esencia*.

Ha sido, pues, notable el esfuerzo de la Función consultiva por aclarar el sentido jurídico de la *esencialidad* en el art. 106 LPAC’15. Pero entiendo que debemos profundizar más para desentrañar si el mismo puede fundamentar el conjunto de causas legales de nulidad radical; y esa profundización es filosófica.

En efecto, como quiera que *esencial* es lo referido a la *esencia*, la apelación del legislador a lo *esencial* convierte en metafísica la determinación de qué hace que algo sea nulo; puesto que, si la *existencia* es el universal del ser que determina que algo *es*, pero sin explicar *qué es*; la *esencia* asume esa explicación, pues es el universal del ser que hace que ese algo existente sea precisamente lo que es y, además, explica en *qué*

²² DCE 485/2012.

²³ Cfr. STS, 3ª, 26-11-2008 (R.Cas 1988/2006). Esta misma idea la ha expresado el D. 585/2011 del CCCan, al señalar que la expresión *requisito esencial* de un acto administrativo debe reservarse a “*aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma*”.

²⁴ Cfr. DCE 3491/99, seguida, p.e, por el CCR en D.44/17, D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17.

²⁵ Cfr, p.e, D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17 del CCR, entre otros.

consiste, por encima de sus variantes circunstanciales. En suma, puede decirse que la *esencia* supone que una realidad *es* y *existe*, pero va más allá, pues también nos revela *qué es* y *en qué consiste*.

Repárese en que aquí *esencia* alude a *sustancia* de algo en sí, no a sus *accidentes*; pero no remite al concepto de *materia* o realidad *nouménica* subyacente, sino al de *forma*, pues es ésta precisamente lo que, como principio *fenoménico*, hace que algo sea lo que es y que precisamente sea como es, por encima de sus circunstanciales variaciones. La *forma* determina, pues, la *esencia* de cada ser, lo constituye como tal, lo manifiesta externamente y permite distinguir los distintos elementos que lo componen, enseñándonos, en suma, su identidad. Estos elementos son cada una de las estructuras que constituyen a ese ser como entidad existente e identificable. Por ello, la falta de cualquiera de tales elementos estructurales determina el *no ser*, es decir, la inexistencia absoluta de la entidad afectada por esa carencia que la convierte en completamente inidentificable.

Llegados a este punto, podemos regresar a la conceptualización jurídica.

D) El concepto jurídico de *esencia*.

El concepto ontológico de *forma* como conformación del ser (*forma dat esse rei*) es crucial en Derecho, pues las normas jurídicas que componen el *ordenamiento* jurídico *juridifican*, es decir, dan forma o *conforman*, la realidad social elevándola a jurídica, al incidir sobre los elementos (sujetos, objetos, actuaciones) que la integran; y determinan en ella efectos, no sólo *obligatorios*, sino, primordialmente, *constitutivos*, así denominados porque constituyen y generan las diversas posiciones jurídicas (activas o de poder; pasivas o de vinculación; y neutras o de libertad), cuyo respectivo engranaje produce el *orden* jurídico.

Es claro, pues, que el *ordenamiento* jurídico genera el *orden* jurídico, que no es sino el conjunto interrelacionado de posiciones jurídicas de poder, vinculación y libertad que las normas producen al incidir sobre los elementos sociales. En otras palabras, el *ordenamiento* es el principal factor de *formalización* jurídica de las realidades sociales; y, por eso, en cada una de sus normas, cabe distinguir el *supuesto de hecho* social que contemplan (*tatbestand*) y la consecuencia jurídica (*rechfolge*) que le anudan.

Ahora bien, ambos elementos estructurales (el hecho ordenado y la consecuencia ordenadora) tienen, a su vez, su propia *forma*, que les constituye en lo que cada uno de ellos es: i) un hecho o realidad extrajurídica que hay que ordenar; y ii) una disposición jurídica (sea una resolución judicial o administrativa singular o plural o una disposición legal o reglamentaria) que lo ordena con arreglo a un determinado sistema de valores apoyado en la Constitución (en la que toda disposición interna encuentra su fundamento), defendido en el Código penal (como sistema de bienes jurídicos protegidos) y radicado, en último término, en la *racionalidad* (ya que el *Estado de Derecho* es un *Estado de razón*, como se desprende del art. 9.3 sobre interdicción de la arbitrariedad)²⁶.

²⁶ Cfr. mi estudio “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en E. Hinojosa Martínez; N. González-Deleito Domínguez (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Madir, Civitas-Junta de Andalucía, 1996, pp. 123-189.

Por tanto, la incidencia juridificadora de las normas sobre la realidad normada presupone la misma naturaleza de dicha realidad como *ser* (entidad), por encima de sus circunstanciales variaciones; de suerte que la falta de cualquiera de los elementos constitutivos de dicha realidad determina su *no ser*, es decir, su inexistencia absoluta; y, por tanto, la nulidad radical, puesto que el Derecho sólo puede *juridificar* (elevantar a jurídica) y conferir consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho que constituya una realidad existente.

Correlativamente, sólo una disposición jurídica que exista como tal puede tener virtualidad juridificadora, formalizadora y conformadora de la realidad social, por lo que, si carece de alguno de los requisitos constitutivos de su regular formulación como tal disposición jurídica (competencia, procedimiento, jerarquía, respeto a los dogmas constitucionales, notificación o publicación), adolecerá de inexistencia jurídica y, por tanto, de nulidad de pleno Derecho, pues sólo puede formalizar y crear orden jurídico, una disposición que haya nacido y se haya incardinado, previa y regularmente, en el ordenamiento jurídico con todos sus elementos esenciales, esto es, que haya sido aceptada como norma jurídica por la ciudadanía al no contrariar su sistema constitucional y penal de valores y bienes fundamentales.

Por ello, entiendo que los *gruesos desafueros de orden público o de manifiesta incompetencia* a los que doctrinalmente se ha tratado de reconducir las causas de nulidad radical, no son, en rigor, sino casos en los que la disposición administrativa (acto o reglamento) de cuya revisión de oficio se trata, adolece de una falta de *racionalidad* que impide su existencia jurídica y, por tanto, su validez y eficacia en Derecho, porque tal defecto implica la carencia estructural de algún elemento constitutivo de su misma *esencia*, sin el cual (*condicio sine qua non*) el acto o el reglamento no pueden ser lo que aparentan ser.

E) La teoría de la *apariencia*.

El planteamiento que acabo de exponer conlleva que el acto o reglamento que carece de alguno de sus requisitos *esenciales*, aunque no existe (pues carece de la *esencia* que pueda identificarlo como tal), sin embargo, *aparece*, esto es, se presenta y manifiesta externamente, como una realidad existente y eficaz que tiene virtualidad suficiente para generar una confianza en el tráfico ante terceros de buena fe cuyos derechos deben ser protegidos.

En efecto, la *apariencia* externa que reviste nos presenta al acto o reglamento nulo como un supuesto de hecho (*tatbestand*) dotado de existencia y esencia, el cual produce los efectos jurídicos (*rechfolge*) que la normativa vigente anuda al acto o reglamento de que se trate, mientras no sea invalidado por el ejercicio de la potestad de revisión de oficio o en vía judicial.

Al igual que la revisión judicial, es obvio que la potestad revisora de la Administración se reconduce, así, a un mecanismo jurídico necesario para la eliminación de la *apariencia* jurídica de legalidad con la que gira, en el tráfico externo, el acto o reglamento carente de algún requisito esencial, mientras no sea declarado radicalmente nulo por el órgano competente y previo el procedimiento habilitado para ello.

La revisión de oficio enlaza así, casi de forma imperceptible, con el tradicional correctivo de equidad que emana de la buena fe, el cual se erige en límite de ejercicio de la potestad revisora (art. 110 LPAC'15), como lo es de cualquier derecho (art. 7.1 Cc).

Pero esta espiritualización de la potestad revisora no sólo opera para moderar su aplicación, sino también para activarla cuando el *casus nullitatis* ha tratado de ser eludido mediante los tradicionales vicios canónicos de simulación por *obrepción* (exposición de un hecho falso que se efectúa ante la Administración para obtener un beneficio ligado al mismo) o *subrepción* (ocultación a la Administración de un hecho verdadero que, de conocerse, impediría obtener un beneficio).

Estos vicios se han producido de forma especialmente intensa en el sector del viñedo, como se expone a continuación.

V. EL REGIMEN JURÍDICO DE LA PLANTACIÓN DE VIÑEDO.

1. La normativa vitivinícola: su estructura multinivel.

La materia vitivinícola conforma un grupo normativo que es objeto de una normación multinivel; ello es debido a las técnicas cuasi-federales de distribución competencial instauradas, tanto en la UE, como en aquellos de sus Estados miembros que tienen la estructura constitucional propia de los Estados compuestos, como es el caso del modelo autonómico español.

Se aplica, así, en primer lugar, el Derecho comunitario europeo relativo a la PAC y, en concreto, a la OCM del vino que, en lo referente a plantaciones y replantaciones de viñedo y siempre referido a textos consolidados, se contiene, básicamente, en el RUE 1308/2013, complementado por los RUE 1306/2013, 560/2015, 2393/2017, y 274/2018.

En un segundo nivel, se aplica el Derecho interno de los Estados miembros de la UE que, en los citados aspectos y por lo que atañe a España, comprende tanto legislación estatal como autonómica. La normativa estatal española en esta materia se resume (textos consolidados) en la Ley 24/2003 y en el RD 1338/2018, sobre control del potencial vitícola ²⁷.

Por último, la normativa de la UE y estatal en esta materia ha sido desarrollada por las distintas CCAA, mediante Leyes de control de su potencial vitícola y sus correspondientes Reglamentos, aprobados en forma de Decretos de los respectivos Gobiernos autonómicos, aplicados, a su vez, mediante Órdenes de las Consejerías competentes, destinadas, sobre todo, a la aprobación de los distintos modelos documentales ²⁸.

Ante la complejidad y el progresivo perfeccionamiento de este bloque normativo, procede, como advertencia obvia pero importante, destacar que, para cualquier análisis,

²⁷ El vigente RD 1338/2018, de 29 de octubre (modificado por RD. 450/2020, de 10 de marzo y por RD 201/2021, de 30 de marzo), ha sido precedido por otros, actualmente derogados, como: i) el RD 772/2017, de 28 de julio; ii) el RD 740/2015, de 31 de julio (modificado por RD 313/2016, de 29 de julio); iii) el RD. 1244/2008, de 18 de julio; iv) el RD. 1472/2000, de 4 de agosto; o v) y el RD 2658/1996, de 27 de diciembre, sobre autorizaciones en la materia.

²⁸ Así, p.e, en el ámbito de la CAR, para aplicar el RUE 1.308/2013, se dictó el Decreto 86/2015, de 2 de octubre, por el que se reguló la adaptación del control del potencial vitícola de la CAR que, tras aprobarse la LCPVR, ha sido sustituido por el RCPVR, mientras que el modelaje fue aprobado por Orden 39/2015, de 29 de diciembre, de la Consejería competente. Lo mismo sucede en otras CCAA, como ha destacado el CJCCV para el caso de la CVal, en D.372/2004 (Ley sector vitivinícola); D.729/2006 (Reglamento de la cit. Ley); D.38/2018 (Orden del potencial vitivinícola); D.186/2017 (nuevo Reglamento vitivinícola); D.185/2017 (nueva Orden potencial vitivinícola) y D. 403/2019 (último Reglamento vitivinícola).

especialmente si es comparativo, de la doctrina de los AOC en esta materia, debe tenerse en cuenta la normativa vigente en el momento de la emisión de los correspondientes dictámenes.

En este ensayo, me referiré al bloque normativo vigente a 31 de marzo de 2021, si bien los dictámenes aludidos en el mismo son, obviamente, anteriores y, por ello, se refieren a la normativa vigente en el momento de la emisión de cada uno de ellos; aunque, en líneas generales, no se han producido alteraciones de importancia en los aspectos fundamentales ²⁹.

2. Régimen de las replantaciones.

El Derecho comunitario prohíbe plantar viñedo en toda la UE ³⁰, salvo en zonas amparadas por D.O, en las cuales, salvo que operen **restricciones** temporales, se permite, previa autorización administrativa, efectuar **replantaciones** de viñedos legales preexistentes ³¹; si bien, para asegurar que no aumentan el potencial vitícola, se exige la **expropiación** (forzosa, previa y comunicada para la comprobación administrativa del arranque subsiguiente) o el **arranque** (voluntario, previo, total, consentido por el dueño de la tierra, declarado y administrativamente comprobado, incluso por teledetección) de una superficie igual de viñedo en la misma D.O. (o, excepcionalmente, en otra, sólo si se publica una disposición administrativa que permita la *transferencia*); pues sólo de dicho arranque (forzoso o voluntario) nacen los **derechos de replantación**, los cuales, si bien inicialmente se consideraron inherentes al dominio de la tierra y pudieron ser objeto de libre comercio, en la actualidad sólo nacen para el cultivador de la parcela arrancada, que es el único que, durante un plazo de caducidad de tres años (o incluso antes, en el caso especial de las replantaciones anticipadas), puede aplicarlos a replantar de viñedo la misma parcela u otra distinta que esté incluida en su propia explotación agraria y cuya disponibilidad acredite mediante el documento, tributariamente liquidado, que le confiera cualquier derecho, personal o real, que le faculte para cultivarla (arts. 13-19 RD 1338/2018).

3. En especial, el régimen de las nuevas plantaciones.

La expresada interdicción general de plantar viñedo en toda la UE, salvo en zonas amparadas por D.O, determina que las **nuevas plantaciones** que se pretenda efectuar en dichas zonas queden sujetas también a una previa autorización administrativa, la cual (salvo excepciones tasadas, como las destinadas a viñas-madres de injertos o a la

²⁹ Sobre esta materia, el análisis más completo sigue siendo el contenido en el libro colectivo P. De Pablo Contreras (dir.) *El régimen jurídico de las plantaciones y replantaciones de viñedo (Derecho comunitario, estatal y de la CAR)*, Logroño, IER, 2003, elaborado a partir de la experiencia consultiva del CCR al respecto, como tuve el honor de destacar en su Prólogo (pp. 17-20).

³⁰ La prohibición de plantar viñedo para evitar excedentes de producción se remonta a épocas romanas (Sc. del 186 a. C), pero sin ir tan lejos, el español Estatuto del vino de 1933 (Ley de 26 de mayo de 1933) ya la contenía en su art. 67 y fue confirmada por el DL de 16-08-1959 y por el Estatuto de 1970 (Ley 25/1970, de 2 de diciembre), al sujetar la plantación a autorización administrativa; una técnica que, implantada en diversos países mediterráneos, fue prefigurada por el RUE 816/1970, de 28 de abril (que se limitó a imponer una comunicación obligatoria de las plantaciones) e introducida, con carácter temporal, por el RUE 1162/1976, de 17 de mayo, habiendo sido prorrogada sucesivamente desde entonces. Cfr. A. Sánchez Fernández, “Las autorizaciones de plantación de viñedo en España”, en *REDUR*, 17, 2019, pp. 237-248.

³¹ Cfr. RUE núms. 1306/2013; 1308/2013; 273/2018; y 274/2018; desarrollados, en España, por los arts. 13-19 RD 1338/2018.

experimentación) sólo se puede obtener de la Administración agraria competente (normalmente, en España, la CA en cuyo territorio se proyecte efectuar la plantación), con arreglo a un detallado procedimiento, cuyos principales hitos se exponen seguidamente.

4. Publicación de la superficie autorizable.

La norma de cabecera del grupo normativo es el RUE 1308/2013 que, si bien modifica aspectos sustanciales de la normativa comunitaria anterior, ha mantenido la premisa de que la plantación de viñedos está, como regla general, prohibida en toda la UE, y que esa prohibición sólo puede exonerarse mediante la obtención de una previa autorización administrativa conferida por el órgano que sea competente al efecto según el Derecho interno de cada Estado miembro.

Para ello, según el art. 63 RUE 1308/2013 (transpuesto por los arts. 6 y 7 RD 1338/2018), los Estados miembros (teniendo en cuenta los análisis de impacto de mercado y las recomendaciones del sector) *“pondrán a disposición, cada año, autorizaciones para nuevas plantaciones”*, cuya superficie total se limite *“al 1% de toda la superficie realmente plantada con vid en su territorio, calculada el 31 de julio del año anterior”*.

5. Concurrencia de solicitudes.

Al ser limitada dicha superficie disponible para plantar viñedo, se impone un sistema de pública concurrencia entre los interesados.

Naturalmente, si, en un Estado miembro y en un año concreto, la superficie total solicitada por los interesados no excede de la disponible, todas las solicitudes serán aceptadas y autorizadas (arts. 64 RUE 1398/2013 y 6 RUE 561/2015).

Pero, en caso contrario, cada Estado miembro puede optar entre dos mecanismos de distribución o procedimientos selectivos que son el prorrateo proporcional o la discriminación con criterios objetivos (art. 6 RUE 561/2015).

El prorrateo es contemplado en el art 64 RUE 1308/2013 al disponer que, cuando se opte por este mecanismo, *“las autorizaciones se concederán, de acuerdo a una distribución proporcional de Has, a todos los solicitantes, sobre la base de la superficie para la que hayan solicitado la autorización”*. Este procedimiento es desarrollado en el Anexo I-A del RUE 561/2015.

La discriminación con criterios objetivos es contemplada en el mismo precepto al establecer que *“también podrá procederse a dicha concesión, parcial o totalmente, de acuerdo con uno o varios criterios, objetivos y no discriminatorios”*, para determinar la *admisibilidad* de las solicitudes y la *prioridad* entre las que hayan sido admitidas. Este procedimiento es desarrollado en el Anexo I-B del RUE 561/2015.

6. Criterios de admisibilidad.

Los *criterios de admisibilidad*, aunque algunos están contemplados y ofrecidos por el Derecho comunitario, en rigor, son fijados (y comunicados a la Comisión) por cada Estado miembro; así, el Reino de España (art. 8 RD 1338/2018) ha fijado los siguientes:

A) Criterio de la disposición.

El art. 8 RD 1338/2018 exige, como *criterio de admisibilidad*, que el solicitante

tenga, “a su disposición, en propiedad o en régimen de arrendamiento o aparecería o cualquier otra forma conforme a Derecho que pueda demostrar mediante documento liquidado de los correspondientes tributos, la superficie agraria para la que solicita la autorización en la CA que se va a plantar, hasta el momento de la comunicación de la plantación” El precepto añade que “la autoridad competente verificará dicha circunstancia, al menos, en el momento de la presentación de la solicitud y en el momento de la mencionada comunicación de la plantación”³².

Para efectuar esa verificación, el precepto establece que las CCAA tendrán en cuenta, no sólo el REGEPA y cualesquiera otros Registros que tengan dispuestos en los que pueda ser comprobado ese requisito; sino también (“en casos debidamente justificados y, en especial cuando se constate más de un solicitante sobre la misma Parcela”), cualquier “otra documentación que verifique que el solicitante de la autorización cumple con el criterio”.

B) Criterio de la capacitación.

El mismo art. 8 RD 1338/2018 exige también “tener la capacidad y competencia profesionales adecuadas”, las cuales se consideran acreditadas si el interesado presenta los documentos acreditativos de su experiencia profesional o los certificados de los cursos y pruebas o circunstancias que el precepto detalla.

C) Criterios de legalidad.

El cit. art. 8 RD 1338/2018 añade, como criterios de admisibilidad, los de tipo negativo consistentes en no haber tenido antes plantaciones *ilegales* o autorizaciones de plantación *caducadas*, no tener plantaciones de viñedo *abandonadas*, o no haber cumplido *compromisos* a que estuvieran sujetas autorizaciones previas de plantación.

También se ha añadido, como criterio de admisibilidad, la obligación de declarar a qué D.O. se ha a destinar la producción; para impedir, en tierras o variedades acogidas a varias D.O., el fraude consistente en solicitar autorización para la D.O. que exige menores requisitos (de superficie, variedades, etc.) y luego destinar la producción a la D.O. que los requiere mayores.

6. Criterios de prioridad.

En cuanto a los *criterios de prioridad*, aunque algunos están previstos y ofrecidos por el Derecho comunitario (como que los viñedos para los que se pida autorización contribuyan a la “*preservación del medio ambiente*”, o que las plantaciones se realicen en superficies con “*limitaciones específicas naturales*”); son (al igual que los de admisibilidad) los que cada Estado miembro establezca (y comunique a la Comisión de la UE), pues el art. 3 RUE 561/2015 les habilita para “establecer un **orden de prioridad de las solicitudes individuales a nivel nacional**” y atribuirles así “una importancia diferente”.

A) Criterio de la edad.

Un primer criterio de prioridad es ser *joven*, es decir, según establece el Anexo II-A. RUE 560/2015, ser “una persona física que, en el año de la presentación de la solicitud, no tenga más de 40 años”.

³² La regulación precedente admitía cualquier tipo de derecho personal o real que confiriere la disponibilidad del terreno conforme a Derecho; pero el régimen vigente impone que tal derecho conste en un documento liquidado tributariamente; es decir, requiere la forma escrita y fiscalmente regularizada.

En España, este requisito es acogido en el art. 10.1-a RD 1338/2018 al exigir que el solicitante, “*en el año de la presentación de la solicitud, no cumpla más de 40 años*”.

B) Criterio de la novedad.

Un segundo criterio de prioridad es ser *nuevo* viticultor; carácter éste que, según el art. 64.2-a RUE 1308/2013, sólo reúnen “*los productores que planten vides por primera vez*”.

En España, el art. 10.1-a) RD 1338/2018 añade que, “*para la comprobación del requisito sobre la **plantación por primera vez**, en el momento de la apertura del plazo de solicitudes, se comprobará que el solicitante no ha sido titular de ninguna Parcela de viñedo en el Registro vitícola*”.

C) Criterio de la jefatura.

En tercer lugar, se exige ser *jefe* de explotación, entendiéndose por tal, según el Anexo II-A.1-a) RUE 560/2015, una persona física que asume las decisiones de gestión, los beneficios y riesgos financieros de la explotación.

En España, los art. 10.1-a) y 11.8 RD 1338/2018 añaden, para garantizar esta condición, las siguientes precauciones: i) una **comprobación** de que “*, en el momento de apertura del plazo de solicitudes, el solicitante es quien está asumiendo el riesgo empresarial de su explotación*”³³; y ii) un **compromiso** por el que (como contempla el Anexo II.A.3 RUE 560/2015), el solicitante (ya sea persona física o jurídica) se obliga, “*durante un periodo de cinco años desde la plantación del viñedo, a no vender ni arrendar la nueva plantación a otra persona física o jurídica*”³⁴.

D) Criterio de la reducida explotación.

Finalmente, el art. 10.1-c) RD 1338/2018 permite que el solicitante sea titular de una plantación de viñedo cuando también lo sea de una pequeña o media explotación según los umbrales establecidos para cada CA en el Anexo V del mismo RD; pero teniendo en cuenta que este criterio es incompatible con el de novedad (del art. 10.1-a RD), por lo que el solicitante ha de optar en su solicitud por uno u otro, sin poder simultanearlos (art. 12.2-h RD cit.).

³³ A tal efecto, si la explotación se encuentra en manos de una **persona jurídica**, se atenderá (como prevé el Anexo II-A.1-a) RUE 560/2015) sólo a la **persona física** que, siendo *joven y nuevo* viticultor, ejerza, por sí o conjuntamente con otras personas físicas, el **control, efectivo y a largo plazo**, sobre dicha persona jurídica (o sobre otra, también jurídica, que, a su vez, la controle), **en cuanto a las decisiones de gestión, los beneficios y los riesgos financieros**; pero teniendo en cuenta que (como establece el cit. precepto del RD 740/2015), ello requiere: i) que su participación en el capital social de la persona jurídica (o de la también jurídica que la controle) **sea más de la mitad del capital social total** de la persona jurídica de que se trate; y ii) que posea **más de la mitad de los derechos de voto** dentro de la misma.

³⁴ A tal efecto, si la explotación se encuentra en manos de una **persona jurídica**, dicha obligación quinquenal se extiende también “*a no transferir, a otra persona o a otras personas, el ejercicio del control, efectivo y a largo plazo, de la explotación, en cuanto a las decisiones relativas a la gestión, los beneficios y los riesgos financieros*”; a no ser que esa persona o personas reúnan las condiciones antes señaladas (en el Anexo II.A.1 y 2 RUE 560/2015) en el momento de la concesión de autorizaciones.

6. Procedimiento de reparto.

A) Criterio de la puntuación suficiente.

Los Estados miembros que opten por establecer criterios de prioridad, han de ajustarse al siguiente procedimiento, que establece el Anexo I-B-c RUE 561/2015: i) en primer lugar, atribuirán, a cada uno de tales criterios, una determinada ponderación o valor; ii) en segundo lugar, confeccionarán una lista que ordene las solicitudes presentadas y admisibles, conforme a la puntuación total obtenida por cada solicitante en aplicación de esos criterios; iii) en tercer lugar, conferirán “*las autorizaciones a los solicitantes individuales, siguiendo el orden establecido en la lista mencionada... hasta el agotamiento de las Has. que vayan a asignarse, de acuerdo con los criterios de prioridad*”; iv) en cuarto lugar, conferirán “*en forma de autorizaciones, el número total de Has. requerido por el solicitante, antes de conceder una autorización al siguiente solicitante en la clasificación*”; y v) en quinto lugar, “*en caso de que las Has. disponibles se agoten en una posición de la clasificación en la que varias solicitudes tengan el mismo número de puntos, las Has. restantes, se asignarán de manera proporcional entre estas solicitudes*”.

El RD 1338/2018: i) en su art. 11, reproduce este esquema procedimental, reservando, al Ministerio competente, la fijación de la superficie autorizable y, a las CCAA, la baremación y aprobación de las autorizaciones; y ii) en su Anexo III, establece la *ponderación relativa* que se asigna a cada uno de esos criterios expresada con una determinada puntuación.

En suma, el procedimiento de reparto se traduce en la existencia de un último criterio o requisito legal cual es la necesidad de obtener una *puntuación suficiente* para ser seleccionado entre las diversas solicitudes concurrentes.

B) Fundamentación de estos criterios.

Conviene resaltar que estos *criterios de prioridad* y el procedimiento para aplicarlos son los instrumentos que el Derecho de la UE habilita para que los Estados miembros realicen su propia política agraria; pues, mediante su fijación y aplicación, dichos Estados miembros prefieren, al conferir nuevas autorizaciones, a unos u otros solicitantes, según las circunstancias objetivas que en ellos concurren y, en su suma, seleccionan a los grupos de viticultores que consideran de interés prevalente en base a los intereses generales que se pretenden promover o proteger en el sector vitivinícola.

7. Recapitulación.

Como resumen, puede afirmarse que, del marco normativo examinado hasta aquí, se desprende:

- Que la plantación de nuevas superficies de viñedo está sujeta a una prohibición general, que sólo puede ser absuelta o exonerada mediante la obtención de una autorización administrativa.
- Que, tratándose de las autorizaciones para *nuevas plantaciones* de viñedo, las superficies que pueden ser autorizadas son necesariamente *limitadas* (arts. 63 y 64 RUE 1.308/2013).
- Que, cuando la superficie total *solicitada* por todos los participantes en el procedimiento de autorización es superior a la superficie total *autorizable*, los Estados miembros pueden establecer un *orden de prelación* entre unos solicitantes

y otros, mediante la fijación y ponderación de diferentes *criterios de prioridad*.

-Que, cuando los Estados miembros establecen esos criterios, sólo pueden ser adjudicatarios de autorizaciones de nuevas plantaciones aquellos solicitantes que, por su grado de cumplimiento de los criterios de prioridad, tengan *puntuación suficiente* para ello, ya que los demás deben quedar excluidos.

-Que esta exclusión es una *consecuencia, necesaria y automática*, del hecho de que la nueva superficie susceptible de ser plantada sea limitada.

Una referencia concreta puede aclarar el funcionamiento y efectos de esta restricción de la superficie plantable de viñedo. Así, p.e, en el año 2016 y en el ámbito territorial de la DOCR, fue declarada autorizable una superficie total de 387 Has³⁵. Sin embargo, la superficie admisible solicitada por los interesados del entonces denominado *Grupo 1* (esto es, el de los *jóvenes nuevos viticultores*, que, sólo por serlo, ya tenían entonces 20 puntos) rebasaba ampliamente la superficie máxima autorizable, por lo que el Ministerio competente informó a la CAR de que, a cada uno de los solicitantes pertenecientes a ese *Grupo 1*, en aplicación de la *regla de prorrata* establecida en el entonces vigente art. 11 RD 740/2015, no podría concedérseles autorización sino para un 11,59131781% de la superficie admisible solicitada por cada uno de ellos. Naturalmente, ese reparto entre los solicitantes de mayor puntuación (20 puntos) agotó ya las 387 Has autorizables, por lo que los interesados con menor puntuación (esto es, cualquiera que no fuera *joven nuevo viticultor*) no pudo ya obtener autorización alguna, sencillamente porque no había más superficie disponible.

VI LA APARIENCIA FRAUDULENTE DE CONDICIONES ESENCIALES PARA OBTENER AUTORIZACIONES DE PLANTACIÓN DE VIÑEDO.

1. El *periculum fraudis* en las plantaciones de viñedo.

Del régimen jurídico sobre plantaciones y replantaciones de viñedo someramente expuesto, se desprende que, al estar prohibida la plantación de viñedo en toda la UE, salvo en las zonas amparadas por D.O, éstas se convierten en economías de opción, esto es, en lugares exentos de la interdicción y donde es posible producir vinos de calidad, cuya prima de ganancia sobre otras producciones agrarias genera las tensiones especulativas propias de los mercados restringidos, con la consiguiente presión de los intereses económicos y la revalorización de las tierras.

Esta pulsión económica que alienta la demanda de plantaciones resulta incrementada por la contingentación de la oferta; efecto éste que deriva de dos mecanismos establecidos precisamente para instrumentarla y que son: i) la limitación de la superficie cultivable; y ii) la sujeción de las autorizaciones de nuevas plantaciones a un procedimiento de concurrencia entre los demandantes que es restringido a consecuencia de los criterios de admisibilidad y prioridad que lo presiden.

Las organizaciones agrarias y empresariales del sector vitivinícola son conscientes de las exigencias constitucionales que fundamentan la intervención administrativa en esta materia y de las razones macroeconómicas que postulan la regulación de la OCM

³⁵ Resolución de 27-01-2016, de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (BOE del 30).

del vino y, en general de la PAC en el seno de la UE y de las distintas D.O, de suerte que es cada vez mayor la concienciación sobre la esencialidad de los condicionamientos legales y sobre el interés general en que sean respetados.

Pero la tentación del lucro coyuntural es tan alta que la propia legalidad es consciente del *periculum fraudis* que acecha a esta materia y que impele a falsear el cumplimiento de los requisitos esenciales para obtener las autorizaciones administrativas de plantación o replantación.

Viene siendo notable el esfuerzo que las autoridades (tanto de la UE como estatales y, en nuestro caso, también las autonómicas), vienen realizando para comprobar el correcto cumplimiento de los requisitos esenciales que impone la normativa vigente; pero, aún con ello, no se han podido evitar casos de fraude.

2. Los mecanismos de defraudación.

El expresado régimen de *ius strictum* ha incentivado, en las zonas con D.O. y, en especial, en la D.O.C.R.³⁶, el fraude consistente en la creación artificial de las condiciones esenciales requeridas para obtener autorizaciones de nueva plantación o de replantación de viñedo.

En rigor, los falseamientos detectados reconducen esta materia a la institución general del *fraude de ley* (art. 6.4 Cc) que, como es sabido, consiste en, al amparo de una norma vigente, denominada *de cobertura*, impedir la debida aplicación de otra también vigente e imperativa, denominada *defraudada*, con objeto de conseguir así un resultado que está prohibido por el ordenamiento jurídico o que es contrario a él.

Para restaurar el orden jurídico e imponer la aplicación correcta de la normativa defraudada, la Administración agraria ha incoado los correspondientes procedimientos para la revisión de oficio *fraudis causa* de las autorizaciones, obrepticia o subrepticamente, obtenidas; ocasionando, así, los respectivos dictámenes del CCR, cuya doctrina legal resumiré en este apartado como paradigma de la doctrina consultiva en esta materia.

En algunos casos, el falseamiento ha revestido carácter punible por haberse apreciado la concurrencia de un delito cometido por funcionario público en connivencia con algunos interesados³⁷; pero, en los demás supuestos fraudulentos, se ha aplicado la *causa nullitatis* del art. 47.1.f) LPAC'15, a cuyo tenor son nulos de pleno Derecho “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Así, en materia de **replantaciones**, el CCR ha dictaminado que concurre esta causa de nulidad radical en las autorizaciones administrativas para replantar viñedos

³⁶ En España hay actualmente 96 D.O.P, pero sólo las D.O. *Rioja* y *Priorato* son D.O.C.

³⁷ Es el caso de los DD. del CCR núms. D.43/14, D.46/14, D.49/14, D.51/14, D.55/14, D.57/14, D.59/14, D.60/14, D.66/14, D.2/15, D5/15, D.6/15, D.7/15, D.8/15, D9/15, D.11/15, D16/15, D17/15, D18/15, D19/15, D.20/15, D.25/15, D31/15, D32/15, D.36/15, D.41/15, D.42/15, D.43/15, D.44/15, D.45/15, D.46/15, D.7/16, D.31/16, D.32/17, D.36/17, D.38/17, D.43/17, D.47/17, D.49/17, D.60/17, D.61/17, D.64//17, D.66/17, D.69/17 y D.74/17.

conferidas a personas que carecían de los requisitos esenciales para obtenerlas: i) por carecer de la titularidad privada de los derechos de plantación exigibles para replantar viñas ³⁸; o ii) por presentar al efecto derechos de replantación ficticios e inexistentes ³⁹; y ello prescindiendo del modo fraudulento en que, en su caso, se lograra aparentar la previa inscripción de las viñas en el Registro de viñedo y su ulterior y ficticio arranque ⁴⁰.

En cuanto a las **nuevas plantaciones**, el CCR ha aplicado también la referida causa de nulidad radical cuando ha apreciado un falseamiento (no delictivo, pero sí invalidante) por los interesados de las condiciones esenciales para obtener las autorizaciones administrativas de nueva plantación, en especial aparentando reunir la precitada triple condición esencial de ser *joven*, ser *nuevo* viticultor y ser *jefe* de explotación ⁴¹; aunque no han faltado casos en los que se aprecia una elaboración más sofisticada de condiciones artificiales, casi todos ellos referidos a plantaciones autorizadas para la DO *Cava*, en los que el fraude afecta, de forma coordinada, a las superficies, ubicaciones, destinos y variedades de uva autorizadas ⁴².

3. La esencialidad de los criterios legales.

En el régimen jurídico vigente en materia de plantaciones y replantaciones de viñedo, los criterios de arranque y disponibilidad (en las replantaciones), así como los de admisibilidad, prioridad y puntuación suficiente (en las nuevas plantaciones) no son simples *condiciones iuris* o requisitos legales cuya infracción sólo determine la

³⁸ Cfr. D.32/99, D.37/99, D.38/99, D.11/01, D.17/01, D.46/01, D.40/02, D.42/02, D.56/02, D.59/02, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.40/05, D.41/05, D.43/05, D.45/05, D.60/05, D.61/05, D.67/05, D.73/06, y D.78/07, entre otros.

³⁹ Cfr. D.43/14, D.46/14, D.49/14, D.51/14, D.55/14, D.57/14, D.59/14, D.60/14, D.66/14, D.2/15, D.5/15, D.6/15, D.7/15, D.8/15, D.9/15, D.11/15, D.25/15, D.31/15, D.32/15, D.36/15, D.41/15, D.42/15, D.43/15, D.44/15, D.45/15, D.46/15, D.32/17, D.36/17, D.38/17 y D.43/17 entre otros.

⁴⁰ Cfr. D.43/14, D.46/14, D.49/14, D.51/14, D.55/14, D.57/14, D.59/14, D.60/14, D.66/14, D.2/15, D.6/15, D.7/15, D.8/15, D.9/15, D.11/15, D.25/15, D.31/15, D.32/15, D.36/15, D.41/15, D.42/15, D.43/15, D.45/15, D.46/15, D.32/17, D.36/17, D.38/17 y D.43/17 entre otros.

⁴¹ Así los DD. del CCR núms. D.44/17, D.45/17, D.46/17, D.55/17, D.81/17, D.5/18, D.6/18, D.7/18, D.8/18, D.10/18, D.12/18, D.13/18, D.14/18, D.15/18, D.17/18, D.19/18, D.20/18, D.22/18, D.23/18, D.24/18, D.25/18, D.26/18, D.28/18, D.29/18, D.30/18, D.31/18, D.36/18, D.37/18, D.38/18, D.39/18, D.40/18, D.41/18, D.42/18, D.43/18, D.44/18, D.45/18, D.48/18, D.52/18, D.53/18, D.54/18, D.55/18, D.57/18, D.58/18, D.60/18, D.63/18, D.64/18, D.66/18, D.67/18, D.68/18, D.73/18, D.74/18, D.77/18, D.78/18, D.80/18, D.81/18, D.83/18, D.86/18, D.87/18, D.90/18, D.91/18, D.92/18, D.93/18, D.95/18, D.98/18, D.99/18, D.100/18, D.101/18, D.103/18, D.104/18, D.106/18, D.107/18, D.108/18, D.109/18, D.110/18, D.111/18, D.112/18, D.113/18, D.114/18, D.117/18, D.120/18, D.121/18, D.122/18, D.123/18, D.133/18, D.134/18, D.135/18, D.136/18, D.137/18, D.140/18, D.141/18, D.142/18, D.143/18, D.5/19, D.6/19, D.7/19, D.8/19, D.11/19, D.12/19, D.13/19, D.14/19, D.15/19, D.16/19, D.17/19, D.21/19, D.22/19, D.23/19, D.24/19, D.25/19, D.26/19, D.27/19, D.28/19, D.29/19, D.35/19, D.44/19, D.48/19, D.49/19, D.50/19, D.51/19, D.60/19, D.70/19, D.74/19, D.76/19, D.77/19, D.79/19, D.81/19, D.82/19, D.83/19, D.89/19, D.90/19, D.91/19, D.92/19, D.93/19, D.94/19, D.95/19, D.98/19, D.99/19, D.102/19, D.105/19, D.108/19, D.109/19, D.110/19, D.112/19, D.115/19, D.117/19, D.122/19, D.27/20, D.57/20, D.58/20, D.59/20, D.64/20, D.65/20, D.66/20, D.68/20, D.69/20, D.70/20, D.72/20, D.75/20, D.76/20, D.78/20, D.79/20, D.83/20, D.84/20, D.85/20, D.87/20, D.89/20, D.90/20, D.94/20, D.95/20, D.97/20, D.99/20, D.3/21, D.4/21, D.5/21, D.6/21, D.7/21, D.8/21 y D.9/21, entre otros.

⁴² Así los DD del CCR núms. D.9/19, D.10/19, D.18/19, D.19/19, D.31/19, D.32/19, D.37/19, D.38/19, D.40/19, D.41/19, D.52/19, D.61/19, D.64/19, D.67/19, D.72/19, D.87/19, D.88/19, D.100/19 y D.106/19.

anulabilidad del acto administrativo de autorización y la posible convalidación posterior del mismo (confiriendo de nuevo la autorización *ex art. 52-4 LPAC'15*), previo el pago de una eventual sanción pecuniaria.

Por el contrario, dicho régimen jurídico revela que tales criterios y exigencias de Derecho comunitario europeo, una vez que son traspuestos a la legislación interna de los Estados miembros, constituyen verdaderos elementos, requisitos o condiciones *esenciales* para la adquisición de los derechos de plantación o replantación y la obtención de las subsiguientes autorizaciones administrativas.

Pero, cuando se expresa que son *esenciales*, no se quiere indicar que se trate de elementos o condiciones muy importantes, fundamentales o necesarias, cuya carencia determine una infracción *manifiesta* de la legalidad; sino, más en profundidad, que constituyen la *esencia* del derecho de plantación (*ius plantandi*) que, sin ellos, simplemente, no existe.

Entenderlo así requiere una reflexión más pausada que, desde el fondo civil del asunto, conduzca hacia las raíces administrativas y constitucionales del problema.

En efecto, los derechos de roturar, cultivar, plantar, explotar y arrancar las plantaciones constituyen, desde la perspectiva jurídico-privada, facultades inherentes al dominio (art. 348 Cc) y a cuantos otros derechos reales (como el precario de fundos, el comodato de inmuebles, o el uso y usufructo de fincas) o personales (como el arrendamiento rústico o la aparcería agraria) habiliten para usar y disfrutar tierras agrícolas potencialmente productivas (art. 354 Cc).

La clásica deconstrucción romana de la propiedad fundiaria en las facultades de uso, disfrute, disposición y posesión (*uti, frui, habere et possidere*) está en la base del principio *superficies solo cedit* (art. 358 Cc), por el que la propiedad de lo plantado o construido corresponde, por accesión, al dueño del suelo subyacente; con arreglo a la medieval “teoría de los cilindros”, por la que el dominio del suelo se expande hasta el cielo y las profundidades (*usque ad caelum et inferos*, según el brocardo de los glosadores).

Sin embargo, como es sabido, la concepción constitucional del derecho de propiedad es muy otra, debido a la *función social* que le es inherente (art. 33.2 CE) y que no significa que el dominio “tenga” dicha función, sino que “es” propiamente una función social; lo cual implica que, salvado siempre su “contenido esencial”, la delimitación conformadora de dicha función viene determinada por las leyes (art. 53.1 CE).

Este descubrimiento constitucional está en la base misma de las distintas regulaciones administrativas que componen los variados estatutos jurídicos que el dominio tiene según su objeto, dando lugar así, entre otros, a regímenes tan caracterizados como el de la propiedad urbana y la rústica.

Fue precisamente en el Derecho urbanístico donde más se apreció esta configuración legal de la propiedad urbana y del *ius aedificandi*, hasta el extremo de afirmar que la facultad edificatoria no la confiere tanto el dominio del suelo cuanto el planeamiento urbanístico vigente que lo delimita y configura; es decir, le da forma

esencial ⁴³.

Este planteamiento se ha extrapolado tanto al Derecho ambiental como al agrario y, en éste, al concreto grupo normativo que supone el régimen vitivinícola que ahora nos ocupa. Por ello, también aquí cabe decir que el *ius plantandi*, referido a viñedo, no deriva tanto de la propiedad del suelo rústico cuanto de la normativa vigente en materia de plantaciones y replantaciones; porque, al igual que en la edificación, afloran en la plantación las exigencias de la función social en que la propiedad consiste y que la CE, en el marco general de la UE, asegura y garantiza ⁴⁴.

De ahí se deduce la esencialidad constitucional del condicionado que afecta a los *iura aedificandi et plantandi* en el Derecho comunitario, estatal y autonómico; y también las consecuencias jurídico-administrativas que ha de tener su conculcación y que se resumen: i) en la nulidad radical de los actos administrativos de autorización que se hayan dictado en favor de solicitantes que carezcan de los requisitos esenciales para obtenerlos (*ex art. 47.1-f LPAC'15*); y ii) en la procedencia de eliminar toda apariencia de legalidad en los mismos, mediante su previa revisión de oficio (*ex art. 106.1 LPAC'15*) o su posterior revisión judicial (*ex art. 25 LJCA'98*).

4. La reacción jurídica contra el fraude.

A) La cláusula anti-elusiva de la UE.

El Derecho de la UE es consciente del peligro de fraude indicado y, para salvaguardar la efectividad de los objetivos de la legislación agrícola del sector vitivinícola, ha establecido mecanismos específicos; y, así, el art. 60 RUE 1306/2013, al regular la financiación, gestión y seguimiento de la PAC, da cobertura legal a la reacción jurídica contra el fraude en esta materia, estableciendo, bajo la rúbrica **Cláusula de elusión**, que: “*sin perjuicio de cualesquiera disposiciones específicas, no se concederá ninguna ventaja prevista en la legislación agrícola sectorial a personas, físicas o jurídicas, de las que se demuestre que han creado artificialmente las condiciones exigidas para obtener esas ventajas, contrarias a los objetivos de dicha legislación*”.

B) La cautela sobre la creación de condiciones artificiales.

En transposición de la cláusula anti-elusiva de la UE, el art. 12.2 del RD. 1338/18 (que lleva por título **Creación de condiciones artificiales**), dispone que: “*la autoridad competente podrá tener en cuenta las siguientes operaciones, entre otras, a efectos de establecer una posible creación de condiciones artificiales para recibir una autorización de nuevas plantaciones de viñedo, pudiendo realizar para ello las comprobaciones, requerimientos o controles que considere necesarios*”.

Dichas operaciones potencialmente fraudulentas son las siguientes (que el

⁴³ Así, el art 4.1 LS, bajo el epígrafe “ordenación del territorio y ordenación urbanística, dispone que “*la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes*”.

⁴⁴ Cfr. los arts 1 y 2 LRDA.

legislador parece haber detallado en base a la doctrina de los AOC que reiteradamente las han apreciado):

a) *La declaración formal de superficies por encima de la superficie disponible bajo el criterio de admisibilidad para obtener ventaja frente a posibles prorrateos.*

b) *La división artificial de explotaciones para obtener ventaja en la puntuación de solicitudes conforme a los criterios de prioridad, en especial las que resulten de la división en la que el nuevo titular tenga vinculación con el titular original y obtenga una ventaja derivada de dicha división. Con el fin de evitar este tipo de condiciones artificiales, las CCAA podrán fijar una fecha de referencia para considerar el tamaño de explotación o validar el histórico de la explotación del solicitante.*

c) *La creación de personas jurídicas, con el único objetivo de cumplir los criterios de prioridad.*

d) *La inscripción en el REGEPA, en cualquier otro Registro o el alta en la Seguridad Social Agraria, con el único objetivo de cumplir los criterios de prioridad.*

e) *La presentación de solicitudes por personas interpuestas, vinculadas de alguna forma al solicitante real, con el único objetivo de cumplir los criterios de prioridad.*

f) *La solicitud en una CA donde no se presume el establecimiento del viñedo solicitado, sino la finalidad de obtener una mayor puntuación en los criterios de prioridad.*

g) *La contratación de personal por parte de las personas jurídicas, con la única intención de cumplir con los criterios de admisibilidad.*

h) *Cuando un mismo solicitante alegue cumplir los criterios de prioridad a) y c) del apartado 1 del artículo 10, en la misma solicitud.*

C) La revisión de oficio *fraudis causa*.

La aplicación práctica de las precitadas normas generales anti-fraude conduce a la institución de la revisión de oficio *fraudis causa*, entendiendo por tal la que procede efectuar de un acto administrativo adoptado en fraude de ley (*ex art. 6.4 Cc*) y que, ante la ausencia de otro cauce procedimental más adecuado, debe hacerse incoando la Administración actuante un procedimiento administrativo de revisión de oficio de actos nulos en el que, con los trámites establecidos por el art. 106.1 LPAC'15, se anulen los actos administrativos correspondientes en base al art. 47.1-f) LPAC'15, por haber adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

El CCR (que puede ser reputado paradigmático en esta materia entre los AOC) ha dedicado múltiples dictámenes a revisiones de oficio *ob fraudem*, de cuya lectura se desprende la tipología que ahora el art. 12.2 del RD. 1338/2018 ha pretendido reducir a los ocho citados eventos.

Esto dicho, uno de los supuestos de fraude más comunes es incrementar o dividir la *superficie disponible* necesaria (base de cálculo) para así obtener (por aplicación del

porcentaje correspondiente en caso de insuficiencia de superficie suficiente para todos los solicitantes), una autorización administrativa para plantar una superficie que realmente no le hubiera debido corresponder.

Otro fraude adviene en el caso del requisito de la *puntuación suficiente* (que es, sin duda, *esencial* para que cualquier solicitante de una autorización de nueva plantación fuera adjudicatario de la misma) cuando, para obtener esa *puntuación suficiente*, se aparenta ficticiamente reunir todas las condiciones que hacen a un solicitante merecedor de la triple condición de ser *joven*, ser *nuevo* viticultor y ser *jefe* de explotación.

Aunque los ejemplos de fraude pueden multiplicarse, casi siempre cabe reconducirlos a los dos clásicos *casus fraudis* con que el Derecho común cifraba las actuaciones clandestinas (*clam*) y convenidas (*consilium fraudis*) que se encaminaban a interferir las acciones petitorias: i) por un lado, el caso del *interpositus qui se obtulit* (así, Juliano en D. 6.1.52); es decir, la actuación de un allegado (*fraus cum familia*), amigo (*fraus cum amico*) o persona jurídica-pantalla (*fraus cum societate*) que reúne las condiciones esenciales y actúa como testafierro (que aquí sería el viticultor aparente) de otra persona (que aquí sería el verdadero viticultor), que no las reúne; y ii) por otro lado, el caso de *qui dolo desit possidere* (así, Paulo en D. 6.1.27.3); esto es, la actuación fraudulenta consistente en dejar ficticiamente la jefatura de la explotación en manos de quien realmente no la ejerce, aunque interesa que lo aparente.

Repárese en que los fraudes que nos ocupan afectan al *objeto, causa* y fin del acto, pues la autorización revisable de oficio: i) es un acto administrativo *favorable* (porque exonera al interesado de una prohibición, la de plantar vides, que el ordenamiento jurídico impone y configura como general); y ii) se dicta en un procedimiento que es de *concurrencia competitiva*, en la medida en que, ante lo limitado de la superficie total autorizable, el otorgamiento de la autorización había de regirse por criterios de prelación o prioridad, que excluyen a quienes carezcan de puntuación bastante.

Además, estos fraudes afectan a la *finalidad perseguida* por la norma defraudada, la cual claramente pretende (en los supuestos en que haya más superficie solicitada que superficie disponible) poner en juego *criterios de prioridad o prelación*, que se establecen para privilegiar o primar a unos solicitantes respecto a otros, por razón de las circunstancias objetivas que concurran en ellos, y que se justifican en función de las directrices y orientaciones de política agraria que ha definido el Estado miembro de la UE de que se trate.

D) La actividad administrativa de inspección y comprobación.

Ahora bien, para desvelar la realidad que subyace tras la apariencia fraudulentamente creada, la actividad administrativa dirigida a la inspección y comprobación de los requisitos esenciales resulta imprescindible y previa a la revisión de oficio ⁴⁵.

A este respecto, la Función consultiva debe ser consciente: i) de que, en estos casos, más que una prueba plena y directa del fraude, suelen patentizarse múltiples factores y circunstancias que son relevantes como pruebas de indicios y presunciones ⁴⁶;

⁴⁵ Cfr. art. 12.2 RD 1338/2018.

⁴⁶ En palabras de la S. de 29 de mayo de 2014, de la SCA del TSJR (Rec. 103/2013): “la prueba de

y ii) de que cada una de las circunstancias descubiertas ⁴⁷ no deben ser aisladamente consideradas, pues tal vez pudiera encontrarse una justificación razonable para cada una de ellas; sino que ha de considerarse la concurrencia cumulativa de todas ellas en un mismo supuesto de hecho.

En efecto, sólo una consideración global puede llevar a la convicción moral de que el conjunto de circunstancias descubiertas únicamente puede obedecer (sin explicación alternativa lógica posible) al propósito de aparentar, ficticia o artificialmente, la existencia de las condiciones (titularidad de una explotación agrícola) que permitieran la obtención de una autorización para plantar grandes superficies de viñedo por la persona solicitante; cuando ésta, en la realidad material de las cosas, carece de los *requisitos esenciales* para ello, pues no es titular de una, verdadera y efectiva, explotación agrícola; propósito al que se añadiría el de que esas autorizaciones acaben siendo disfrutadas, material y efectivamente, por quienes, siendo titulares de explotaciones agrícolas, no habrían podido ser adjudicatarios de esas autorizaciones, por no cumplir los requisitos y criterios de prioridad establecidos en el régimen normativo a cuyo amparo aquellas se adjudicaron.

Este propósito fraudulento es obvio que debe evitarse, pues, conforme al art. 6.4 Cc, *“los actos realizados al amparo del texto de una norma, y que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán realizados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*.

E) Consecuencias derivadas.

De la revisión de oficio en estos casos, se derivan importantes consecuencias sobre actuaciones administrativas conexas con las autorizaciones administrativas anuladas, como son: i) la cancelación de oficio de las correspondientes inscripciones en el Registro administrativo de viñedo; y ii) la declaración como viñedo no inscrito de la plantación indebidamente efectuada que, a su vez, conlleva, en su caso, la incoación del procedimiento dirigido a instar el arranque forzoso del viñedo plantado al amparo de la autorización que se declare nula.

Por supuesto, las decisiones administrativas de las CCAA que se adopten para resolver definitivamente el procedimiento de revisión de oficio y demás actuaciones conexas con el mismo pueden ser residenciadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 CE).

Un último efecto puede ser la presentación de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración actuante por los daños y perjuicios irrogados, si bien, partiendo del doble principio de que éstos no resultan de la mera anulación de un acto (art. 32.1 *i.f* LSP'15) y de que deben ser soportados por quien actuó con mala fe (*ex* art. 32.1 LSP'15), más bien parece que el eventual resarcimiento ha de limitarse a los excepcionales casos en que se haya visto afectado un tercero de buena fe ⁴⁸.

presunciones es perfectamente apta para descubrir un fraude de ley como el detectado, pues no puede exigirse la prueba directa de lo que pretende ocultarse, ya que es difícilmente imaginable que muestre al exterior y sin disimulo sus acciones quien realiza actividades que la legalidad no ampara”.

⁴⁷ P.e, no estar de alta en censos tributarios, en Seguridad Social, seguros y Registros agrarios; presentar contratos con plazos, precios o condiciones irreales; carecer de formación o de maquinaria; etc.

⁴⁸ Cfr. D.117/2019 del CCR.

VII. CONCLUSIONES.

En homenaje al CJCCV en su XXV Aniversario y a su encomiable liderazgo en la Función consultiva española, he dedicado este breve ensayo a reflexionar sobre una potestad administrativa excepcional en Derecho Comparado, cual es la de revisar actuaciones inválidas de oficio, sin necesidad de recabar el previo amparo judicial, cuando estén aquejadas por algún vicio de nulidad radical.

He tratado de profundizar en la fundamentación de tan formidable potestad para cifrarla, no tanto en el privilegio de autotutela (que aquí no sería declarativa o ejecutiva, sino de un segundo grado más intenso, como es el revisor), cuanto en el mismo principio de legalidad (art. 103.1 CE).

En torno a dicho principio de legalidad, se ha construido nuestra clásica *teoría de la invalidez*, que también resulta peculiar en Derecho Comparado, pues establece la escisión entre nulidad radical y simple anulabilidad en base a un casuismo, cuyo hilo conductor no es nítido. He propuesto encontrarlo, no tanto en los evanescentes conceptos de orden público, desafuero grueso e incompetencia manifiesta, como en el de *esencia*, asumiendo el riesgo de su fijación prejurídica y filosófica, porque entiendo que consiste en la forma que da el ser; y que, por tanto, su ausencia determina el no ser jurídico, es decir, la invalidez radical.

En ese esfuerzo de fundamentación, la Función consultiva viene siendo entendida como una instancia de *garantía* para los ciudadanos que equilibra el *privilegio* que la revisión de oficio supone para la Administración; pero, en mi criterio, dicha visión tradicional debe ser completada con la diacrónica que sitúa la intervención *dictaminante* de los AOC más bien en la línea de una *auctoritatis interpositio*, dirigida a la *curatela* de la Administración actuante sobre el sector de interés público a que afecta lo revisado.

La lesión de la esencialidad que es requerida para invalidar radicalmente una actuación jurídica resulta especialmente sofisticada en los casos de fraude, porque el *fraudator* crea artificiosamente una apariencia jurídica de que cumple las *condiciones iuris*, cuando lo que pretende es conculcarlas para alcanzar una meta que, en otro caso, no podría lograr.

Para descorrer el velo aparential tendido por el fraude, la revisión de oficio es uno de los medios más idóneos y eso coloca a los AOC en el centro de las medidas anti-elusivas.

Tales medidas son especialmente precisas en el sector vitivinícola, pues la limitación de las plantaciones a las zonas de la UE comprendidas en D.O, convierte a la normativa que restringe los derechos de plantar y replantar en un *ius strictum*, que genera un evidente *periculum fraudis*, debido a los intereses económicos subyacentes, los cuales han sido singularmente activos en la CAR, por su predominio en la D.O.C *Rioja* y su relevancia en la D.O. *Cava*.

Por eso, he expuesto mi experiencia en la intensa labor que el CCR ha desempeñado para desentrañar los mecanismos de defraudación en esta materia, una labor que no hubiera sido posible sin la aportación que el Consejo de Estado, el CJCCV y los demás AOC, es decir, toda nuestra Función consultiva, ha prestado para fijar los conceptos jurídicos implicados.

Prueba de la importancia propedéutica de la Función consultiva en esta materia es que los *casus fraudis* que la misma ha detectado han sido ahora recopilados en el

reciente art. 12.2 del RD. 1338/2018, por más que puedan reconducirse a los clásicos ejemplos de confabulación defraudatoria en las acciones petitorias del Derecho común.

=====