

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública

ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA SUBSANACIÓN DE LA INDEFENSIÓN ADMINISTRATIVA EN VÍA DE RECURSO. REFLEXIONES A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS APORTACIONES JURISPRUDENCIALES

CÉSAR CIERCO SEIRA
Universidad de Lleida

I. INTRODUCCIÓN. UN GRAVE PROBLEMA PENDIENTE: EL DETERIORO CONSOLIDADO DEL VICIO DE INDEFENSIÓN POR LA PÉRDIDA DE SU VIRTUALIDAD ANULATORIA.—II. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL VICIO DE INDEFENSIÓN.—III. LA SUBSANACIÓN DE LA INDEFENSIÓN EN VÍA DE RECURSO: LA VIGENCIA ACTUAL DE ESTA TÉCNICA JURISPRUDENCIAL Y SU MOTIVACIÓN ÚLTIMA.—IV. LA TESIS CONTRARIA A ENTENDER SUBSANADA LA INDEFENSIÓN POR OBRA DE LOS SUCESIVOS RECURSOS. EL RASTRO DE ESTA POSICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE: 1. *La negativa a aplicar la subsanación a posteriori en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 2. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de subsanar en vía judicial los vicios de defensa cometidos durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.* 3. *Algunas líneas de rechazo en los Tribunales Superiores de Justicia.*—V. RECAPITULACIÓN.—VI. FINAL. UN LLAMAMIENTO AL LEGISLADOR.

RESUMEN

El presente trabajo pretende contribuir a mantener vivo el debate sobre la virtud del vicio de indefensión como causa de anulación de los actos administrativos; una virtud comprometida por una aplicación judicial vacilante y divergente. En concreto, se repara en la arraigada construcción de cuño jurisprudencial según la cual es admisible entender subsanada la indefensión allí donde el afectado haya podido desplegar su defensa en las sucesivas vías de recurso administrativo y/o judicial. Como trata de significarse, a pesar de la dilatada aplicación de esta regla de sanación *a posteriori*, no faltan las sentencias que en los últimos años cuestionan sus bases conceptuales con argumentos de peso que deberían en última instancia hacer reflexionar sobre la subsanación *post factum* de la indefensión y, en general, sobre el tratamiento legislativo y judicial de esta causa de anulación.

Palabras clave: indefensión; derechos de defensa; acto administrativo; anulabilidad; vicios de forma.

ABSTRACT

This study is intended to enliven the debate about the virtue of defencelessness in an administrative proceeding as grounds for annulling administrative acts; this is a virtue compromised by a hesitant and divergent judicial enforcement. Specifically, this study examines the deeply-rooted case law construction according to which it is admissible to interpret that the state of defencelessness has been remedied when the individual affected has had the opportunity to defend himself or herself through the successive courses of appeal before the administrative authorities and/or before the administrative courts. Despite the wide application of this rule of *a posteriori* redress, there also exist judgements of recent years that question their conceptual basis with convincing arguments that should, at the very least, prompt reflection on the *post factum*

redress of defencelessness and, in general, on the legal and judicial treatment of this ground for annulment.

Key words: unfairness; rights to defence; administrative act; voidability; procedural defect.

I. INTRODUCCIÓN. UN GRAVE PROBLEMA PENDIENTE: EL DETERIORO CONSOLIDADO DEL VICIO DE INDEFENSIÓN POR LA PÉRDIDA DE SU VIRTUALIDAD ANULATORIA

El tratamiento jurisprudencial de la indefensión como causa de anulación de los actos administrativos presenta en la actualidad importantes deficiencias. Evidentemente, no es ésta una constatación nueva ni tampoco original. No es novedosa puesto que la situación arranca de muy atrás, despuntando ya en los albores de la aprobación de la LPA de 1958, momento en el que la indefensión ocuparía una plaza dentro del régimen legal de invalidez de los actos administrativos¹. Desde entonces, el manejo de este motivo de anulación no ha sido nunca unívoco y sí por el contrario muy dado a divergencias interpretativas. Tampoco se trata de una situación desconocida. Son muchas las voces de la doctrina científica que han puesto el acento en las incoherencias y desentonos de la jurisprudencia². Es más, los propios Tribunales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, han

¹ Aunque la indefensión ya había sido manejada antes en alguna ocasión por el Tribunal Supremo como canon para enjuiciar la validez de los actos administrativos, su consagración no se producirá hasta su inclusión en el novedoso régimen de invalidez previsto en los artículos 47 a 55 de la LPA de 1958. El artículo 48.2 de esta benemérita Ley establecía que «[...] el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados».

² En 1951, Enrique SERRANO GUIRADO publicó un conocido trabajo, titulado «El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo» (en núm. 4 de esta REVISTA, 1951, págs. 129 a 190), en el que pasaba revista de forma muy pormenorizada al estado que presentaba la jurisprudencia en esta materia; de su lectura puede ya apreciarse la existencia de disparidades y contrastes en la jurisprudencia de la época a la hora de valorar el alcance de la omisión del trámite de audiencia a los interesados.

Posteriormente, los distintos autores que se han ocupado del estudio del vicio de forma en general y de la indefensión en particular han remarcado la habitual presencia de discrepancias en el raso aplicado por los órganos jurisdiccionales. Dentro de la extensa bibliografía que aquí podría ser colacionada destacan, a mi modo de ver, con carácter general dos relevantes obras: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, y, dos décadas después, Margarita BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

En nuestros días, la referida situación sigue destacándose por la doctrina científica y la preocupación por la inseguridad que genera no cesa. Ciñéndome al caso de la indefensión, véanse, últimamente, María Isabel JIMÉNEZ PLAZA, *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004 —con prólogo a cargo de Juan Francisco MESTRE DELGADO—; María Jesús GALLARDO CASTILLO, «La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57/2005, págs. 161 a 183, y Ángel MENÉNDEZ REXACH, Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES y Juan Antonio CINCHILLA PEINADO, *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005, págs. 119 a 139.

demostrado ser conscientes de todo ello, reconociendo los severos virajes de sus pronunciamientos que tan pronto dan un rumbo a la indefensión, para aplicarla con carácter más bien riguroso, como lo cambian, y la obligan entonces a transitar por exigencias tan angostas que virtualmente liquidan su capacidad invalidatoria³.

A pesar de ser una situación antigua y familiar entre nosotros, conviene, a mi modo de ver, evitar sin falta que quede anclada en el limbo, a la espera de un arreglo espontáneo. Por el contrario, es preciso mantener la vigencia del problema e incitar el debate dogmático sobre una controversia que, en lo esencial, enfrenta a dos posiciones: la que defiende la autonomía de la indefensión como razón para anular la resolución con independencia de su capacidad para alterar el contenido dispositivo de ésta y la que, de forma opuesta, sostiene que anular un acto a causa de la indefensión padecida por el interesado sólo tiene sentido si ese vicio puede repercutir en el contenido sustancial de dicho acto. Cualquiera de estas dos posturas —y de las muchas matizaciones y posiciones intermedias ensayadas— cuenta a su favor con argumentos de peso. Pero, con independencia de la inclinación por la que se opte, es lo cierto que ambas requieren, caso de ser adoptadas, los oportunos ajustes que eviten las consecuencias negativas que portan consigo. Porque es inconcuso que, sea la indefensión tratada ora como causa autónoma de invalidez, ora como causa subordinada al debate sobre el fondo del asunto, no puede ofrecerse una solución plenamente satisfactoria a partir de la adopción acrítica, sin ningún tipo de matización, de uno de estos dos planteamientos. En efecto, la disyuntiva que plantea anular un acto por causa de indefensión cuando se sabe que es materialmente justo o mantenerlo en pie no obstante haberse gestado sin respetar las garantías de defensa del interesado conduce, lo mismo da, a un éxito parcial, agravado si no se adoptan las debidas correcciones que dejen en un lugar adecuado ya sea al particular lesionado en su defensa, en el primer supuesto, o bien al interés público representado por la Administración, en el segundo⁴.

Asimismo, en modo alguno resulta plausible que la jurisprudencia alterne los dos polos y, sobre ello, sin un criterio aparente. Porque no se trata de una divergencia mínima, sino de un auténtico salto entre dos posturas que amparan resultados totalmente diversos. Y porque, además, el tratamiento judicial de la indefensión constituye, por lo recurrente de su

³ No hace mucho, sin ir más lejos, el Tribunal Supremo reconocía algo tan notorio como que «no es unánime la doctrina de la Sala acerca del carácter invalidante de la omisión del trámite de audiencia al interesado» (STS de 21 de octubre de 1998 —RJ 1998, 8476—).

⁴ No es adecuado, a mi modo de ver, terminar esta contienda con un vencedor absoluto, dando por buena sin más una de las dos alternativas mencionadas. Porque ambas arrastran consecuencias negativas que no deben ignorarse o asumirse como un simple coste marginal. Si el acto materialmente justo se anula por indefensión, habrá que resolver qué sentido tiene la retroacción de actuaciones y, en su caso, cómo ha de articularse para evitar que acabe convirtiéndose en una repetición inútil. Si, en cambio, se confirma dicho acto por encima de la indefensión, será menester interrogarse sobre qué otras consecuencias se anudan a la comisión de este vicio —que no puede quedar impune—, así como sobre la conveniencia de que el interesado sufrague los costes de un proceso «provocado» en cierta forma por la defectuosa tramitación de la Administración.

invocación, un apartado cotidiano al que deben hacer frente los órganos jurisdiccionales. Al ser el derecho de defensa un derecho instrumental (uno de los llamados derecho-garantía) inmanente a la institución del procedimiento administrativo, es lógico que su lesión emerja con facilidad a la hora de armar el recurso contra la Administración, parejo a lo que sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del proceso judicial. La alegación de indefensión es, sin duda, un motivo frecuente y es ésta una razón más que mueve seriamente a repensar la importancia de mantener una unidad jurisprudencial en el análisis de este vicio que ponga coto a las divergencias cuya constancia tanto compromete la seguridad jurídica y, al cabo, la igualdad en la aplicación de la Ley.

Con este firme convencimiento, el objetivo de estas páginas es tratar de contribuir a la delimitación de los contornos de la indefensión, recalando en uno de sus elementos más cruciales. Me refiero a la posibilidad alumbrada por la jurisprudencia de entender sanada o subsanada la indefensión producida en el procedimiento originario a través de la defensa del interesado en las posteriores vías de recurso. Como se verá, esta construcción tiene tras de sí una corriente jurisprudencial muy sólida que viene manteniendo desde hace tiempo que la interposición de los recursos administrativo y/o contencioso-administrativo ofrece al interesado la oportunidad idónea para suplir las limitaciones que ha sufrido en el ejercicio de sus derechos de defensa (epígrafe III). Sin embargo, esta línea de entendimiento, aunque ha gozado y goza de mucho predicamento en la jurisprudencia, nunca ha alcanzado una posición de dominio total. No han faltado en este sentido decisiones judiciales discrepantes, reticentes a admitir la subsanación de la indefensión *a posteriori*, en vía de recurso, cuando menos con la generosidad demostrada en muchos casos. Precisamente en los últimos años esta postura reticente se ha enriquecido con una serie de sentencias del Tribunal Supremo y, también, del propio Tribunal Constitucional, así como de algunos Tribunales Superiores de Justicia, que, además de rechazar la sanación judicial de la indefensión administrativa, han aportado —y éste es su principal mérito— argumentos de mucho fuste en contra de esta técnica (epígrafe IV).

Dar a conocer la pervivencia en nuestros días de estas posiciones divergentes en la jurisprudencia, con sus últimos movimientos, y significar de este modo la vitalidad de un debate todavía abierto es, por tanto, el propósito central de este trabajo.

Con carácter previo, no obstante, y a fin de enmarcar mejor el escenario general en el que habremos de movernos, es de interés hacer un breve recorrido por los postulados básicos que marcan en la actualidad la interpretación que del vicio de indefensión se hace en nuestra jurisprudencia (epígrafe II).

II. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL VICIO DE INDEFENSIÓN

Desde su inclusión legal como causa de anulación de los actos administrativos en la LPA de 1958, uno de los rasgos más acusados, si no el más importante, en lo que concierne al tratamiento de la indefensión ha sido *la progresiva tendencia de la jurisprudencia a frenar su fuerza invalidatoria*. Durante estos últimos cincuenta años, el Tribunal Supremo ha ido fraguando, en efecto, diferentes argumentos tendentes a embridar el vigor que una aplicación automática e indiscriminada de la indefensión podía comportar en términos de anulación de actos administrativos. Se trataba de evitar, por las razones que luego se verán, que la indefensión fuese identificada con cualquier infracción procedimental vinculada a los derechos de defensa de los interesados y aplicada consecuentemente —es decir, con una postura muy férrea— por los órganos jurisdiccionales como razón suficiente para anular la resolución final.

En concreto, la construcción argumental que soporta esta «contención» o, como se la ha denominado también, esta «relativización» jurisprudencial del vicio de indefensión se levanta sobre la base de tres pilares fundamentales que pueden sintetizarse del siguiente modo⁵.

A) En primer lugar, el Tribunal Supremo se ha preocupado por *anclar el vicio de indefensión en el terreno de la anulabilidad rehuyendo su deslizamiento hacia el ámbito de la nulidad de pleno derecho*. Deslizamiento al que podía llegarse a través del conducto de la causa de nulidad radical relativa a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido —art. 47.1.c) de la LPA; hoy art. 62.1.e) de la LRJAP—⁶. Existía el riesgo de que los órganos jurisdiccionales subsumiesen la omisión o el cumplimiento irregular de ciertos trámites de corte defensivo (señaladamente, la audiencia a los interesados) en esta causa de nulidad, movidos tal vez por la inercia de una tradición histórica —encarnada en la vieja doctrina de los vicios de orden público⁷— que venía magnificando su rol y su esencialidad en la trama procedimental.

Para sortear esta eventualidad y las repercusiones que de ella habrían de seguirse —un endurecimiento de los efectos vinculados a la indefensión en lógica correspondencia con la consideración de su mayor gravedad—, se reafirmó por una jurisprudencia constante que la sede natural de la indefensión había de buscarse en el marco de la anulabilidad *ex* artículo 48.2

⁵ Del estudio detenido del vicio de indefensión tuve ocasión de ocuparme en mi libro *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2002, págs. 321 a 398.

⁶ Una exégesis exhaustiva de esta causa de nulidad puede verse en Javier GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 217 a 236.

⁷ Cuyo estudio fue obra magistral de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970.

de la LPA, hoy artículo 63.2 de la LRJAP⁸. Sin perjuicio de la existencia de algunos pronunciamientos reticentes y de algún que otro titubeo —circunstancias ambas que llegan a nuestros días⁹—, cabe afirmar que, en líneas generales, es ésta una premisa sólidamente asentada en la actualidad¹⁰.

⁸ La única excepción a este tratamiento viene dada en nuestros días por la indefensión producida en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Como quiera que el derecho de defensa de los interesados en estos casos entronca con el artículo 24 de la CE —según la célebre jurisprudencia constitucional sobre la *unitas substantiae* del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador—, su vulneración deberá depurarse a partir de la causa de nulidad radical relativa a la lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional —62.1.a) de la LJRAP—.

No así, por el contrario, en los restantes procedimientos administrativos, a los que no alcanza el vigor del artículo 24 de la CE. No hay que olvidar en este sentido que el Tribunal Constitucional rechazó desde un principio, y además de manera rotunda, la posibilidad de extender con carácter general el radio de eficacia del artículo 24 de la CE al procedimiento administrativo. La primera toma de posición al respecto se remonta al ATC 232/1983, de 25 de mayo. Desde entonces, la negativa a extender el influjo del artículo 24 de la CE al común de los procedimientos administrativos se ha mantenido en pie en una jurisprudencia muy compacta que llega hasta nuestros días. Representativos de ella son los AATC 887/1986, de 29 de octubre; 1107/1986, de 22 de diciembre; 657/1987, de 27 de mayo; 225/1988, de 15 de febrero, y 275/1988, de 29 de febrero; y las SSTC 68/1985, de 27 de mayo; 175/1987, de 4 de noviembre; 42/1989, de 16 de febrero; 65/1994, de 28 de febrero, y 178/1998, de 14 de septiembre. De su análisis se han ocupado, entre otros, Enrique ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Problemas generales y acceso a los Tribunales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 973 a 1026, y Eduardo GAMERO CASADO, «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», en *REDA*, núm. 85, 1995, págs. 99 y ss.

⁹ Todavía en nuestros días pueden aislarse sentencias que reconducen la omisión de ciertos trámites a la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJAP. Sirva de ejemplo la STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 4111). Se discutía en este pleito la trascendencia que debía darse al error en que incurrió el Ayuntamiento al otorgar un plazo de ocho días para la práctica del trámite de información pública —trámite preceptivo antes de contratar la gestión del servicio público local de abastecimiento del agua— en lugar de los treinta exigidos por el artículo 121 del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales* (Decreto de 17 de junio de 1955). En el entender del Tribunal Supremo, tal infracción tiene cabida en el tenor del artículo 62.1.e) de la LRJAP, descartando así la aplicación del artículo 63.2 *ibidem*, que es, a mi juicio, el encaje natural de este tipo de vicios procedimentales.

¹⁰ De manera muy clara y convincente lo explica el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3264) —que sigue la estela de la importante STS de 11 de julio de 2003 (RJ 2003, 5433), a la que aludiremos más adelante en el texto— a propósito de la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Primero, descarta que tal infracción pueda subsumirse en el artículo 62.1.a) de la LRJAP («Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»):

«[...] ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo, aun con cierta flexibilidad, de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ám-

B) En segundo lugar, se ha consolidado en la jurisprudencia *la concepción material de la indefensión en detrimento de su dimensión formal*. Lo que significa, ni más ni menos, que la simple infracción de un trámite no basta para generar una situación de indefensión; es preciso, *además*, que esa irregularidad procedimental haya supuesto, en el caso concreto, una merma sustancial de la capacidad de defensa del interesado.

Entre otras repercusiones derivadas de esta concepción material de la indefensión, hay que destacar la exigencia de un mayor nivel de esfuerzo argumental al interesado que invoque la existencia de un vicio de este tipo. No será suficiente en este sentido que se ciña a apuntar la comisión de una determinada desviación en el curso del procedimiento, sino que correrá a su cargo conectar esa desviación con la idea de indefensión y argumentar así en qué medida se le impidió exponer su punto de vista a la Administración antes de que ésta adoptase una resolución final¹¹.

bito sancionador; la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional».

Luego, rechaza su inclusión en el artículo 62.1.e) de la LRJAP («Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»):

«Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del artículo 62 LRJ-PAC. Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado».

¹¹ Lo recalca con insistencia el Tribunal Supremo en muchas sentencias. Una de tantas es la STS de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 912), donde, a propósito de la omisión de la audiencia a un interesado en el curso del procedimiento de obtención de una licencia para la construcción de un garaje-aparcamiento, se señala que:

«El incumplimiento del trámite reseñado no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar [...]. Por tanto, habrá de estarse a las circunstancias del caso contemplado y decidido, para determinar el alcance de su omisión. Desde esta perspectiva, es evidente que el demandante no ha puesto en el recurso de relieve la indefensión material que de esta circunstancia, la falta de audiencia, se le ha derivado. Se ha limitado a alegar la infracción del principio de audiencia pero sin poner de relieve el alcance material que de dicha omisión se ha derivado. Bastaría que desde un plano abstracto, pero con una cierta apoyatura en los hechos del litigio, se hubiera argumentado con las consecuencias que esa falta de audiencia hubiera hipotéticamente producido en los derechos del recurrente, para que la anulación del acuerdo fuese procedente.

Contrariamente, lo único que se afirma es la omisión de la audiencia, pero omitiendo cualquier referencia y razonamiento respecto de la lesión que para sus derechos se ha derivado de la omisión de dicho trámite. La

Por lo mismo, la lectura en clave material de la indefensión transforma en gran parte la contemplación de la secuencia procedimental y de los trámites que la integran. Y es que lo que va a contar en adelante, al menos a los efectos de invalidar la resolución, no es tanto que se respeten escrupulosamente los trámites de defensa de los interesados, según vienen impuestos por la normativa reguladora del procedimiento de turno, cuanto que se preserven los principios generales de audiencia y contradicción¹². Se alza- prima, de esta guisa, el rol del principio de defensa del interesado en el curso del procedimiento administrativo, por encima de los concretos trámites dispuestos por el legislador para darle cuerpo normativo en los distintos ámbitos: comunicación del inicio del expediente, citación para la práctica de determinadas pruebas o actuaciones, traslado de la propuesta de resolución, trámite de vista del expediente, audiencia, etc.¹³. La infracción de cualquiera de los mentados trámites carecerá de fuerza anulatoria si las posibilidades de defensa del interesado quedaron, por la razón que fuese, intactas en la sustanciación de la trama¹⁴.

indefensión ha de tener alcance material y no consiste sólo en el incumplimiento del trámite de audiencia».

¹² Esta asociación de la indefensión administrativa con los principios generales de audiencia y contradicción no aparece reflejada en el texto del artículo 63.2 de la LRJAP. Sí está bien retratada, en cambio, en el contexto de la indefensión judicial: el artículo 238.3 de la LOPJ prevenía que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho «cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión».

¹³ El entendimiento del vicio de indefensión a partir de los principios generales de audiencia y contradicción y no de los concretos trámites procedimentales sitúa a la trama secuencial formal en una delicada posición toda vez que parece relegarla a un segundo plano; como si quedara al margen del juicio sobre la presencia de un vicio de indefensión.

A fin de no desembocar en el menosprecio del procedimiento formalmente establecido, es importante reivindicar, siempre con la medida adecuada, la valía del trámite en sí. Una cosa es subordinar los efectos de su omisión o infracción al impacto real sobre los mentados principios de audiencia y contradicción, y otra bien distinta arrinconar por completo su significación. No hay que olvidar así que los trámites defensivos fueron diseñados para potenciar y preservar el postulado general de defensa de los interesados, alejando así el peligro de que cada Administración extrajese por su cuenta y en cada caso el contenido de los derechos de defensa. Sería un error a mi juicio pasar por alto la riqueza que subyace en la historia de los distintos trámites, a menudo frutos de un lento proceso de conquista y maduración de la intervención eficaz de los interesados en el procedimiento administrativo.

¹⁴ Muy gráficas me parecen, entre tantos ejemplos que podrían darse, las explicaciones del Tribunal Supremo contenidas en su sentencia de 13 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7915):

«Por eso el interesado a quien no se ha oído no puede impugnar el acto alegando sólo ese mero vicio formal (como aquí ocurre) sino que tiene que poner de manifiesto que por esa causa ha sufrido indefensión, es decir, una disminución de sus posibilidades de alegación y prueba. Esa disminución significa que al no serle concedida audiencia en su momento, ha perdido irremisiblemente, por la razón que sea, todas o algunas de esas posibilidades, de suerte que más tarde no podrá utilizarlas. En tal caso se ha producido una indefensión que es causa de anulación del acto administrativo. En otro caso, es decir, si a pesar de la falta de audiencia las posibilidades de alegación y prueba siguen intactas, el vicio formal no ha producido indefensión y constituye un mero vicio de forma no invalidante».

Esto último hace, asimismo, que el tratamiento judicial de la indefensión se convierta en un ejercicio con elevadas dosis de casuismo. Habrá que estar a las circunstancias de cada asunto en concreto; indagar en las condiciones de cada expediente para valorar el impacto real de las infracciones cometidas a lo largo de la tramitación sobre la capacidad de defensa del interesado. Nada que ver, por tanto, con el prototipo de aplicación automática basado en la simple detección de determinados errores o vicios de tramitación a los que, en razón de su importancia en abstracto, se les anuda sin paliativos efectos anulatorios.

Bien se ve, por lo demás, que todas estas derivaciones no dejan de ser un trasunto de la doctrina que se aplica a la indefensión en el proceso judicial. De allí proviene en realidad la formulación sobre el carácter material de la indefensión, creada en primera instancia por el Tribunal Constitucional para delimitar la prohibición constitucional de indefensión en el proceso judicial (*ex art. 24 de la CE*) y exportada luego por el Tribunal Supremo al ámbito del procedimiento administrativo —no siempre, dicho sea de paso, con las adaptaciones y ajustes requeridos—. Sea como fuere, basta con destacar ahora que parece claro en nuestros días que para anular un acto administrativo por indefensión hace falta que ésta responda a una lesión material de las capacidades de defensa; es menester, en definitiva, que sea real y efectiva, y no «potencial», «abstracta», «nominal» o «aparenicial», entre otras muchas expresiones que gusta aplicar al Tribunal Supremo. Aquí radica un segundo postulado que, como acaba de decirse, ha arraigado con fuerza en el grueso de la jurisprudencia y que ya se asume como propio, sin que se aprecien separaciones significativas al respecto.

C) Ubicada la indefensión en el coto de la anulabilidad y limitada su aplicación a los supuestos en que se hayan lesionado de manera real y efectiva los derechos de defensa del interesado, hay que aludir aún a un tercer pilar que es, a la postre, el más importante por razón de su contribución a contener la fuerza anulatoria de la indefensión.

Este tercer pilar agrupa, a su vez, un conjunto de argumentos cuyo denominador en común viene dado por su utilización con el fin de *neutralizar los efectos invalidatorios de la indefensión*. No se trata, nótese bien, de fijar parámetros restrictivos para activar el vicio de indefensión —que es, a fin de cuentas, el objetivo de los dos pilares anteriores—, sino de ir más allá; de contener, una vez constatada la presencia de una situación de indefensión material en los términos anteriormente descritos, su capacidad de anular la resolución final. En lugar de perfilar los contornos de la indefensión, lo que se pretende más bien esta vez es neutralizar sus efectos, cerrar el paso a su eficacia invalidante, algo que, claro es, supone un salto cualitativo y representa una operación mucho más penetrante. Para llegar a semejante resultado, el Tribunal Supremo va a servirse, en lo esencial, de dos argumentos:

a) El primero —que es el que va a centrar nuestra atención— consiste en considerar que *la indefensión puede sanar a través de la interposición de*

los recursos administrativos y judiciales que procedan. Entiende el Alto Tribunal que la lesión de las facultades de defensa padecida por el interesado en el curso del expediente administrativo se subsana, se purga, gracias a la actividad defensiva desplegada posteriormente al interponer el oportuno recurso administrativo o, si no, en sede de recurso contencioso-administrativo. La idea es bien simple: si al tramitar el procedimiento administrativo originario no se dio audiencia al interesado para exponer su punto de vista, nada impide que luego lo haga sin limitaciones en vía de recurso; lo mismo si no se le permitió practicar una prueba: podrá proponerla y practicarse con posterioridad; y así siguiendo con todas las facultades de defensa (acceso a los documentos del expediente, motivación...). Sobre ello volveremos en detalle.

b) El segundo argumento viene de la mano del evanescente *principio de economía procesal* que, aplicado en este ámbito, lleva a entender que la fuerza anulatoria vinculada a la indefensión debe ceder cuando *sea razonable suponer que el contenido dispositivo de la resolución final seguiría siendo el mismo por más que se corrigiese el vicio detectado.*

Una tal suposición no siempre resulta sencilla de articular. Pero es lo cierto que para el Tribunal Supremo cobra sentido en diversos escenarios. Por de pronto, allí donde se está en presencia de una potestad reglada cuyos presupuestos fácticos y jurídicos han quedado debidamente acreditados de forma que resulta difícil imaginar qué argumentos podría haber aducido en su defensa el interesado para alterar el contenido de una decisión tasada que, por imperativo legal, es la única posible y lícita.

También cuando se descubre que el interesado, al margen de la indefensión, carece de cualquier razón de fondo para rebatir la resolución impugnada. En tal caso, es razonable presumir, siempre en opinión del Tribunal Supremo, que la orden de tramitar de nuevo el procedimiento administrativo para corregir el vicio de indefensión en nada hará variar el resultado final desde un punto de vista sustantivo¹⁵.

Y no sólo en estas hipótesis. La aplicación más extendida del principio de economía procesal se construye mediante su conexión con la idea de la

¹⁵ Pondré un ejemplo que me parece especialmente demostrativo de esta manera de razonar y, al tiempo, muy gráfico. Se trata de los expedientes de deslinde relacionados con el dominio público marítimo-terrestre. Según establecía el artículo 12 del antiguo Reglamento de Costas de 1980 (RD 1088/1980, de 23 de mayo), era preciso notificar personalmente a los propietarios de los predios colindantes el día y la hora en que habría de dar comienzo el acto de deslinde al objeto de que pudiesen comparecer personalmente y alegar lo que estimaren pertinente en defensa de sus intereses. Pues bien, es jurisprudencia reiterada la que entiende que la práctica defectuosa o incluso la pura omisión de esta notificación no generan una situación de indefensión *a no ser que el interesado razone cómo hubiera influido su intervención en la determinación de la línea de deslinde*; cuando, por el contrario, sólo alega la infracción pero no aporta, además, razones de fondo en contra del deslinde, no es dado hablar de indefensión: «Si el actor nada alega sobre la trascendencia que, en el caso en concreto y en punto a la efectividad de sus medios de defensa, haya tenido aquella omisión del trámite, no cabe tener por cierto que ésta haya dado lugar a una indefensión real y efectiva, ni cabe ligar a ella el efecto anulatorio pretendido», señala la STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1900), cuya estela siguen las SSTs de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 7656), 5 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8028) y 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8894), entre otras.

subsanción de la indefensión en vía de recurso administrativo. Porque si se mantuvo un debate dialéctico pleno entre el interesado y la Administración, aunque este debate se produjese con ocasión del recurso administrativo y no en cambio durante la tramitación del expediente originario —como en rigor debió acontecer—, resulta sensato suponer, razona nuevamente el Tribunal Supremo, que la repetición del expediente inicial por vicio de indefensión no habría de llevar en última instancia a ningún cambio en la posición mantenida por la Administración¹⁶.

La conjunción de estos dos argumentos (subsanción en vía de recurso y principio de economía procesal), y de algunos otros de menor relevancia (como, por ejemplo, se me ocurre, el carácter «personalista» de los vicios de defensa¹⁷), ha sido traída a colación en innumerables sentencias. A veces, es cierto, como simple válvula de cierre que únicamente se introduce a mayor abundamiento, a modo de criterio para rematar la inexistencia de una situación de indefensión material en el caso enjuiciado. Pero en incontables ocasiones se ha hecho descansar sobre ellos, aquí sí sin matices, la neutralización de la fuerza anulatoria de la indefensión, creando así con el paso de los años un cuerpo de jurisprudencia sólido que, siempre con las debidas cautelas, cabría calificar de dominante y de cuya vigencia actual daremos cuenta en el epígrafe III¹⁸.

Dominante, sí, pero no unánime. Y es que, a diferencia de los dos primeros pilares —que gozan de un estado de aceptación muy generalizado y, en todo caso, sin disidencias destacables—, la implantación de este tercer pilar no ha logrado nunca la aprobación sin discrepancias de la jurisprudencia.

¹⁶ Se produce así un acoplamiento que, como mínimo, ha de calificarse de ingenioso. Si la Administración ha conocido los argumentos en que funda su pretensión el interesado y los ha rechazado al desestimar el recurso administrativo, ¿por qué habría de cambiar su posición y modificar el contenido del acto en una hipotética repetición del procedimiento? Por propia coherencia, ante el mismo asunto y con los mismos argumentos en una y otra parte, lo lógico es que la Administración, que ya manifestó su criterio y lo debatió con el interesado durante la resolución del recurso administrativo, se mantenga en sus trece.

Ejemplos recientes de la aplicación del principio de economía procesal en el sentido expresado en el texto pueden verse, entre muchas, en las SSTs de 8 de junio de 2004 (RJ 2004, 3683) y 20 de enero de 2005 (RJ 2005, 4).

¹⁷ Que viene a significar que la indefensión sólo puede ser alegada por aquella parte que la ha sufrido. Así, un interesado no puede aducir la existencia de una situación de indefensión que afectó a otro interesado, aunque dicha situación efectivamente se produjese. Últimamente, véase, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 7632).

¹⁸ Una puntualización me parece aquí obligada. Observará el lector que en el texto califico de dominante a la línea jurisprudencial que aplica la regla de la subsanción de la indefensión en vía de recurso. He de precisar, empero, que esta calificación no es fruto de un estudio numérico exacto —del que carezco— y responde más bien a una apreciación personal que parte de una visión del conjunto de la jurisprudencia con la que he tenido contacto. Entiendo así que la prudencia aconseja hacer esta reserva, ya que tomar el pulso de la jurisprudencia y emitir un veredicto certero sobre su estado resulta en este tema muy complicado. No hay que olvidar que la indefensión es un vicio que, con un mayor o menor peso argumental, aparece frecuentemente y, sobre ello, por doquier, en relación con los más variados procedimientos administrativos, por lo que la búsqueda y la reunión exhaustivas de todas las sentencias, así se limiten al Tribunal Supremo, que se ocupan del tratamiento de la indefensión constituyen tareas difíciles de acometer.

El objetivo de este trabajo radica precisamente en significar esa división; en poner de manifiesto que continúa presente en nuestros días, si bien, y esto es lo más importante, con algunas aportaciones que interesa dar a conocer. Como tendremos ocasión de comprobar, no todas las sentencias del Tribunal Supremo comulgan con la aplicación de la técnica de la subsanación en vía de recurso —y menos aún con el principio de economía procesal, si bien el estudio de esta cuestión merece un tratamiento *ex professo*, supuesta la idiosincrasia de este principio—. Conviven al respecto posiciones claramente divergentes que revelan al cabo planteamientos de partida y concepciones muy diversas acerca de la inteligencia de la indefensión como canon de validez de los actos administrativos y su encaje en el marco de nuestra Justicia administrativa (epígrafe IV).

III. LA SUBSANACIÓN DE LA INDEFENSIÓN EN VÍA DE RECURSO: LA VIGENCIA ACTUAL DE ESTA TÉCNICA JURISPRUDENCIAL Y SU MOTIVACIÓN ÚLTIMA

La subsanación de la indefensión padecida en el procedimiento originario a través de las oportunidades de defensa creadas por la interposición de los recursos administrativo y/o judicial ha constituido uno de los principales instrumentos usados por la jurisprudencia a fin de relativizar la fuerza anulatoria de este vicio. Se ha aplicado, por lo demás, para hacer frente a los vicios relacionados con todas las facultades que forman parte de los derechos de defensa del interesado: por descontado, para subsanar las limitaciones en el ejercicio de la facultad de alegar; pero también de acceso a los documentos obrantes en el expediente; de proponer y practicar pruebas; e incluso en lo que atañe a la motivación de la resolución final. De todas estas infracciones causantes de indefensión real se ha tenido a bien por la jurisprudencia admitir su cobertura *a posteriori*, en sede de recurso.

Por esta senda ha discurrido de forma mayoritaria la jurisprudencia en las últimas décadas y, por supuesto, está todavía hoy muy presente. Para demostrar esto último, nada mejor que ofrecer aquí algunos ejemplos que han sido extraídos de la jurisprudencia de los últimos años.

a) Para comenzar, valga la alusión a la importante STS de 11 de julio de 2003 (RJ 2003, 5433). Resolvía en este supuesto el Tribunal Supremo un recurso de casación para la unificación de doctrina —de donde su valor añadido— que tenía por objeto justamente la subsanación de la indefensión en vía de recurso. Sucedió, en concreto, que el Tribunal *a quo* —a saber, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha— había considerado que una orden de derribo acordada sin conceder previamente audiencia al interesado no debía ser anulada por razón de indefensión toda vez que dicho interesado había tenido ocasión de defender su posición en vía administrativa, primero, y judicial, después. Se pretendía por el mismo interesado la casación de esta doctrina arguyendo que tal pronunciamiento venía a contradecir radicalmente algunos precedentes del Tribunal Supremo dictados en supuestos sustancialmente iguales.

La pretendida casación, sin embargo, será rechazada. En el entender del Tribunal Supremo, la decisión del Tribunal *a quo* de dar por sanada la indefensión *a posteriori* no sólo no contradecía ningún precedente del Alto Tribunal, sino que, por el contrario, seguía el criterio acertado y transitaba por la senda marcada por la mejor jurisprudencia:

«[...] según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

De este firme postulado, expuesto con una marcada proyección general, únicamente escapan dos situaciones. Por un lado, quedan al margen los procedimientos sancionadores, en cuyo seno cobran los derechos de defensa una trascendencia acentuada. Por otro, se abre un pequeño resquicio para evitar que la técnica de la subsanación en vía de recurso opere de forma automática como consecuencia anudada al mero hecho de interponer el oportuno recurso. Así, el Tribunal Supremo puntualiza que para que la sanación actúe es preciso que la sustanciación del recurso haya hecho posible suplir la lesión padecida:

«Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquel acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del artículo 63.2 de la Ley 30/1992».

b) Significada esta relevante sentencia, los ejemplos posibles se multiplican. Una de tantas muestras podemos encontrarla en la STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001, 4220). Se ventilaba aquí un procedimiento de asilo

en cuya tramitación se había omitido el trámite de audiencia al interesado. Frente a la queja de indefensión manifestada, se razonará lo siguiente:

«De lo hasta aquí dicho se deduce que las irregularidades cometidas en la tramitación del expediente administrativo, con la omisión de trámites esenciales, constituyen en principio, al amparo del artículo 62 de la Ley 30/1992, causa suficiente para decretar la nulidad de la resolución recaída. Ahora bien, habida cuenta que la situación de indefensión provocada en vía administrativa ha sido subsanada en fase jurisdiccional donde el recurrente ha podido alegar y probar lo que estimó conveniente, no procede, en aras del principio de economía procesal, declarar la nulidad del acto recurrido y, por tanto, debe desestimarse el motivo que nos ocupa, máxime cuando es previsible que tal declaración de nulidad, si se ordenase retrotraer las actuaciones como pretende el recurrente, no daría lugar a una nueva resolución administrativa en sentido distinto de la que ahora se recurre».

c) En la misma línea se mueve la STS de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004, 4047), relativa esta vez a la omisión de la audiencia al interesado en un procedimiento de sucesión de un título nobiliario. En su análisis, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

«[...] empezando por la pretendida infracción del artículo 84, o sea por la indefensión por omisión del trámite de audiencia, hay que decir que no puede hablarse de indefensión porque el recurrente en la instancia tuvo ocasión de conocer directamente esos informes preceptivos a los que alude y, puesto que a las partes se le[s] da traslado del expediente administrativo, tuvo ocasión de pedir —en su caso— que se completara el mismo, y luego pudo y debió hacer en su demanda cuantas alegaciones hubiera considerado necesario hacer, y aportar cuantos documentos hubiera necesitado presentar y solicitar la prueba que necesitara hacer».

Como se ve, el Tribunal Supremo admite con claridad la subsanación. Pero además, la enmarca en un discurso que parece reprochar en última instancia al interesado tanto su actitud negligente en el empleo de sus facultades de defensa como, sobre todo, la ausencia de motivos o argumentos de fondo. Aunque sea una cita larga, vale la pena dejar constancia aquí del tenor literal de la sentencia:

«En lugar de eso pretende se anule el acuerdo de archivo de actuaciones sin hacer ni la más mínima alusión al problema de fondo. El procedimiento administrativo puede es-

tar mal instruido y en ocasiones lo está. Pero para remediar los posibles defectos de instrucción está en primer lugar el proceso Contencioso-Administrativo. Y cuando en él hay elementos suficientes para resolver, la Sala debe resolver. Y si faltan datos y la carga de su alegación y prueba pesa sobre el recurrente, tiene que desestimar la demanda.

La parte recurrente niega esto —que es lo que la sentencia impugnada sostuvo— “porque lo que es de justicia es que el procedimiento administrativo se instruya bien y con arreglo a las Leyes vigentes, y no se obligue al ciudadano a extenderlo a la vía jurisdiccional por muchas posibles garantías que ésta ofrezca”.

Cierto es que lo deseable y lo obligado es que el procedimiento administrativo se instruya bien, pero no menos cierto es que la vía jurisdiccional está para corregir los vicios de la actuación administrativa y que el principio de celeridad y el de economía procesal no son declaraciones programáticas sino mandatos vinculantes, sin que quepa admitir que el interesado se empeñe en obtener una retroacción de actuaciones cuando incumplió la carga procesal de recurrir en súplica contra la denegación de prueba».

d) Finalmente, bueno será incorporar también alguna sentencia relacionada con la motivación del acto administrativo. Una exigencia que, no por ser fundamental, ha quedado a resguardo de la subsanación *a posteriori*. Antes bien, es éste un vicio sumamente propicio para la aplicación de esta técnica sanadora habida cuenta de su dimensión formal que viene a identificarla —de una manera parcial, dicho sea de paso— con la mera exteriorización de la razón de decidir¹⁹. De ello da testimonio, entre muchas, la STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 7385), donde el Tribunal Supremo recuerda al recurrente, que se consideraba indefenso a causa de la deficiente motivación de la resolución denegatoria de una ayuda, que

«si bien el acto originario pudo adolecer de tal falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficientemente explícito, tal como de ello hemos dejado constancia, y la sentencia recoge, para considerar cumplido el mencionado requisito»²⁰.

* * *

¹⁹ Sobre la posibilidad de suplir la defectuosa motivación mediante la incorporación de nuevos motivos con posterioridad, durante los recursos administrativo y judicial, véase, entre nosotros, Alejandro HUERGO LORA, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», en núm. 145 de esta REVISTA, 1998, págs. 89 a 115.

²⁰ Criterio que enlaza con una serie jurisprudencial compuesta, entre otras, por las STSS de 4 de julio de 2001 (RJ 2001, 5405) y 20 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9845).

Este pequeño elenco es representativo de otras muchas sentencias que participan del mismo planteamiento²¹. En cualquier caso, bien se ve que la subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso continúa teniendo en nuestros días un amplio predicamento en la jurisprudencia. Siendo esto así, es obligado preguntarse por las razones que mueven al Tribunal Supremo a frenar las consecuencias anulatorias que se derivarían naturalmente de la indefensión con arreglo al artículo 63.2 de la LRJAP.

A este respecto, hay que comenzar por señalar que raramente se exponen cuáles son los mimbres dogmáticos que soportan la validez de la subsanación *post factum*. Más bien se asume como una construcción dada cuya justificación se juzga innecesaria a estas alturas. Es suficiente por ello con remitir a algunos precedentes y evidenciar el alineamiento. Con todo, aunque no se revelen sus fundamentos dogmáticos, el análisis detenido de la jurisprudencia actual que transita por esta dirección sí permite captar en última instancia la presencia de unas motivaciones claras.

Ante todo, es de justicia subrayar que la voluntad del Tribunal Supremo en estos casos no es en modo alguno la de rebajar la importancia de la defensa de los interesados en el procedimiento administrativo. De hecho, no es extraño que antes de dar paso al remedio de la subsanación en vía de recurso se acostumbre a verter afirmaciones solemnes sobre el significado y la trascendencia del principio de contradicción y audiencia a los interesados en la institución del procedimiento administrativo —es habitual así, si hablamos del trámite de audiencia, por ejemplo, que se ratifique su naturaleza elemental como manifestación de un principio universal o su carácter esencial como momento procedimental, cuando no su dimensión constitucional *ex* artículo 105.c) de la CE²²—; y, también, que se recuerde a la Administración su obligación de respetar los derechos de defensa de los interesados, como si de una suerte de admoción se tratase.

Tampoco conviene buscar en esta jurisprudencia un ánimo de ir en contra de los intereses del particular. La subsanación de la indefensión en

²¹ Entre tantas otras, pueden citarse, sin ningún ánimo exhaustivo, las SSTs de 11 de abril de 2000 (RJ 2000, 4820), 17 de abril de 2000 (RJ 2000, 3846), 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1465), 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 6178), 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 1758), 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 882), 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 4001), 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 6837), 30 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5013), 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 6034), 4 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 405), 17 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1420), 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2487), 2 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2492), 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5301), 12 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5303), 19 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5304), 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4057), 8 de junio de 2004 (RJ 2004, 3683), 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6879), 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 8101), 2 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1833), 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3264), 13 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8770) y 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10079).

²² No puede ocultarse que este tipo de manifestaciones en ocasiones resulta chocante a la vista del fallo final. Se hace extraño, en efecto, conjugar semejantes afirmaciones con la inoperancia posterior de la indefensión como vicio del acto administrativo. Su sentido sólo puede descubrirse si se tiene presente la preocupación del Tribunal Supremo por evitar que la regla de la subsanación de la indefensión en vía de recurso sea objeto de una lectura desviada al servicio de la devaluación de las garantías procedimentales de los interesados.

vía de recurso, aunque pueda dar esta impresión aparentemente, no viene animada por una posición *contra cives*.

Lejos de todo ello, en la esencia de este planteamiento reside una convicción sobre el papel de la Justicia administrativa que trata de romper con su carácter revisor y que ve en ella la instancia encargada de resolver y poner fin a la controversia, al problema de fondo que enfrenta al interesado con la Administración. De ahí la exigencia de llegar a la raíz del asunto a toda costa. Y de ahí también la conveniencia de evitar que la resolución del pleito se obstruya, salvo en supuestos realmente extraordinarios, por la apreciación de cuestiones formales, entre las que se sitúan las de orden procedimental. Si se anula el acto por un vicio formal, el examen sobre su legalidad material quedará imprejuizado. Así, la indefensión se contempla, desde esta óptica, fundamentalmente como un obstáculo que impide al órgano jurisdiccional entrar a conocer el fondo del asunto.

Se toma en consideración, además, que los efectos anudados a la anulación de una resolución por indefensión, materializados en la nulidad de actuaciones, no pasan de ser un «espejismo» y conducen al particular, las más de las veces, a una simple victoria pírrica que no es acorde con la efectividad reclamada a la tutela judicial. Victoria pírrica puesto que la Administración, luego de repetir el procedimiento y corregir las tachas que generaron la indefensión, podrá dictar un nuevo acto con el mismo contenido sustantivo. De esta suerte, la nulidad de actuaciones y la orden de reponer el procedimiento al momento anterior a la comisión del vicio defensivo no están en grado de liquidar el problema de fondo; a lo más, pueden postergarlo un tiempo. Mucho más provechoso resulta para el interesado, siguiendo este planteamiento, relativizar el vicio de indefensión y penetrar en las entrañas del pleito para enjuiciar la legalidad material del acto y, en su caso, anularlo, ahora sí, de manera irreversible.

No es necesario extenderse más sobre cuestiones de sobra conocidas²³. Basta con retener que, puestos a buscar el motor básico de la regla de la subsanación *a posteriori*, no hay que pensar sino en la voluntad de resolver la pretensión sustantiva deducida en la litis, que se ve obstaculizada si se concede fuerza anulatoria a la indefensión, poniendo así fin al proceso sin juzgar el fondo del mismo.

Presente esta intención, en esta jurisprudencia late asimismo una particular visión de la posición del interesado en el procedimiento administrativo. No se parte en este sentido de un sujeto pasivo, sino de un sujeto activo que cuenta para sí con importantes facultades para defenderse durante la tramitación. El interesado aparece investido por el ordenamiento de un

²³ Para una exposición más detallada y completa al respecto bueno será remitir al lector al estudio de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, antes citado. Encontrará en él las claves del discurso que justifica la relativización de la indefensión en beneficio del enjuiciamiento del fondo del asunto. Y no sólo eso. Es de notar que de sus páginas se ha nutrido en lo esencial la jurisprudencia —en ocasiones, transcribiendo literalmente algunos pasajes— para tejer los argumentos centrales que justifican la subsanación de la indefensión en vía de recurso. Su consulta es, por ello, capital en el tema que nos ocupa.

haz potente de facultades de defensa en cuyo uso responsable se apoya también el Tribunal Supremo para evitar que prospere la alegación de indefensión. Como quiera que en muchos de los asuntos fallados el interesado tuvo noticia de la existencia del expediente y sabía del negocio que le traía con la Administración, cabe reprocharle por qué no hizo uso de las amplias posibilidades de exponer su punto de vista. A este respecto, es perceptible en el Tribunal Supremo el ánimo de evitar que este interesado —dotado de amplios poderes de defensa— saque provecho de las irregularidades cometidas por la Administración, a las que bien pudo hacer frente de una forma más eficaz, y se aferre a ellas como único sostén de su pretensión anulatoria²⁴.

IV. LA TESIS CONTRARIA A ENTENDER SUBSANADA LA INDEFENSIÓN
POR OBRA DE LOS SUCESIVOS RECURSOS.
EL RASTRO DE ESTA POSICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE

Expuesta la vigencia actual y el formato básico de la jurisprudencia que aplica la regla de la corrección de la indefensión administrativa por efecto de la interposición de los recursos administrativo y/o contencioso-administrativo, es momento ahora de significar sin falta la existencia de brechas o divergencias, algunas de ellas notables, en lo que concierne a la recepción jurisprudencial de esta construcción. Porque con ser una regla interpretativa que ha contado y cuenta con el favor de un amplio sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cierto es que nunca ha logrado imponerse de manera unánime. Siempre se han registrado, por el contrario, pronunciamientos que sorteaban su aplicación y que, a mi modo de ver, pueden reconducirse a tres grandes grupos.

A) Por de pronto, no puede ocultarse que incluso la jurisprudencia más proclive a la subsanación de la indefensión ha venido reconociendo en

²⁴ En ciertas sentencias se explicita incluso una suerte de recriminación. No hace mucho, en relación con un recurso planteado sobre la base de un vicio de motivación de un acuerdo del Ayuntamiento de Girona por el que se acordaba el traslado de un mercado semanal, el Tribunal Supremo señalaba que:

«La recurrente no contradice con eficacia la explícita declaración de la sentencia recurrida de que se han hecho constar en el expediente las razones urbanísticas que determinaron el traslado, las actuaciones llevadas a cabo con los mismos comerciantes interesados y el análisis de las diferentes alternativas encaminadas a encontrar una solución al problema. Pretender alegar, en tales circunstancias, ignorancia de las razones que dieron lugar al acuerdo de traslado que haya podido ocasionar indefensión, excede con mucho de lo admisible en estos casos, sin contar con que a lo largo del procedimiento judicial se ha tenido oportunidad sobrada de desvirtuar las razones tenidas en cuenta en lugar de pretender ampararse en supuestos defectos formales, cuya existencia tampoco podría dar lugar a otra solución que a una retroacción de lo actuado con el fin de hacer constar en el acuerdo notificado, de modo expreso, las razones de sobra conocidas por la parte demandante» (STS de 2 de junio de 2004 —RJ 2004, 4025—).

ciertos supuestos la necesidad de anular el acto a causa de la lesión sufrida por el interesado en sus derechos de defensa. Se trata de los casos más flagrantes, aquellos en los que la resolución fue gestada de espaldas al afectado, desconociendo las más elementales exigencias de contradicción. Frente a tales situaciones, no faltan las sentencias que admiten la improcedencia de integrar los derechos de defensa *post factum*, en sede de recurso²⁵. No hay que olvidar en este sentido que la aplicación a ultranza y con todas sus consecuencias de la subsanación en vía de recurso llevaría a liquidar virtualmente el propio vicio de indefensión, supuesto el control judicial universal a que está sometida la actuación de la Administración *ex* artículos 24 y 106.1 de la CE²⁶.

B) Por otra parte, es de notar la presencia de sentencias que enjuician la alegación de indefensión pretiriendo esta construcción, operando como si no existiese. Dan entrada, sí, a la concepción material de la indefensión —que, como ya quedó apuntado, constituye una premisa profusamente instalada—, pero, llegados al punto de poder neutralizar su eficacia anulatoria por medio de la subsanación *ex post*, desconocen lisa y llanamente esta regla, sin detenerse en explicar por qué, y otorgan por ende eficacia anulatoria a la apreciación de la lesión de los derechos de defensa del interesado en el procedimiento originario²⁷.

C) Finalmente, cabe aludir a un conjunto de sentencias que, conscientes de la viva presencia de la subsanación en vía de recurso en el seno de la jurisprudencia, han rebatido, de forma razonada, su aplicación. Muy recordada suele ser en este sentido la STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990, 774), de la que acostumbra a extraerse un fragmento en el que se contiene, de forma muy lúcida, una réplica al criterio de la subsanación. La cita es larga, pero el calado de la argumentación justifica con creces su reproducción:

²⁵ Así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10087). Se trataba de una resolución de extinción de derechos de aprovechamiento sobre unos bienes comunales que había sido adoptada por la Junta Administrativa sin dar antes trámite de audiencia a los interesados. Ante tal circunstancia, el Tribunal Supremo va a anular la resolución por vicio de indefensión, considerando, y esto es lo importante, que no podía tener cabida en casos como éste la subsanación en vía de recurso habida cuenta de que durante el expediente administrativo los interesados no gozaron de ninguna posibilidad de intervención. Y es que la decisión administrativa de extinción se había gestado, por decirlo llanamente, «a hurtadillas», sin que los interesados lo notasen.

²⁶ Decía ESCRIBANO COLLADO en 1993: «existen sentencias del Tribunal Supremo de las que el jurista obtiene la impresión de que cualquier vicio en la tramitación administrativa es siempre subsanable, si el administrado puede con posterioridad plantear la cuestión controvertida ante los Tribunales» (Pedro ESCRIBANO COLLADO, «Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, T. I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 542). Una impresión que comparto y que mantengo a la luz de la jurisprudencia actual.

²⁷ O sea, que ni admiten la subsanación en vía de recurso ni tampoco la rechazan; simplemente la ignoran. Ejemplos actuales de esta posición —que ocupa una franja notable de la jurisprudencia— pueden verse, *ex multis*, en las SSTS de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7999), 14 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 39) y 16 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 593).

«Entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo no existe un “continuum”, en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro.

Terminado el procedimiento administrativo, “ex post” del mismo, y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos “ex ante” de la resolución que le puso término, siendo el análisis de esos posibles vicios por la Jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la invalidez del acto producido sin las garantías jurídicas exigibles.

La resolución administrativa debe dictarse, respetando el sistema de garantías establecido en las normas rectoras del procedimiento, sistema de garantías cuyo designio final es la defensa del administrado frente a la Administración. Si este sistema no se respeta, el acto administrativo resulta viciado. La defensa posible ante la Jurisdicción no elimina la realidad y significación jurídica de la indefensión producida frente a la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y de aquélla. No le corresponde a la Jurisdicción imponer la sanción, de ahí que las garantías legales para su imposición no puedan cumplirse ante ella, cuya misión se reduce a controlar si tales garantías se observaron o no por la Administración. El criterio de la sentencia recurrida al respecto conduce prácticamente a la eliminación de la eficacia jurídica de los vicios de procedimiento en cuanto motivos de impugnación del acto administrativo, pues en la medida en que todos los actos son recurribles, la oportunidad de defensa en el recurso contencioso-administrativo subsanaría los vicios del procedimiento administrativo, lo que es absurdo»²⁸.

Precisamente en la línea preconizada por esta importante sentencia se han producido en los últimos años algunos avances que trataré de exponer

²⁸ El impacto de esta doctrina en su momento fue sin duda menor en el grueso de la jurisprudencia. Prueba de ello lo son las elocuentes palabras de un Magistrado, don José Luis REQUERO IBÁÑEZ, que al comentar esta sentencia no dudaba en afirmar que «se trata, en definitiva y como decimos, de una sentencia aislada, clara en sus principios, principios en sí evidentes —la actuación administrativa y el procedimiento previo son precisamente la materia de enjuiciamiento jurisdiccional—, pero arriesgada, también precisamente por asentar unos principios incommovibles para una técnica de enjuiciamiento que debe buscar las consecuencias prácticas y reales de la anulación de un acto administrativo» (José Luis REQUERO IBÁÑEZ, «Indefensión administrativa e indefensión constitucional», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El acto y el procedimiento*, núm. 7, 1992, págs. 243-277). En el entender del Magistrado, extensible a buena parte de la Magistratura, la aplicación judicial de la indefensión no podía perder de vista el resultado real a que habría de conducir la estimación del recurso por tal motivo. Sobre el discurso en torno a la «utilidad» volveremos más adelante.

a continuación, centrándome en la labor del Tribunal Supremo, pero dando un repaso también al estado de la cuestión en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, cuyas enseñanzas acerca de la configuración del procedimiento administrativo sancionador resultan más que aleccionadoras; así como a la producción de los Tribunales Superiores de Justicia, donde también cabe aislar algunas aportaciones relevantes en el asunto que nos ocupa.

1. *La negativa a aplicar la subsanación a posteriori en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

En los últimos cinco años es perceptible en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una mayor resistencia en relación con la aplicación de la subsanación de la indefensión *a posteriori*. A esta valoración cabe llegar, a mi modo de ver, y siempre con la relatividad que este tipo de apreciaciones arrastra, a partir no tanto de un dato numérico, sino más bien a la luz de la aparición de una serie de pronunciamientos que, de manera frontal, encaran y cuestionan la admisibilidad de esta regla, al tiempo que ofrecen argumentos, algunos viejos pero remozados, otros nuevos, para justificar fundadamente su inaplicación.

A) Explorando el rastro del último lustro, puede situarse un punto de partida en la STS de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5082). El asunto fallado traía causa de la resolución de un contrato administrativo de gestión de un servicio público de transporte escolar acordada por el Ministerio de Educación; resolución que fue adoptada sin la preceptiva audiencia al contratista exigida entonces por el artículo 224 del viejo Reglamento General de Contratación del Estado (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre) en los casos en que la caducidad del contrato se fundase en un incumplimiento por parte del empresario de las cláusulas pactadas, con grave perturbación del servicio. En contra del criterio del Tribunal *a quo* (se trataba del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), el Tribunal Supremo va a negarse a entender suplida esta falta de audiencia por las posibilidades de alegación y defensa en vía judicial. Y ello sobre la base de tres argumentos:

a) En primer lugar, el Tribunal Supremo pone el acento en la finalidad que es propia del trámite de audiencia y que no es otra que hacer posible que el interesado se defienda «cara a cara» con la Administración:

«El trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este últi-

mo proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite».

b) En segundo término, se realiza una afirmación de gran trascendencia. En opinión del Tribunal Supremo, nada impide que la pretensión de anulación de un acto administrativo se funde, única y exclusivamente, en un vicio de indefensión. Se reconoce, por tanto, algo que buena parte de la jurisprudencia se resiste a admitir, como ya vimos. Me refiero a la autonomía del vicio de indefensión como único motivo de impugnación:

«El proceso jurisdiccional puede entablarse también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate. Por lo cual, el proceso jurisdiccional instado con esa sola finalidad no comporta la necesaria subsanación de la invalidez e indefensión que se haya producido en la vía administrativa como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia».

c) Finalmente, introduce la sentencia una hipótesis, cuando menos, original que consiste en aplicar la subsanación *post factum* únicamente cuando el recurrente así lo solicite. Tiene en cuenta el Tribunal Supremo la eventualidad de que el objetivo buscado por el particular sea la resolución judicial del fondo del asunto; de tal forma que sea él el primer interesado en preterir la existencia de vicios formales o de tramitación cuya apreciación impediría al órgano jurisdiccional entrar en las cuestiones de orden material. No hay que olvidar que, por extraño que pueda parecer, no han faltado ocasiones en las que el recurrente ha pedido al Tribunal Supremo que hiciera caso omiso de la indefensión detectada precisamente para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Una situación agravada por la consideración durante mucho tiempo de la indefensión como un vicio de orden público que, como tal, podía ser apreciado de oficio por el propio Tribunal o aun invocado por la Administración causante de la lesión —y deseosa de demorar la contienda—. Para superar este problema, se propone en la sentencia comentada nada menos que dejar en manos del afectado la virtualidad invalidante del vicio de indefensión:

«La subsanación a través de la fase judicial de los vicios de indefensión que puedan haber existido en el procedimiento administrativo resulta procedente declararla cuando el interesado, en el proceso jurisdiccional que inicie para impugnar la actuación administrativa, hace caso omiso de esos vicios o defectos del procedimiento administrativo, plantea directamente ante el órgano judicial la cuestión de fondo que quería hacer valer en los trámites administrativos omitidos, y efectúa, en esa misma fase judicial, alegaciones

y pruebas con la finalidad de que el tribunal se pronuncie sobre dicha cuestión de fondo».

B) Un segundo pronunciamiento de fuste lo proporciona la STS de 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 1270), que resuelve un recurso de casación en interés de la Ley promovido por la Administración autonómica aragonesa contra una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en cuestión había decidido anular la sanción impuesta por la Administración aragonesa a un particular a causa de una roturación no autorizada en unas parcelas denunciada por un agente de protección de la naturaleza. La razón no fue otra que entender que la ratificación judicial que de la denuncia hizo luego el agente —y que resultaba necesaria para aclarar algunos extremos dudosos de la misma— advino tardíamente, pues era durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador cuando debió haberse practicado esta diligencia. Un planteamiento de este tenor, que venía a negar eficacia sanadora a la ratificación judicial, resultaba, a juicio de la Administración aragonesa, erróneo y, sobre ello, gravemente dañoso para el interés general. En su lugar, proponía al Tribunal Supremo que declarase como doctrina legal, con la fuerza que le es propia y su proyección general, la posible subsanación en el proceso judicial de la eventual falta de ratificación de la denuncia en el expediente administrativo.

La respuesta del Tribunal Supremo va a ser tan escueta como nítida. El recurso debe desestimarse toda vez que la doctrina propuesta no es acorde con los principios inspiradores del Derecho Administrativo sancionador. Como tampoco lo es la pretendida subsanación:

«la falta de prueba en el procedimiento administrativo sancionador, en relación con los hechos sancionables, no puede ser suplida en sede jurisdiccional al revisar la legalidad de la resolución sancionatoria, sin que a ello se oponga el carácter de plena jurisdicción que ostenta la Contencioso-Administrativa, ya que quien ejercitó su potestad sancionatoria fue la Administración recurrente, que tenía el deber de haber demostrado cumplidamente los hechos imputados al denunciado».

C) Como tercer y último exponente quiero destacar la STS de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6990). Versa esta sentencia sobre una sanción disciplinaria de separación definitiva del servicio impuesta por el Ayuntamiento de Zaragoza a uno de sus policías locales que había sido condenado penalmente como autor de un delito doloso de agresión sexual.

Ocurrió que en la tramitación del expediente disciplinario se cometieron numerosas irregularidades, entre ellas la omisión del pliego de cargos y la audiencia al interesado que vienen exigidas tanto por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Es-

tado (arts. 36, 41 y 43 del RD 33/1986, de 10 de enero) como por el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (arts. 37, 38, 40 y 42 del RD 884/1989, de 14 de julio). En el entender del Tribunal *a quo* (en este caso el Tribunal Superior de Justicia de Aragón), tales infracciones, aun siendo evidentes, no generaron una situación de indefensión ya que el imputado conocía perfectamente la sustanciación del expediente y su razón de ser, fue citado a una suerte de comparecencia y, además, tuvo ocasión de defenderse plenamente en vía judicial.

Recurrida por el interesado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia aragonés, el Tribunal Supremo va a casarla por considerar que se produjo un manifiesto vicio de indefensión y, por lo que aquí más interesa, que esa indefensión no era susceptible de ser sanada *a posteriori*: «la falta del trámite de audiencia —afirma el Alto Tribunal— no es subsanable por la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales». Es de remarcar que este aserto se formula después de realizar un repaso detenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo gestada en los últimos años y se apoya expresamente en la mencionada STS de 21 de mayo de 2002, cuyos argumentos reitera.

* * *

Estas tres sentencias constituyen a mi juicio exponentes notables de una posición jurisprudencial que rechaza abiertamente la regla de la subsanación de la indefensión en vía de recurso. Aunque sus argumentos ya han sido revelados en los fragmentos transcritos, no está de más recalcar aquí, al igual que hicimos en el epígrafe anterior, las motivaciones principales que se esconden detrás de esta postura.

Tengo para mí que, en lo esencial, son dos las ideas-fuerza que llevan al Tribunal Supremo a rechazar la eventual subsanación.

Está, en primer lugar, una concepción del principio de contradicción y defensa de los interesados que pone el acento en su significación natural y, también, en su plasmación normativa. Lo primero para evidenciar que si algo pretenden los derechos de defensa es que el interesado pueda defenderse *antes* de que la Administración adopte una resolución, no después. Aspecto que se confirma al cotejar el diseño normativo del procedimiento de turno, toda vez que es el propio legislador quien inserta en la serie trámites previos y preceptivos cuya finalidad es la de preservar la defensa eficaz de los interesados. De lo que se trata es al fin de trabar una adecuada correspondencia entre la relevancia intrínseca y formal de estos trámites y los efectos que han de seguirse de su infracción en términos de anulación de la resolución final.

No se piense, en cualquier caso, que se promueve así una «justicia formalista». La voluntad del Tribunal Supremo no pasa en modo alguno por instalarse en el rigor formalista a la hora de enjuiciar cómo se tramitan los expedientes administrativos hasta el punto de sancionar con la invalidez cualquier infracción relacionada con la defensa del interesado, al estilo de la vieja doctrina de los vicios de orden público. Si se leen con detenimiento

los pronunciamientos que se enmarcan en esta tendencia podrá observarse que se rehúye el formalismo puntilloso. Por lo demás, el propio postulado de la concepción material de la indefensión, que en ningún momento se discute, así lo impide.

En segundo término, es claramente perceptible en esta línea jurisprudencial una inteligencia diversa en cuanto al encaje del tratamiento de la indefensión en la estructura de nuestro proceso contencioso-administrativo. Para el Tribunal Supremo, en las sentencias que ahora comentamos, la alegación de indefensión es sostén suficiente para fundamentar el recurso presentado contra un acto, aunque ninguna razón sustantiva o de fondo asista al interesado. Sin que admitir esta hipótesis represente, a su modo de ver, un retroceso y una vuelta al denostado carácter revisor de la Justicia administrativa. De alguna forma, lo que se viene a producir con todo ello no es otra cosa que la reafirmación de la autonomía de la indefensión como parámetro de validez de la actuación administrativa, su legitimidad para justificar en solitario un recurso y, como efecto reflejo, la conformidad con la misión de la jurisdicción contencioso-administrativa del fallo judicial que acepta su existencia y anula por este solo motivo la resolución impugnada.

2. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de subsanar en vía judicial los vicios de defensa cometidos durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador*

La posición crítica con respecto a la reparación de la indefensión en sede de recurso no sólo puede rastrearse en el interior de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible descubrir la huella de la negativa a la subsanación *post factum*. Aún más, la doctrina constitucional constituye, de hecho, un aliado formidable en este sentido toda vez que, como vamos a ver enseguida, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido, en lo que ya forma un cuerpo de doctrina arraigado, que a la jurisdicción contencioso-administrativa no le es dado remediar con su actuación las infracciones cometidas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Esta conclusión se extrae a partir de un discurso muy sencillo que se arma sobre la base de dos ideas fundamentales. La primera es de todos conocida: las garantías del proceso penal son también exigibles, siquiera sea con ciertos matices y adaptaciones, en la puesta en práctica de la potestad administrativa sancionadora²⁹. Por esta razón, ya desde la célebre sentencia 18/1981, de 8 de junio, quedaron radicalmente proscritas las sanciones

²⁹ Acerca de la decisiva influencia de los principios del proceso penal en la construcción del procedimiento administrativo sancionador puede verse una completa exposición general en José GARBÉRÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, y, más recientemente, del mismo autor junto con Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, v. I y II, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

de plano, impuestas por la Administración sin tramitar antes un procedimiento contradictorio.

La segunda idea apunta, en cambio, a la esencia de la función judicial vista desde la óptica del Derecho Administrativo sancionador. Para el Tribunal Constitucional, la misión de los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo en este dominio no es la de sancionar, sino la de revisar la legalidad de las sanciones acordadas por la Administración. El reparto de funciones es, por lo tanto, claro: la Administración sanciona, el Juez revisa la sanción³⁰. Precisamente por ello, para evitar extralimitaciones en el cometido judicial, no resulta admisible que éste supla las lagunas de la actuación administrativa, que complete la tarea de la Administración reconstruyendo los fundamentos de la sanción, ya sean fácticos o jurídicos, que fueron omitidos, incluidas las garantías que dimanaban del artículo 24 de la CE.

Si bien se mira, el mensaje último que se sigue de todo lo anterior no es otro que la exigencia de que los derechos de defensa aplicables al expediente sancionador, por mor del artículo 24 de la CE (derecho de defensa, derecho a ser informado de la acusación, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa, entre otros), se respeten inicialmente en el procedimiento administrativo. La sanción, en suma, no podrá irrogarse más que después de haber tramitado un expediente respetuoso con esos principios y garantías constitucionales.

La aplicación de este postulado por la jurisprudencia constitucional ha tenido en el vicio de *motivación* uno de sus principales caballos de batalla. En más de una ocasión, el Tribunal Constitucional ha debido fijar que es deber propio de la Administración identificar en la resolución sancionadora, de manera explícita o cuando menos implícitamente —a través de alguna remisión³¹—, el fundamento legal de la sanción, es decir, la concreta norma que ampara su imposición. La cuestión se ha suscitado por efecto de una práctica judicial consistente en buscar *ex officio* asidero o cobijo legal a resoluciones huérfanas al respecto. En concreto, algunos órganos judicia-

³⁰ Esta idea puede verse recogida en la STC 89/1995, de 6 de junio. Afirmó allí el garante constitucional que «no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del artículo 24 de la CE» (FJ 4.º). Aunque esta afirmación será utilizada posteriormente por el propio Tribunal Constitucional a los efectos de rebatir la subsanación judicial de la indefensión, conviene precisar que en aquella ocasión el asunto versaba sobre un problema distinto. Se reclamaba entonces la extensión a las sanciones administrativas del derecho a la doble instancia penal. Para rechazar esta petición, la STC 89/1995 va a apoyarse en la consideración de que los Tribunales de lo contencioso-administrativo no imponen ninguna condena cuando ratifican la legalidad de una sanción de la Administración y, en consecuencia, no cabe exigir frente a su decisión el derecho a la revisión de la condena por un Tribunal superior que es característico del ámbito penal.

³¹ El Tribunal Constitucional ha admitido la motivación *per relationem* de las resoluciones sancionadoras en términos muy generosos. Así, ha llegado incluso a dar por buena la remisión implícita, sin indicación expresa, a un acto procedimental anterior (STC 7/1998, de 13 de enero, que ratifica la conclusión adoptada al respecto por la STS de 20 de octubre de 1994 —RJ 1994, 8079—).

les, dada la perfecta acreditación de la conducta infractora, así como la evidente lesión del bien jurídico —y su consecuente reproche—, habían optado por aportar de su cuño el fundamento legal de la sanción para evitar su anulación visto que la Administración, por la razón que fuese, había omitido en su motivación señalar este extremo. El Tribunal Constitucional se ha posicionado sin empacho en contra de esta forma de actuar: «no es función —ha dicho— de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración»³².

No ha sido, de todos modos, el vicio de motivación el único supuesto en el que se ha rechazado la subsanación *ex post* a través de la interven-

³² A lo que añade el Tribunal Constitucional:

«En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de Ley que cumpla con las exigencias materiales del art. 25.1 CE), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría».

Son afirmaciones éstas extraídas de la STC 161/2003, de 15 de septiembre (FJ 3.º).

Además de esta sentencia, que descuella por su análisis y por la claridad de sus pronunciamientos, la serie que conforma esta doctrina jurisprudencial se compone de las SSTC 7/1998, de 13 de enero, y 133/1999, de 15 de julio, como precedentes; y, posteriormente, de la STC 193/2003, de 27 de octubre; así como de los autos del Tribunal Constitucional 250/2004, de 12 de julio; 317/2004, de 27 de julio, y 324/2004, de 29 de julio. Por cierto que en estos autos el Tribunal Constitucional ha tratado de establecer alguna separación entre la creación de una motivación *ex novum* —que es tarea vedada a los órganos judiciales— y la aclaración o explicación por parte del Juez de la motivación dada por la Administración —que en principio nada tiene de objetable—.

En la doctrina científica, por lo demás, no han faltado voces críticas en contra de esta negativa a dar por buena la búsqueda judicial de una cobertura legal adecuada. Una de las más autorizadas es la de Alejandro NIETO (*Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, págs. 142-146), quien se muestra así de crítico al respecto:

«El planteamiento restrictivo del Tribunal Constitucional me parece obsoleto, decididamente rancio, puesto que nos vuelve al siglo XIX cuando los órganos contenciosos administrativos se limitaban a confirmar o a anular los actos administrativos sin atreverse a configurarlos ellos mismos de manera distinta a la originaria. Pero eso sucedía hace doscientos años y desde entonces se ha comprendido el despilfarro económico-procesal que supone anular, retrotraer las actuaciones y reanudar procedimientos administrativos y eventuales procesos de control. Es sorprendente, en verdad, la ceguera del Tribunal Constitucional ante la práctica forense y los principios de economía procesal como también su insensibilidad ante la lección de la historia judicial» (*ibidem*, pág. 146).

ción judicial. Últimamente también se ha aplicado esta misma doctrina a propósito de la infracción de los derechos de audiencia y contradicción. Destaca en particular la STC 59/2004, de 19 de abril, dictada en relación con una sanción de tráfico que había sido acordada dos días antes de que tuviese entrada en el registro del órgano instructor el escrito de descargo. Aunque finalmente no se concederá el amparo al recurrente, por lo que más tarde se dirá, el Tribunal Constitucional sí dejará establecida su negativa rotunda a la subsanación judicial de la indefensión:

«[...] conviene insistir una vez más en que, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, el posterior proceso Contencioso-Administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Por consiguiente, en el presente asunto, el que la demandante de amparo disfrutara luego, en el proceso judicial, de la posibilidad de alegar y probar sus derechos e intereses en nada desmiente la lesión constitucional observada. Debe insistirse, la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al artículo 24 de la CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo que negativamente significa, en efecto, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador que liminarmente antes se ha observado. Pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa “se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE”» (FJ 3.º).

En la misma línea se sitúa la STC 126/2005, de 23 de mayo. En esta ocasión, se impetraba el amparo frente a una sanción municipal de clausura de un local que había sido acordada omitiendo trámites tan relevantes como el traslado de la propuesta de resolución. Tacha de indefensión que, sin embargo, el Tribunal Supremo había relativizado merced, entre otros argumentos, a la regla de la subsanación judicial *a posteriori*. El Tribunal Constitucional se apartará de este planteamiento, para otorgar al cabo el amparo, afirmando que

«el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento

sancionador; pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el artículo 24.2 CE» (FJ 2.º).

Expresión de idéntico planteamiento es, en fin, la STC 35/2006, de 13 de febrero. Interesaba en ella el recurrente amparo por estimar lesionado su derecho fundamental a ser informado de la acusación toda vez que la Comunidad de Madrid no le dio traslado en su día del informe ampliatorio de la policía local de que se sirvió esta Administración para imponerle una sanción por vertido incontrolado de residuos. El Tribunal Constitucional no reconocerá la existencia de la pretendida lesión —a su juicio, el informe ampliatorio no incorporó en realidad nada nuevo en el acervo de elementos incriminatorios—, pero, en lo que ahora más importa, sí dejará claro que, de apreciar aquélla, en nada podría haber influido la subsanación en vía judicial a los efectos de sanar la indefensión:

«en el presente asunto, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsanaría la pretendida vulneración del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE) en el procedimiento administrativo sancionador; en caso de apreciarse efectivamente la existencia de tal lesión constitucional. Pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador; en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional» (FJ 4.º).

* * *

Bien se ve que la jurisprudencia constitucional ofrece a los detractores de la regla de la subsanación judicial de la indefensión administrativa argumentos de mucho peso. Está claro en este sentido que nuestro Tribunal Constitucional rechaza sin titubeos la posibilidad de que sean los órganos jurisdiccionales quienes «ayuden» a la Administración a completar el cuadro de garantías constitucionalmente exigido a la hora de poner en marcha la potestad sancionadora.

Esto sentado, no es menos cierto que esta doctrina constitucional ha de someterse a algunas precisiones para acotar fielmente el alcance de su contribución real.

De una parte, no puede ocultarse su limitada proyección dentro del

vasto panorama procedimental español. Y es que la aportación de esta doctrina se ciñe a los procedimientos administrativos sancionadores y sólo a ellos. Otra cosa es que esta restricción —coherente con la reiterada afirmación constitucional según la cual las garantías del artículo 24 de la CE no alcanzan a los restantes procedimientos administrativos— sea discutible, que a mi juicio lo es³³; y, también, que los mismos argumentos aquí utilizados puedan extenderse sin grandes estridencias a otros campos. Pero al margen de cuál debiera ser el escenario deseable, el caso es que, con esta jurisprudencia en la mano, únicamente se cierra el paso a la subsanación *post factum* de la indefensión producida en el seno de los expedientes sancionadores.

Y no sólo eso. La principal limitación que posee a mi entender esta jurisprudencia radica en el hecho de que no proscribe cualquier subsanación *a posteriori* de la indefensión. La judicial sí. Pero no la administrativa. En efecto, al tiempo que ha negado la intervención sanadora de los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional ha confirmado por otro lado la legitimidad constitucional de la subsanación en vía de recurso administrativo. Al menos, así ha quedado establecido en la aludida STC 59/2004, donde, tras rechazar la subsanación de la indefensión en vía judicial (se había dictado, como se recordará, una sanción de tráfico dos días antes de recibir el escrito de descargo), se desestima el amparo por entender que el debate mantenido con la Administración en el posterior recurso de alzada sirvió para corregir la lesión padecida inicialmente.

3. Algunas líneas de rechazo en los Tribunales Superiores de Justicia

Expuestas las posiciones críticas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la subsanación de la indefensión en vía judicial, así como la doctrina constitucional que aborda esta cuestión en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, es de interés, por fin, dar un vistazo a la jurisprudencia menor de los Tribunales Superiores de Justicia, puesto que también allí cabe aislar, como se verá, pronunciamientos reticentes a la subsanación *a posteriori* de la indefensión.

³³ Lo es porque conduce a resultados insostenibles. Si admitimos que los derechos de defensa del interesado pueden presentar distintos niveles de intensidad en función del procedimiento administrativo de que se trate, lo lógico es que esta escala de intensidad se estructure a partir de los efectos negativos o desfavorables que pueden seguirse de cada procedimiento. De suerte que se instale una regla bien sensata: a mayor gravedad y potencia de la actuación administrativa, mayor vigor de los derechos de defensa del afectado. Pues bien, el confinamiento de la proyección del artículo 24 de la CE a los procedimientos sancionadores y la rotunda negativa a su extensión a otros procedimientos pueden tal vez justificarse en términos dogmáticos y aun prácticos —por el temor a una avalancha incontenible de recursos de amparo—, pero dan respaldo a algo difícil de asimilar: que sean más penetrantes las cautelas exigidas para imponer una sanción liviana (correspondiente a una infracción leve) que para expropiar un derecho, revisar un acto favorable, revocar un contrato y así siguiendo. De las críticas que merece esta situación dio cumplida exposición Eduardo GAMERO CASADO, «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», cit., págs. 99 y ss.

Si ofrecer un resultado absoluto del estado de este asunto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta complejo y aun arriesgado, sujeta la extensión y dispersión del objeto, con más razón lo es cuando se trata de la producción de los Tribunales Superiores de Justicia. En términos generales, sí es posible afirmar que son muchas las sentencias de estas instancias que aplican la regla de la subsanación de la indefensión en vía de recurso³⁴. También las hay por descontado que desconocen sin más ni más la existencia de esta regla, de suerte que dan a la indefensión un tratamiento basado únicamente en el canon de la indefensión material³⁵. Pero, lejos de fijar cuál de ambas alternativas es la mayoritaria o la que posee un mayor influjo —resultado que no estoy en grado de ofrecer—, mi intención se ciñe a destacar aquí, como antes se hizo, aquellos pronunciamientos que hacen cuestión de la subsanación *a posteriori* y encaran el problema sin ambages.

En concreto, no puede por menos que significarse la sólida doctrina que al respecto ha ido alumbrando el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha desde hace más de una década³⁶. Porque cuenta, en efecto, este Tribunal con una postura muy elaborada que participa de la misma idea-fuerza que guía al Tribunal Supremo en su negativa a admitir que la mera interposición de un proceso contencioso sea motivo suficiente para equilibrar un eventual vicio de indefensión en el procedimiento administrativo originario. Sea cual fuere el origen de la situación de indefensión —una lesión al derecho de audiencia, al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, al derecho de acceso a los documentos y datos del expediente, un vicio de motivación, etc.—, y sea cual fuere el procedimiento aplicado —no solamente, por tanto, los procedimientos sancionadores y disciplinarios, sino también otras especies como los procedimientos de extranjería o los tributarios—, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha se

³⁴ Para ejemplificarlo recojo a continuación algunas sentencias recientes: SSTSJ de Aragón núm. 515/2004, de 16 de junio (JUR 2004, 268467); núm. 555/2004, de 28 de junio (JUR 2004, 268127); núm. 137/2005, de 24 de febrero (JUR 2005, 197074); SSTSJ del País Vasco núm. 419/2005, de 10 de junio (JUR 2005, 207733), y núm. 594/2005, de 30 de junio (JUR 2005, 211310).

³⁵ Entre tantas, sirvan de ejemplos las SSTSJ de Murcia núm. 698/1999, de 15 de septiembre (RJCA 1999, 3081), y de Extremadura núm. 101/2001, de 25 de enero (JUR 2001, 100929).

³⁶ Exponentes suyos son, entre muchas, las siguientes sentencias: 24 de marzo de 1998 (RJCA 1998, 612); núm. 790/2000, de 17 de noviembre (JUR 2002, 49074); núm. 23/2001, de 8 de enero (JUR 2001, 113749); núm. 32/2001, de 14 de enero (JUR 2001, 85956); núm. 57/2001, de 22 de enero (JUR 2001, 115091); núm. 136/2001, de 12 de noviembre (JUR 2002, 53534); núm. 19/2002, de 11 de enero (JUR 2002, 96083); núm. 22/2002, de 9 de marzo (JUR 2002, 162006); núm. 268/2002, de 20 de abril (JUR 2002, 173544); núm. 54/2002, de 8 de mayo (JUR 2002, 198331); núm. 469/2002, de 13 de julio (RJCA 2002, 881); núm. 617/2002, de 13 de noviembre (JUR 2003, 31253); núm. 32/2003, de 13 de enero (JUR 2003, 83262); núm. 124/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 112322); núm. 216/2003, de 24 de marzo (JT 2003, 980); núm. 249/2003, de 4 de abril (JUR 2003, 150215); núm. 10028/2004, de 17 de febrero (JUR 2004, 95808); núm. 10042/2004, de 14 de abril (JUR 2004, 177147); núm. 10057/2004, de 29 de abril (JUR 2004, 176994); núm. 10104/2004, de 20 de septiembre (JUR 2004, 315011), y núm. 227/2005, de 2 de septiembre (JUR 2005, 237134).

Por cierto que en todas ellas han actuado como ponentes o la Magistrada doña Raquel Iranzo Prades o el Magistrado don Jaime Lozano Ibáñez.

ha mostrado muy firme a la hora de rechazar su posible sanación por efecto del debate procesal.

Se trata, como decimos, de una postura preparada con interés, que con el paso de los años se ha ido consolidando y, también, enriqueciendo y afinando con nuevos argumentos que conviene mucho exponer.

El aparato argumental utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha toma como punto de partida las célebres afirmaciones de la STS de 12 de febrero de 1990, que ya nos es familiar, para insistir en la desnaturalización que sufren los derechos de defensa cuando se les desplaza del que es su entorno natural. No es, por tanto, a juicio de este Tribunal, el proceso contencioso-administrativo un lugar idóneo para que se complete o se subsane la tramitación irregular o defectuosa de un procedimiento administrativo, ni es misión ésta que compete a los órganos jurisdiccionales.

Además de hacer suya la conocida negación del *continuum* entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha plantea un ejercicio dogmático, mostrando los efectos que en abstracto produce, tanto para el particular como para la Administración, la regla de la subsanación *a posteriori*.

Por lo que hace al interesado, esta regla le sitúa en una difícil encrucijada en la que cualquier conducta resulta insatisfactoria: o no impugna el acto y entonces deberá soportar la indefensión; o lo impugna y en tal caso sanará con su impugnación el vicio denunciado. Si da el cántaro en la piedra o la piedra en el cántaro, mal para el cántaro. No le queda, pues, al particular dañado sino soportar «estoicamente», como señala de forma muy elocuente este Tribunal, la lesión de sus derechos de defensa:

«Por tanto, debemos declarar que, en efecto, la sanción administrativa se impuso con vulneración clara del derecho de defensa. Una desestimación del motivo fundada en la supuesta subsanación del mismo en vía judicial llevaría a la consecuencia de que los vicios que causan indefensión deben ser soportados estoicamente por el administrado, pues, si no procede a su impugnación judicial, deberá soportar un acto viciado, y, si lo impugna, verá cómo se le dice que la propia impugnación, con sus amplias posibilidades de actuación, ha venido a subsanar los defectos existentes. Ello no es admisible»³⁷.

En cuanto a la Administración Pública, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha pone el acento en el impacto tan negativo que la regla de la subsanación judicial de la indefensión provoca sobre la importancia que ha de darse a la tramitación regular de los procedimientos admi-

³⁷ Fragmento extraído de la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 227/2005, de 2 de septiembre (JUR 2005, 237134).

nistrativos. No se le oculta en este sentido que la relativización del vicio de indefensión puede desembocar en una relajación en la observancia de las garantías procedimentales por parte de la Administración; en un debilitamiento de la imperatividad de las normas procedimentales, transformadas de esta guisa en preceptos menores cuyo cumplimiento pierde interés. Al fin y al cabo, una de las funciones de los vicios formales del acto administrativo y su manejo por los órganos judiciales es la de marcar, con carácter propedéutico, y con una cierta vocación preventiva si se quiere, las líneas regulares de la actuación administrativa. La subsanación de la indefensión en vía de recurso no contribuye precisamente a ello:

«Si ello fuese así [se hace referencia a la posible subsanación judicial de la indefensión], pese a que las leyes regulasen garantías y formalidades procedimentales administrativas, y estableciesen la nulidad derivada de su incumplimiento cuando haya indefensión, en realidad tales nulidades nunca serían apreciables judicialmente, pues el proceso judicial, por sus características, ofrece plenas garantías de defensa y sanaría cualquier imperfección administrativa; de modo que el administrado, o bien debería dejar firmes los actos dictados con vulneración de tales garantías, o, si los impugnase, asumirlas igualmente con el argumento de que eran sanables en vía judicial, así que para la Administración sería indiferente el cumplimiento o no de tales garantías»³⁸.

Expresa esta última afirmación una idea que merece ser retenida y en la que este Tribunal insiste otras muchas veces: la asunción de la subsanación judicial implica «una habilitación a la Administración para el mal actuar, pues, si no se acude a los tribunales, el acto dictado con vulneración de procedimiento quedará firme, y si se acude, se dirá que sólo pueden alegarse cuestiones de fondo, pues las de forma (al menos las relativas al derecho de defensa) han quedado subsanadas [...]. Luego la Administración no tiene por qué cumplir con las formalidades procedimentales, lo cual es absurdo, pues la Ley le impone que las cumpla»³⁹.

V. RECAPITULACIÓN

De cuanto ha quedado expuesto más arriba se desprende, antes que nada, que la utilización de la regla de la subsanación de la indefensión en vía de recurso no es unánime en nuestra jurisprudencia. Cuenta, es cierto, con un seguimiento notable. Pero no faltan las sentencias, y en estos últi-

³⁸ Así se expresa la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 10104/2004, de 20 de septiembre (JUR 2004, 315011).

³⁹ Palabras tomadas de la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 10057/2004, de 29 de abril (JUR 2004, 176994).

mos años la evolución al respecto es significativa, que rechazan su aplicación con argumentos; ni tampoco las que, de una forma mucho más simple, la eluden lisamente.

No hay, en definitiva, unidad de criterio sobre si debe aceptarse o no la subsanación *post factum*, a través de los sucesivos recursos, del vicio de indefensión. Y no sólo eso, si discutida es la vigencia de esta regla, no se advierten por otra parte elementos que, con una mínima dosis de seguridad, permitan efectuar alguna suerte de ordenación sistemática. De tal forma que fuese factible como mínimo discriminar, ya por razón de la categoría del vicio cometido o acaso atendiendo a la clase de procedimiento administrativo, en qué casos habría de reconocerse o no eficacia sanadora a la defensa desplegada en vía de recurso. En cuanto a la naturaleza del vicio, la regla de la subsanación ha sido aplicada, como se indicó, para sanar cualquiera de los derechos de defensa (alegaciones, prueba, audiencia, acceso al expediente...), sin que ninguna de sus vertientes ofrezca una resistencia específica. Por lo que hace a las clases de procedimiento administrativo, rige igualmente un planteamiento indistinto (igual se aplica con expedientes urbanísticos que con expedientes expropiatorios, revisorios, de responsabilidad patrimonial, de extranjería, de subvenciones...); si acaso, con la excepción de los procedimientos sancionadores cuya suerte no otra hubiera sido de no ser por la intervención del Tribunal Constitucional.

Todo ello hace posible, al menos en abstracto —aunque me temo que no sería difícil dar con un caso en concreto—, que se produzca una disfunción gravísima: que una misma lesión a los derechos de defensa cometida en el seno de una misma clase de procedimiento administrativo sea tratada por los órganos jurisdiccionales con resultados diametralmente opuestos y, en consecuencia, que se anule la resolución por indefensión en un caso y en el otro, por el contrario, no.

Son evidentes las graves repercusiones que un escenario así representa en términos de seguridad jurídica, de coherencia del ordenamiento jurídico y, a la postre, de igualdad en la aplicación de la Ley, tanto más tratándose de una cuestión tan central como es la relativa a la inteligencia del vicio de indefensión, que con toda probabilidad figura entre los vicios más invocados en nuestro proceso contencioso-administrativo.

Denunciada la persistencia en nuestros días de esta conocida situación, que era el primer objetivo de este trabajo, ha tratado de exponerse asimismo la emersión reciente en el interior de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de posiciones que, mostrándose críticas con la utilización de la subsanación *a posteriori* de la indefensión, ofrecen argumentos para fundar su reticencia. Argumentos que encuentran además un cierto apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional que prohíbe a los órganos jurisdiccionales sanar con su actuación la indefensión sufrida por el interesado en los procedimientos administrativos sancionadores; y cuyo eco se percibe, por otra parte, en la línea mantenida por algunos Tribunales Superiores de Justicia —singularmente me he referido más arriba al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha—.

En lo esencial, este planteamiento crítico responde a una determinada concepción de las formas procedimentales, pero, por encima de ello, refleja una visión concreta de su recto acomodo dentro de la misión que corresponde a la Justicia administrativa en el control de la actuación de la Administración.

A) En primer lugar está, sin duda, la significación de las formas procedimentales y de los derechos de defensa en particular. La negativa a admitir la subsanación *a posteriori* de los vicios relativos a la defensa del interesado en el expediente administrativo arranca de la propia funcionalidad de esa defensa. Si se introdujo el principio *audi alteram partem* en la construcción del procedimiento administrativo fue para permitir que el interesado pudiese ser escuchado antes de que la Administración adopte una decisión que va a incidir en su esfera jurídica. Una vez adoptada esa decisión, por mucho que pueda mantenerse un debate pleno durante el recurso entablado —incluso más garantista, si se me apura—, es lo cierto que se habrá desnaturalizado su función. Se mire cómo se mire, no es lo mismo dialogar o discutir sobre la base de una hipotética resolución futura que a la luz de una resolución ya adoptada —y, no hay que olvidarlo, ejecutiva en principio—. Por eso mismo, nunca puede equipararse el contexto de diálogo que proporciona un recurso administrativo o judicial al que es propio del procedimiento originario. La defensa en el procedimiento administrativo y la defensa en el proceso judicial no son, en definitiva, intercambiables. Y en esto se apoya de entrada la jurisprudencia que rechaza su subsanación en vía de recurso, retomando para ello, bien que con formulaciones a veces distintas, la célebre alusión a la inexistencia de un *continuum* entre el expediente administrativo y el proceso contencioso-administrativo hecha por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 1990⁴⁰.

⁴⁰ De una forma resumida y directa, cabe decir que los argumentos dogmáticos clásicos o tradicionales para rechazar la subsanación de la indefensión *a posteriori* se aglutinan en torno a las siguientes ideas:

- a) La defensa de los interesados está prevista *por la propia normativa* como momento previo a la resolución del procedimiento.
- b) *Por su propia naturaleza*, además, la intervención del interesado debe producirse antes de que la Administración adopte una decisión sobre el asunto.
- c) Aunque, una vez resuelto el procedimiento, es posible conceder al interesado, en sede de recurso administrativo y/o judicial, idénticas facultades de defensa de las que allí habría disfrutado, *su funcionalidad nunca será la misma*. Su contenido, tal vez sí; su virtud, evidentemente, no. La equivalencia de oportunidades, en suma, es sólo formal.
- d) *La interposición del recurso administrativo y/o judicial es en cualquier caso una eventualidad*, no una continuidad necesaria del procedimiento originario. Así pues, ¿y si el interesado, por la razón que sea, no recurre?
- e) *La función de los Jueces y Tribunales no pasa por enmendar la plana a la Administración*, sino por tutelar los derechos e intereses de los particulares.

Alrededor de estas cinco ideas, aun con formulaciones y matizaciones distintas, se ha construido por parte de algunos autores el discurso en contra de la regularización de la indefensión. Una excelente exposición del mismo, bien que pensada específicamente para el caso de las viejas sanciones de orden público, se halla, a mi modo de ver, en Lorenzo MAR-

B) El de la funcionalidad específica de los derechos de defensa es, en efecto, un argumento poderoso. Tal vez ya manido pero no por ello menos válido. Sin embargo, visto en abstracto puede llevar a pensar que la discusión jurisprudencial acerca de si debe o no admitirse la subsanación de la indefensión en vía de recurso responde en última instancia a una valoración desigual de la importancia, del peso específico que ha de ocupar la defensa del interesado en la construcción del procedimiento administrativo. Lo cual, a mi modo de ver, no sólo constituye un planteamiento erróneo, sino que, sobre ello, no acierta a dar con la clave de las distancias jurisprudenciales que nos ocupan.

Si se cotejan los pronunciamientos que dan paso a la subsanación de la indefensión en vía de recurso y los que se lo cierran, no es difícil descubrir que en último extremo el origen de estas discrepancias no radica tanto en valorar si la audiencia a los interesados y otros trámites participativos son o no esenciales —que es la clave universal de cualquier debate sobre la relevancia anulatoria de un concreto vicio procedimental: determinar si es o no esencial—. Como ya hubo ocasión de significar, en el ánimo de la jurisprudencia más favorable a la subsanación *post factum* nunca ha estado presente el propósito de rebajar la importancia de los derechos de defensa. Por el contrario, es habitual que antes de aplicar esta regla se lleven a cabo enfáticas declaraciones sobre su relevancia y sobre el deber de la Administración de respetarlos cabalmente.

Las diferencias jurisprudenciales no han de reconducirse, por tanto, a una cuestión de grado en la valoración de la importancia de los derechos de defensa: relevantes para un sector (aquel que rechaza su subsanación *a posteriori*), fútiles para el otro (aquel que la permite). Y es que, insisto, después de todo, es común a la jurisprudencia, sea cual sea su adscripción, la convicción sobre el significado capital de la defensa eficaz del interesado en el marco del procedimiento administrativo.

El meollo de la cuestión se sitúa, a mi juicio, en un punto distinto. Y ese punto no es otro que el encaje que debe darse a la indefensión, en tanto que causa de anulación de la resolución, en el proceso contencioso-administrativo. *Porque es la estructura del proceso contencioso-administrativo y la interpretación del sentido de su función primigenia la que fuerza a modelar y a neutralizar si es preciso el vicio de indefensión con el fin de evitar que esa función quede mutilada o virtualmente liquidada.* En efecto, la razón que empuja al Tribunal Supremo a admitir el mecanismo de la subsanación *a posteriori* tiene mucho que ver con su voluntad de resolver el problema de fondo, de llegar hasta las entrañas de la controversia que enfrenta al recurrente con la Administración, convencido de que si no lo hace, si anula el acto por efecto de la indefensión, su intervención vendrá al cabo estéril: anulará tal vez el acto pero el problema de fondo seguirá latente y es de esperar que se reproduzca y que esos mismos contendientes, asistidos por idénticas razones —fuera de la indefensión—, lleven

TÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 279 a 315.

de nuevo sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Para evitar este resultado, no queda más remedio a veces que relativizar la fuerza anulatoria de la indefensión —que no su importancia, aunque pueda parecer contradictorio— y allanar así el camino para un pronunciamiento de fondo.

Siendo esto así, uno de los principales méritos y enseñanzas que cabe extraer de la jurisprudencia más reciente contraria a la subsanación de la indefensión en vía de recurso estriba precisamente en cuestionar las premisas que soportan este planteamiento. En vez de anclarse solamente en el terreno de las formas procedimentales y su funcionalidad —cuyo enfoque arroja una respuesta negativa clara—, recalca también en el dilema que plantea elucidar cómo se articula el vicio de indefensión desde el prisma de la misión institucional del proceso contencioso-administrativo y la realidad y efectividad de la tutela judicial. Y a este respecto introduce reflexiones de interés que pueden sintetizarse en torno a dos ideas simples pero, al mismo tiempo, penetrantes: la invocación del vicio de indefensión puede ser, primero, «autónoma» y, segundo, «útil».

a) La alusión a la «autonomía» de la indefensión no quiere expresar otra cosa que la posibilidad de que el recurso contencioso-administrativo deducido contra una resolución se sustente, únicamente, en esta alegación. Expresado en otras palabras, que es perfectamente plausible que el interesado acuda a la Justicia reclamando la anulación de un acto que le afecta sin acreditar frente al mismo ninguna razón de fondo; apoyándose exclusivamente en un vicio de indefensión —que no en una mera irregularidad, pues así lo impide el firme postulado de la indefensión material— cometido durante la tramitación del expediente.

En el plano teórico, es ésta una proposición obvia. De hecho, en ningún pasaje exige la LJCA que la pretensión anulatoria hecha valer en el recurso contencioso-administrativo deba fundarse en un argumento de fondo. Tampoco lo hace la LRJAP en relación con los recursos administrativos. Y lo que es más importante, el artículo 63.2 de la LRJAP otorga a la indefensión autonomía para forzar por sí sola la anulación de los actos administrativos, sin supeditarla a ninguna otra circunstancia.

Pero, con ser una proposición obvia, su reafirmación por la jurisprudencia sirve para cuestionar un cliché muy interiorizado y a veces incluso exteriorizado en alguna sentencia. Me refiero a la consideración de que el recurso amparado únicamente en un supuesto vicio de indefensión tiene tras de sí a un litigante que lo único que pretende es aprovecharse de los errores burocráticos, a sabiendas de que carece de razón en cuanto al fondo, de que su posición sustantiva no tiene ningún respaldo. Una «estrategia» que el órgano judicial puede destapar con suma facilidad: es suficiente con ofrecerle la oportunidad de exponer y probar sin limitaciones sus argumentos de fondo para descubrir que éstos en realidad no existen. Por esta razón, la estimación del recurso se topa a veces con una suerte de resistencia casi natural, de principio.

Desde esta óptica, la afirmación de que «el proceso jurisdiccional pue-

de entablarse también con la *exclusiva finalidad* de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate» (STS de 21 de mayo de 2002, anteriormente referida) sí adquiere, como es fácil comprender, una carga muy profunda en la medida en que corrobora una autonomía que aun siendo manifiesta en el texto de la Ley encuentra en su aplicación práctica no pocos obstáculos. Y no sólo eso. Despeja las dudas sobre la legitimidad del recurso promovido tomando como única base la invocación de un vicio de indefensión, lo que, siquiera sea de forma velada, contribuye también a desmontar ese cliché al que hacía referencia y que tanto lastra al recurrente en estos casos.

b) El de la «utilidad» del recurso contencioso-administrativo es también otro de los elementos que acostumbra a introducirse para frenar la fuerza anulatoria de la indefensión y justificar al fin su subsanación en vía de recurso.

Apela para ello la jurisprudencia al resultado final a que conduce la anulación de un acto por causa de indefensión: la simple retroacción de las actuaciones. Una retroacción que obliga a la Administración a retomar el procedimiento a fin de reconstruirlo de nuevo, esta vez corrigiendo las infracciones inicialmente cometidas, pero que, al mismo tiempo, hace posible que al término del procedimiento repetido se dicte un calco de la resolución que es objeto de discordia, con el mismo contenido sustantivo y aun con efectos retroactivos⁴¹. Así las cosas, ¿qué ventaja obtiene de todo ello el recurrente?

Y no sólo el recurrente. También la Administración se ve perjudicada por la orden de repetir el expediente en el sentido de que se ve obligada a destinar esfuerzos, energías y tiempo para tramitar un auténtico *iter inutile* cuyo resultado de antemano es conocido. Sin olvidar que la disfunción acaba por afectar también a la Justicia, ya que es probable que la cuestión origine otra vez un proceso contencioso. Añadamos a todo esto los costes y los tiempos de espera de una jurisdicción ralentizada y la pregunta es obvia: ¿A quién beneficia la anulación de un acto por causa de indefensión? ¿No es más razonable que el órgano jurisdiccional entre a conocer el fondo de la controversia si dispone de los elementos de juicio para hacerlo ya en el primer asalto?

Esta composición de lugar crea, como es lógico, un clima favorable para dar entrada a la subsanación de la indefensión en vía de recurso. Por ello, para desmontar otro de los pilares que sustentan la sanación *post factum* resulta obligado hacerle frente y evidenciar que la anulación del acto

⁴¹ Aunque a veces se pase por alto este último extremo, no es ocioso recordar que el artículo 57.3 de la LRJAP establece que «excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas».

por indefensión sí reporta alguna *utilitas*. Como a vamos a ver en seguida, también en este orden aporta la jurisprudencia comentada elementos del máximo interés.

Por de pronto, es de notar que no se cuestiona en ningún momento la procedencia de la nulidad de actuaciones como pronunciamiento a que debe dar lugar la anulación fundada en un vicio de indefensión. Significa ello que las sentencias que rechazan la sanación de la indefensión en sede judicial asumen que el contenido del fallo no será otro que el propio de la nulidad de las actuaciones (a saber: anulación del acto y retroacción del procedimiento) y que, por tanto, quedará expedito el camino para que la Administración dicte una resolución de igual contenido sustantivo a la anulada. Se da por sentado de esta forma que el resultado consustancial a la anulación producida por la indefensión no puede ser otro que ordenar que se reponga la serie para que se dé curso a la defensa preterida del interesado. La manera natural de corregir un vicio procedimental, como es el caso de la indefensión, es por medio de la repetición. De ello debe ser consciente el interesado que impugna un acto: el éxito de su impugnación es por principio limitado en la medida en que la indefensión invocada, caso de ser admitida, no cercenará de raíz la vida de dicho acto, sino que únicamente alterará su «ciclo de producción».

Esto supuesto, de lo anterior no se sigue que el recurso carezca sin más de cualquier utilidad para el recurrente. Aunque a primera vista y en abstracto pueda resultar ilógico, por lo que acaba de decirse, muy bien puede ser que la anulación del acto a causa del vicio de indefensión presente ventajas para el afectado. Hay que tener en cuenta que durante la pendencia del proceso es perfectamente posible que advengan variaciones en las circunstancias fácticas —como también sociales, económicas, políticas, técnicas y, por qué no, jurídicas— que rodean el supuesto y que pueden motivar, si no imponer, un cambio en la posición de la Administración. Pero es que además, si bien se mira, este juicio sobre la utilidad del recurso debiera ya estar implícito y superado por el filtro que introduce la legitimación y en cuya virtud se exige, como regla general, que el recurrente sea portador de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que vincule su posición personal con el que será el objeto del pleito. Demostrado este extremo, se hace difícil justificar la exigencia de ese plus que representa la utilidad ya que, supuesto el interés (o sea, la conexión entre la esfera vital del postulante y el asunto ventilado), el provecho que haya de sacarse del recurso no tiene por qué obedecer a razones comprensibles «desde fuera» y sí en cambio quedar reservado a apreciaciones o valoraciones estrictamente personales de la más variada índole.

Precisamente desde esta óptica, el Tribunal Supremo, como se recordará, ha lanzado en la ya citada STS de 21 de mayo de 2002 una original propuesta que pasa nada menos que por dejar en manos del interesado la eficacia del vicio de indefensión. Que sea él, por tanto, quien valore si ha de sacar provecho de su invocación o si, por el contrario, prefiere que el órgano jurisdiccional relativice la eventual lesión de sus derechos de defensa

(que haga la vista gorda, por así decirlo) y entre a conocer el fondo del asunto a partir de los argumentos defensivos incorporados en sede de recurso; que escoja, en suma, entre alegar el vicio de indefensión a costa de dejar imprejuizado el fondo del pleito o aceptar su sanación *post factum* y abrir así las puertas al enjuiciamiento completo del acto desde una perspectiva material.

Se expulsa con ello a la indefensión del grupo de los vicios «absolutos» o de orden público y se la transforma en un vicio de carácter relativo, disponible para el afectado. Y, al mismo tiempo, se legitima, adviértase bien, la subsanación en vía de recurso siempre que el interesado, eso sí, consienta tal operación. En cualquier caso, la valoración de las posibles alternativas —que es, a fin de cuentas, un balance sobre la utilidad prevista para el recurso— será cuestión que dependerá únicamente del propio interesado, según cuál sea su estrategia y, claro está, su convencimiento sobre la entidad de sus argumentos de fondo.

El fundamento dogmático de este *dominium* del interesado sobre la suerte del vicio de indefensión puede buscarse en la tradicional regla procesal según la cual la infracción de una formalidad procesal establecida en interés de una de las partes sólo podrá ser alegada por dicha parte. De hecho, el Tribunal Supremo, en la también mencionada STS de 29 de septiembre de 2005, ha invocado el artículo 110.3 de la LRJAP para remachar la viabilidad de esta propuesta. Según dispone este precepto, insertado dentro de los principios generales de los recursos administrativos, «los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado», de lo que el Alto Tribunal colige, *a sensu contrario*, que «el titular del derecho a alegarlos es quien los padece, no quien los provoca, que no puede sacar beneficio de ello. Por eso mismo, es posible que por economía procesal, al interesado que ha padecido dichos vicios le interese un pronunciamiento sobre el fondo y prescinda de hacer cuestión de tales defectos formales, por graves que sean».

En cuanto a la finalidad última que se persigue con todo ello, es claro que pasa por conjurar la hipótesis de que la alegación del vicio de indefensión impida el enjuiciamiento del fondo del asunto allí donde el recurrente, además de este motivo formal, cuente para sí con argumentos sustantivos para oponerse a la legalidad material del acto. La «renuncia» a la fuerza de la indefensión a cambio de liberar el examen de fondo conduce en este sentido a buenos resultados en términos de administración de justicia y de satisfacción del derecho a tutela judicial efectiva.

Con todo, no puede ocultarse que esta solución tiene para mí un punto débil. Y es que da por buena una premisa que convendría cuestionar abiertamente y sin empacho: ¿Por qué la estimación de un vicio formal, como es el caso de la indefensión, impide descender al fondo del asunto? ¿Qué razón apodíctica crea semejante valladar? Se dirá, conforme a la explicación tradicional, que aislada una causa para anular el acto impugnado y satisfacer la pretensión anulatoria del recurrente resulta superfluo aplicarse en examinar otras, albarda sobre albarda. Una explicación que, si bien

parece elemental, no tiene en cuenta que el resultado final a que conduce la anulación por indefensión registra rasgos distintivos con respecto al que produce la anulación derivada de un vicio de fondo, fundamentalmente a causa de la repetición que acompaña en el primer caso a la nulidad de actuaciones. Es posible así cuestionar que la estimación de la alegación de indefensión prive de sentido —por no hablar de nuevo aquí de utilidad— a los efectos de un juicio de fondo. Sin ánimo de entrar en una cuestión de hondo calado como ésta, que habría de llevarnos demasiado lejos, lo cierto es que el Tribunal Supremo al proponer la «renuncia» a la fuerza de la indefensión asume una estructura de enjuiciamiento que es a mi juicio discutible por las disfunciones que provoca en la inteligencia de los vicios formales⁴².

Más allá de las críticas de las que pueda ser merecedora, es visto que esta propuesta cuenta en su haber con el mérito de apuntar certeramente en la dirección correcta. La suerte de la indefensión está estrechamente ligada, dado el enfoque que adopta la jurisprudencia, y es crucial tenerlo presente, al ajuste que se haga entre la necesidad de entrar en el fondo del asunto y el entorpecimiento que para tal propósito representa la estimación de la alegación de indefensión.

VI. FINAL. UN LLAMAMIENTO AL LEGISLADOR

No quisiera cerrar este trabajo sin antes realizar un par de reflexiones finales sobre algunas de las enseñanzas que, a mi modo de ver, cabe extraer de la jurisprudencia que aquí ha sido analizada.

A) Por de pronto, entiendo que cabe hallar en las sentencias traídas a colación, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, sin olvidar tampoco la aportación apreciable de algún Tribunal Superior de Justicia, argumentos sólidos y convincentes para rechazar la extendida aplicación de la subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso; como mínimo, en lo que se refiere a la subsanación en vía *judicial* y en relación con los procedimientos de naturaleza *sancionadora*.

⁴² Sobre este particular me sea permitido remitir al lector a las reflexiones que hago en *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, cit., págs. 399-418. En síntesis, definiendo allí la necesidad de desterrar por fin el dogma del carácter excluyente de la indefensión para afirmar en su lugar la conveniencia de que los órganos judiciales fiscalicen siempre que sea posible el fondo del asunto, *a pesar de que se haya estimado la alegación de indefensión*. Lo que no significa, por otra parte, que la indefensión pierda entonces su capacidad anulatoria, que no lo hace. Comparto en este sentido la propuesta que otros autores han lanzado y defendido también en los últimos años. Es el caso de Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 685 a 796, y de Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 207 a 336.

Se aprecia en este terreno una brecha importante en el grueso de la jurisprudencia y es de esperar que la nítida y contundente doctrina del Tribunal Constitucional acabe por proscribir sin fisuras la posibilidad de que la lesión a los derechos de defensa del interesado en un procedimiento administrativo sancionador pueda entenderse «suplida» gracias a las garantías de intervención que ofrece el posterior recurso contencioso-administrativo. Puesta esta primera piedra, el salto hacia otras categorías de procedimientos administrativos está más que justificado habida cuenta de que los mismos argumentos que son invocados por el Tribunal Constitucional pueden ser perfectamente extrapolados sin merma de su sustancia a otras especies procedimentales distintas a la sancionadora.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la subsanación de la indefensión en vía *administrativa*. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo que rechaza la regla de la sanación *a posteriori* no acostumbra a introducir precisiones al respecto, no puede ocultarse que la corrección de un vicio de indefensión en sede de recurso administrativo constituye una técnica de significación diversa y de menor intensidad que la referida a la subsanación en vía judicial. La lesión ya no se suple por un órgano ajeno al procedimiento y en una sede distinta a la administrativa, sino que es la propia Administración quien corrige la situación de indefensión creada aprovechando la oportunidad que le ofrece el recurso administrativo. Bien se ve que una y otra subsanación plantean situaciones un tanto diversas que aconsejan un discurso específico, sin perjuicio de que puedan formularse algunos reproches comunes, comenzando por la virtud de los derechos de defensa, cuya significación queda empañada desde el momento en que pierden su carácter previo a la resolución originaria. Pues bien, el caso es que en la jurisprudencia analizada no puede encontrarse este discurso específico. Y ello se debe a mi entender porque, a pesar del tono genérico de muchas de las afirmaciones vertidas, los datos propios de los casos enjuiciados parecen indicar que la crítica se dirige fundamentalmente contra la subsanación en vía judicial. Es más, recuérdese que el Tribunal Constitucional, en la STC 59/2004, aceptó la aptitud del recurso de alzada para sanar la indefensión padecida por un interesado que había sido sancionado antes de que su escrito de descargo llegara a poder del órgano actuante.

Así pues, mientras en lo que toca a la subsanación en vía judicial cabe encontrar en la jurisprudencia importantes argumentos para su réplica, se vuelven las tornas cuando se trata de la subsanación en vía administrativa, llevada a cabo en el marco del recurso administrativo oportuno.

B) Sea como fuere, resta por significar la enseñanza más destacable del análisis de esta jurisprudencia: *que las fronteras del vicio de indefensión siguen siendo evanescentes*. Y no me refiero evidentemente a la imprecisión que deriva de su examen casuístico y que resulta insoslayable desde el preciso instante en que se aplica el canon material de la indefensión —canon, por lo demás, sobre cuya bondad y acierto no parecen existir dudas—. Se trata de los contornos básicos de esta figura que, para bien de la propia coherencia interna

del concepto de indefensión y, más aún, de su función como vicio del acto administrativo, deberían estar perfectamente delimitados. No es lugar éste, claro está, para acometer una tarea de tamaño envergadura, pero sí estimo oportuno señalar, de una forma muy sintética y como colofón, cuáles son a mi entender los principales puntos del guión a seguir a tal efecto.

1. *Lo primero es asentar que la indefensión constituye un elemento imprescindible dentro del catálogo de vicios del acto administrativo.* Y lo es porque en esta causa subyace la primera razón de ser, al menos en importancia, del procedimiento administrativo: la defensa del interesado frente a la actuación de la Administración que va a incidir en su esfera jurídica. De ahí que por fuerza haya de reservarse una plaza a la lesión de los derechos de defensa dentro de la valoración de la rectitud del procedimiento y, posteriormente, en la fiscalización de la legalidad de la resolución adoptada.

2. En tanto que parámetro de validez del acto administrativo, la indefensión forma parte del género de los vicios formales y, de una forma más concreta, del subgénero de los vicios procedimentales. *La indefensión es, pues, se mire como se mire, un vicio formal y procedimental.* Es éste su encuadramiento natural, pero de tal encaje no deben seguirse consecuencias negativas a la hora de contemplar su significación. Que sea un vicio formal no significa que sea menor y, sobre todo, no significa que deba sujetarse al mismo rasero aplicado a otros vicios de su familia. No hay que perder nunca de vista en este sentido que no todos los vicios formales, ni siquiera los procedimentales, participan de la misma calidad. Y, por este motivo, no es conveniente tratarlos por igual, sujetándolos a unas mismas pautas de valoración. Así, por poner como ejemplo el asunto tratado en este trabajo, aunque la regla de la subsanación *a posteriori*, mediante la interposición del oportuno recurso, pueda encontrar aplicación cabal en relación con ciertas infracciones —uno de los casos más elocuentes se me antoja el de las notificaciones defectuosas; de hecho, lo previsto en el artículo 58.3 de la LRJAP no deja de ser una plasmación normativa de la referida regla⁴³—, de ello no se sigue indefectiblemente que tenga validez general para el conjunto. Todo esto para remarcar, en resolución, que la indefensión es un vicio formal y procedimental, sí, *pero con una marcada singularidad* que no ha de verse anulada de resultados de un enfoque panorámico y uniformador.

3. Presente la singularidad del vicio de indefensión dentro de la familia de los vicios formales, el principal caballo de batalla estriba en la afirmación de su *autonomía*, es decir, en esclarecer si la indefensión es, por sí sola, causa suficiente para anular un acto, a pesar de que el examen del contenido dispositivo de dicho acto revele de forma clara su acomodo a la

⁴³ Según previene este precepto: «Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda».

legalidad material. En esta vieja cuestión (*vexata quaestio* donde las haya) radica, a fin de cuentas, la quintaesencia del concepto de indefensión y me atrevería a decir que de todos los vicios de forma.

4. No entraré ahora a analizar cuál es a mi modo de ver la respuesta acertada, pero sí me parece necesario remarcar que *una y otra opción cuentan a su favor con argumentos del máximo nivel* y con el respaldo de principios básicos de la actuación administrativa como son el de legalidad o el de eficiencia y economía. De ahí que, sea cual fuere el resultado del debate, será preciso «sacrificar», en mayor o menor medida, el contenido de ciertos valores; sacrificio que, si bien ineludible, deberá limitarse a lo estrictamente indispensable mediante los ajustes oportunos. Así, si al final se impone la idea de que la indefensión es autónoma habrá que afinar el sentido de la nulidad de actuaciones, así como aclarar la posibilidad del órgano judicial de entrar a conocer el fondo del asunto para no dejar de lado la importancia de la eficiencia administrativa y la efectividad del derecho a la tutela judicial. Si, a la inversa, vence la tesis de su carácter subordinado a la legalidad material del acto será conveniente, sin duda, compensar la pérdida de fuerza anulatoria de la indefensión fijando las repercusiones claras de la infracción cometida (ya sea a través de la responsabilidad disciplinaria del funcionario culpable, de la responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados o, cuando menos, articulando la condena en costas a la Administración, que es una medida ya apuntada entre nosotros por algunos autores⁴⁴). Olvidar estos ajustes es tanto como ofrecer una solución a medias.

5. Asimismo, *hay que reclamar la intervención sin falta del legislador*. La noción de indefensión es una piedra angular, una parte inseparable de la sustancia de nuestro procedimiento administrativo, y es evidente que debe mediar una norma que ponga a las claras el tratamiento de su capacidad anulatoria. Lo que no resulta admisible, bajo ningún pretexto, es que una cuestión de tanta enjundia siga al albur de los vaivenes jurisprudenciales, carente de unidad a estas alturas, transcurridos casi cincuenta años desde su inclusión legal en la LPA de 1958.

6. Finalmente, perfilado ya el marco de la indefensión, *conviene evitar la frecuente confusión de planos que acusa buena parte de la jurisprudencia*. Una cosa es el régimen de las formas del procedimiento y otra la estructura de los pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa-administrativa y su particular problemática. Evidentemente, son cuestiones que guardan parentesco —y, por descontado, la incidencia del modelo de Justicia administrativa en España habrá de tomarse en consideración a la hora de cifrar la fuerza anulatoria de la indefensión y de los vicios formales—, pero conviene que su ligazón no lleve al extremo de confundir sus

⁴⁴ Es el caso de Alejandro HUERGO LORA, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», cit., págs. 89 a 115, y María José ALONSO MAS, «La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)», en núm. 160 de esta REVISTA, 2003, págs. 203 a 234; ambos en relación con el vicio de motivación.

distintos roles⁴⁵. Por esta razón, una vez remozado el régimen legal de la indefensión, deberían disiparse las dudas que en ocasiones salen al paso acerca de la utilidad de su invocación y su encaje desde el prisma de la efectividad de la tutela judicial reclamada.

⁴⁵ En efecto, no cabe duda de que el estudio de la indefensión y de cualquier otro vicio formal es susceptible de ser encasillado en dos grandes sectores: de un lado, en la *teoría del acto administrativo*, desde cuyo seno se analizan las formas como uno de los componentes estructurales del acto administrativo; de otro, en la *teoría de la justicia administrativa*, que ve en el vicio de forma uno de los posibles motivos del recurso. No en vano, si se observa con atención el cuadro de la doctrina científica en nuestro país —aunque es rasgo común a otros países como Francia o Italia—, podrá notarse que han sido precisamente estas dos vías de aproximación las utilizadas de forma indistinta.

El caso es que esta dualidad conduce a veces, siquiera sea de manera inconsciente, a conclusiones contradictorias que dificultan, al menos a mí me ocurre, la exposición cabal de esta materia. Así, mientras al hablar de la teoría del acto administrativo es habitual enfatizar la relevancia de las formas a tono con la mejor dogmática tradicional, el discurso se rebaja —a veces, insisto, irreflexivamente— cuando se penetra en el terreno de la Justicia administrativa, más apegada al dinamismo y al pragmatismo de las soluciones judiciales. De manera que lo que se anuncia como algo esencial —en la teoría del acto administrativo— se transmuta finalmente en algo más accidental —en la teoría de la Justicia administrativa—.

Es conveniente por ello no caer en este peligro latente. Y para ello nada mejor que armonizar y dar coherencia a la presencia de la indefensión y de los vicios formales en estos dos ámbitos y, esto sentado, fijar con claridad los límites de separación entre ambos dominios.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €