

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, sobre el plazo para subsanar los escritos defectuosos por los que los interesados inicien procedimientos administrativos: el final de un camino o estación de paso.

José Zamorano Wisnes

Profesor, acreditado Contratado Doctor

Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES. III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO. V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El 19 de julio de este año, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el recurso de casación 3662/2017, dicto sentencia por la que se confirma la dictada en su día por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

La referida sentencia realiza una interpretación antiformalista de los artículos 71 y 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en lo sucesivo LRJPAC), interpretación que es aplicable *mutatis mutandi* a los artículos 68.1 y 73.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPAC), pues el contenido de ambos textos legales son iguales.

La aplicación del indicado principio antiformalista que se complementa con el principio *pro actione* entendido en el sentido de flexibilizar los trámites de los procedimientos administrativos, de tal manera que los defectos formales que afecten a las actuaciones del interesado no supongan la pérdida irreversible de las posibilidades de hacer valer su derecho. Por ello, la sentencia comentada concluye afirmando:

*“[P]ues bien, con arreglo a los principios que inspiran la anterior jurisprudencia y el **critério antiformalista que preside el procedimiento administrativo**, cabe*

Recibido: 8/11/2018.

Aceptado: 9/11/2018.

entender que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el «desistimiento por caducidad», sí, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente. [...]»

II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo ha venido realizando una interpretación antiformalista y pro actione del artículo 71 LRJPAC en una consolidada jurisprudencia. Así la sentencia de 19 de mayo de 1998 (recurso de apelación 7366/1990), en el que se resolvía la falta de acreditación de la representación de una sociedad en un recurso de alzada en materia sancionadora, se afirma:

*“[C]ierto es que al tiempo de presentar el recurso de alzada (27 de junio de 1987) no quedó acreditada ante la Administración la representación de quién decía actuar en nombre de la sociedad sancionada. Ciertamente también que, mediante Resolución notificada el 26 julio 1987, la Administración concedió un plazo de diez días hábiles (art. 54 LPA [RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708]) para que la interesada subsanara tal defecto. Y cierto que el correspondiente documento acreditativo de la representación fue presentado el 10 de agosto de 1987, recayendo la Resolución que declaró la inadmisibilidad el 23 de septiembre de 1987. La sentencia funda su fallo en los principios de «tutela efectiva» y de «no indefensión», así como **en el hecho de que la Administración no había resuelto cuando el defecto quedó enteramente subsanado**. En presencia de estas circunstancias, entiende la Sala que el recurso debe ser desestimado. Tiene en cuenta para llegar a tal conclusión: la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el art. 114 de la LPA -salvo el subsanado- al escrito de interposición del recurso; la naturaleza sancionadora del procedimiento seguido y la gravedad de la sanción de multa impuesta; **una concepción del derecho de defensa frente al ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora superadora de interpretaciones que impidan el examen de las cuestiones de fondo** y propiciadora de aquellas que permitan el control de su sometimiento al principio de legalidad (art. 106.1 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]); **la propia actuación de la Administración al dejar transcurrir cerca de un mes y medio desde que el defecto subsanado hasta que se dictó el acto combatido en la instancia**, lo que se produjo cuando todas las exigencias de procedimiento estaban satisfechas y podía valorar los argumentos impugnatorios; la inexistencia de terceros que puedan sufrir cualquier clase de perjuicio en virtud de la tesis que aquí se defiende; y, **finalmente, los principios que hoy inspiran el precepto contenido en el art. 71.2 de la Ley 30/1992** (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), no vigente en aquellas fechas, pero susceptible de ser inducido del ordenamiento jurídico entonces aplicable, precepto según el cual, no tratándose de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva (como*

acontece en el supuesto enjuiciado) cabe una prudente ampliación del plazo hasta de cinco días, que no llegaron a transcurrir en el caso a que se refiere esta apelación, pues el defecto quedó antes subsanado, sin que sea preciso descender al examen de las circunstancias a que tal posibilidad se condiciona en el precepto que acabamos de invocar”.

En la aplicación del indicado principio, especial referencia debe hacerse a la sentencia del mismo Tribunal, dictada en interés de ley, de fecha 4 de marzo de 2003 (RIL 3437/2001), tanto por formar *per se* jurisprudencia, como por ser citada en posteriores sentencias del Alto Tribunal. En la indicada sentencia se aborda la cuestión de la aplicabilidad del art. 71.2 LRJPAC a los procesos selectivos, concluyendo de modo rotundo en favor de la aplicación del referido artículo y, en consecuencia, de la posibilidad de subsanación, no solo de la solicitud inicial, sino también de los defectos relativos a la no presentación de documentos acreditativos de los méritos:

*“[...] Frente a dicho criterio entendemos que **debe regir en toda su extensión el principio de subsanación consagrado en el artículo 71 de la Ley**, debiendo requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener su solicitud, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que cabe exponer, entre otros, los siguientes criterios:*

a) La tesis de la plena subsanabilidad de los defectos en una oposición o concurso ha sido reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990 con cita de los derogados artículos 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al considerar que era subsanable la omisión, lo que no comporta la infracción de la doctrina jurisprudencial en orden al carácter vinculante de las bases del concurso a las que también se refiere la sentencia impugnada.

b) La subsanación del defecto relativo a la no presentación de documento acreditativo se admite sin problemas en las sentencias de 18 de octubre de 1976, 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989, siendo destacable la sentencia de 16 de mayo de 1983 que hace plena aplicación del artículo 71, en la redacción de 17 de julio de 1958, admitiendo la posibilidad de que la Administración requiera a los firmantes para que en plazo de diez días subsanen la falta que ha sido observada e igual sucede en la posterior sentencia de 28 de junio de 1985, al considerar que es acertada la decisión de la sentencia apelada cuando declara que no se puede atender a un criterio riguroso formalista que es contrario a la voluntad real perseguida por el legislador.”

También sobre procedimientos selectivos las sentencias de 25.04.2012 (RC 1532/2012) y 19.12.2012 (RC 1532/2012), la primera de las sentencias citadas tras hacer suya la jurisprudencia fijada en la sentencia de 4 de marzo de 2003, señala que la posibilidad de subsanación alcanza no solo a la solicitud inicial, sino también a momentos posteriores:

“[...] Esa misma línea jurisprudencial de amplitud en la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 30/1992 en procedimientos selectivos, **no solo respecto de las omisiones en la solicitud inicial, sino en posteriores fases del procedimiento**, se continúa y refuerza, entre otras, en las sentencias, de fecha 30 de diciembre de 2009 (recurso de casación 1842/07) y de 20 de mayo de 2011 (recurso de casación 3481/09), dictadas en sendos supuestos en los que la subsanación cuestionada se refería, dentro de un proceso selectivo, a su fase de concurso y a la acreditación de méritos alegados en él. En la segunda de las sentencias reseñadas, se sostiene lo siguiente:

«En el proceso selectivo de autos eran perfectamente distinguibles dos fases: una primera de oposición, en la que los aspirantes deberían presentar sus solicitudes para participar en las pruebas selectivas, y una segunda fase concurso, fase de concurso a la que solo tenían acceso los que habían superado la primera fase. La fase de concurso daba comienzo con la presentación del “impreso de autobaremación” al que debían de acompañarse la acreditación de los méritos correspondientes.

En línea con la jurisprudencia referida puede considerarse que la idea de iniciación que emplea el artículo 70, no es incompatible con un concepto de la misma según el cual el “impreso de autobaremación” puede estimarse como iniciación de una fase del concurso, respecto a la que no ha razón para que el artículo 71 de la Ley 30/1992 no sea aplicable. La jurisprudencia referida, que aquí seguimos, permite sostener que el artículo 71 de la Ley 30/1992 debe aplicarse a cada una de las fases de estos procedimientos. [...]”

En otro orden de cosas, en materia de extranjería, resulta de interés reseñar la sentencia de 21 de octubre de 2004, dictada en la cuestión de ilegalidad 24/2003, se plantea la conformidad a derecho del del art. 84.5 del Real Decreto 864/2001 por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por cuanto en el mismo no se contempla la posibilidad de subsanar la solicitudes presentadas por extranjeros en oposición a lo previsto en el art. 71 LRJPAC. El Tribunal anula el art. reseñado del Reglamento razonando:

“[...] En consecuencia el procedimiento administrativo aparece inspirado por **unos principios de economía, celeridad y eficacia** –arts. 103.1 de la Constitución y 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo – que dan lugar a que **cuando en el curso de su tramitación se aprecien defectos subsanables haya de formularse un requerimiento al solicitante a fin de que corrija** los vicios observados; esta conclusión aparece explicitada en nuestro derecho positivo tanto para el procedimiento administrativo en general –arts. 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo– como para el específicamente aplicable al otorgamiento de las licencias municipales –art. 9.1.4.º del Reglamento de Servicios .

Añadiéndose en la STS de 14 de noviembre de 1989 que las citadas normas (54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) se nos presentan «como inspiradas en principios antiformalistas, tendentes a la consecución de un resultado final de eficacia tuitiva de derechos e intereses en juego, situación que se avala con la conclusión definitiva prevista en el artículo 24.1 de la Constitución». Del análisis del precepto (71.1 LRJPA, tras su modificación por la LMLRJPA

) puede deducirse que son dos los supuestos que habilitan y obligan a la Administración actuante para articular el requerimiento de subsanación en dicho precepto contemplado:

1°. Cuando la solicitud de iniciación «no reúne los requisitos» que se señalan en el artículo 70 LRJPA, anterior, de forma pormenorizada.

2°. Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan «los documentos preceptivos» [...]»

En la línea que venimos estudiando se inspira la sentencia objeto del presente comentario, dando un paso más, al admitir la subsanación fuera del plazo de diez días, pero antes de que se produzca la resolución de archivo. Sin embargo, esta interpretación ya fue sostenida en interpretación de los artículos 71 y 99 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, por la sentencia del mismo Tribunal de 16 de marzo de 1988 con el siguiente razonamiento:

*“[...] Por lo demás, la Administración no puede arbitrariamente exigir cualquier documentación sino sólo aquella que sea indispensable para fijar los datos en base a los cuales ha de dictarse resolución, y es claro que esos datos, en un cierto momento, los conocía ya la Administración por haber presentado el interesado los documentos que se le piden y porque, además, la Administración giró visita de inspección (cfr. folio 14 del expediente). Es decir que hay otros datos más que suficientes para resolver, resolución que es, en todo caso, reglada y no discrecional; c) Que de los impresos que emplea la Gerencia, como del uso que ha hecho en este caso de los mismos, se deduce que **la Administración ha inaplicado el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo que contiene un supuesto especial de perención (caducidad del procedimiento) en el sentido que lo viene interpretando el Tribunal Supremo al ponerlo en relación al 99 de la misma Ley. Porque según esta interpretación, la perención o caducidad no se produce automáticamente por el transcurso del tiempo sino por el acto que la declara, de manera que si antes de que esa declaración tenga lugar se aportan los documentos ya no puede declararse la caducidad sino que hay que resolver sobre el fondo.**“ (La negrilla aparece en la sentencia).*

III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Este precedente no evitó que en la interpretación de los artículos 71 y 76.3 distintos Tribunales Superiores mantuvieran posiciones diversas. Una síntesis de las distintas interpretaciones las podemos encontrar, por un lado en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30.09.2015 (RCA 1685/2013), en el que con cita de una amplia doctrina de otros TSJ, se resuelve una autorización de aprovechamientos mineros, y las sentencias de los TSJ de Aragón de 21.11.2000 de y Extrema-

dura de 25 de mayo de 2017, que recurrida en casación ha dado lugar a la sentencia comentada. En la primera de las sentencias citadas, se afirma:

“[...] Pues bien, como vemos, existe una específica regulación de la cuestión que nos ocupa sin que, a juicio de esta Sala (Sección Octava) resulte de aplicación a la subsanación de la solicitud inicial lo dispuesto en el artículo 76 .3 de la Ley 30/1992 . Este precepto se inscribe en la “ordenación del procedimiento” (Capítulo II del Título VI) y tiene por objeto regular la preclusión de los trámites que deban ser cumplimentados por el interesado estableciendo un efecto de pérdida del trámite sin finalización del procedimiento, lo que difiere del contenido del artículo 71 que regula la subsanación de las solicitudes de iniciación del procedimiento y dispone el efecto de fin del procedimiento, por desistimiento, para el caso de no subsanación en plazo. Sobre la no aplicación de lo dispuesto en artículo 76 .3 de la Ley 30/1992 a los supuestos de iniciación del procedimiento regulados en el artículo 71 pueden verse Sentencias de Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, sec. 1ª, de 21-3-2012, (rec. 658/2009) y de 10-6-2009 (rec. 217/2007), de Andalucía (sede Sevilla), sec. 3ª, de 31-3-2011 (rec. 343/2010), de Baleares, sec. 1ª, de 29-3-2011 (rec. 552/2009) y de 31-10- 2006 (rec. 33/2005), de la Comunidad Valenciana, sec. 5ª, de 19-1-2011 (rec. 158/2010) y de 9-6-2010 (rec. 765/2009) y de la Audiencia Nacional, sec. 4ª, de 18-6-2008 (rec. 33/2008).

En efecto, la subsanación a que se refiere el apartado primero del artículo 71LRJPAC es la que tiene por objeto defectos que afectan a la solicitud inicial, cuya existencia determina la inviabilidad de la misma y, por ende, la imposibilidad de continuar el procedimiento. Cuando el defecto formal afecte a un trámite en particular, una vez iniciado válidamente el procedimiento, los efectos son los que dispone el artículo 76 LRJPAC, esto es, a los interesados que no hayan cumplimentado un trámite en el plazo de 10 días otorgado por la Administración requirente se les podrá declarar decaídos su derecho al mismo sin que ello impida la continuación del procedimiento y la intervención posterior del interesado en sucesivos trámites.

Éste es también el criterio seguido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2008 (SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, 18.6.2008 , recurso 33/2008), entre otras, que señala que el artículo 71.1 de la Ley 30/1992 es una norma especial aplicable a la solicitud de inicio de procedimiento, que no debe confundirse con la previsión del artículo 76.3 de la Ley 30/92 , que contempla el decaimiento de trámites que deben realizar los interesados como un supuesto de caducidad que no tiene otras consecuencias que la pérdida del trámite. Por el contrario, el incumplimiento de la subsanación o mejora de la solicitud regulado en el artículo 71.1 de la Ley 30/92 tiene el tratamiento de un desistimiento tácito no subsanable, y el consiguiente archivo, mediante la resolución correspondiente que pone fin al proceso, conforme al artículo 41.1 de la Ley 30/1992. [...]”

Una posición distinta parece mantener la sentencia del TSJ de Aragón que califica la no presentación en el plazo de diez días previsto en el art. 71 de mera irregularidad:

*“[...] lo que no llevó a efecto es claro que la renuncia o desistimiento que propugna el art. 71 de la Ley 30/1992 no podrá presumirse que acaece automáticamente sino que sería preciso una resolución del órgano administrativo que así lo acuerde para que tuviera efecto la misma lo que obviamente no acaece en el caso que nos ocupa, **en lo que el exceso en el transcurso del plazo concedido no tiene otro valor que el de simple irregularidad, al ser un defecto procesal no invalidante que no acarrea indefensión, [...]**”*

La sentencia del TSJ de Extremadura aborda con mayor profundidad la aplicación del art. 76 a los defectos encontrados en la solicitud de iniciación del procedimiento, manteniendo que los preceptos relativos a la “ordenación” son de aplicación a todo el procedimiento, incluida la iniciación, de este modo afirma:

*En primer lugar, por cuanto no podemos olvidar que ambos preceptos están en un mismo Título, y que el procedimiento administrativo supone una sucesión de actos, sin una diferencia clara, y que **el artículo 76 del mismo texto legal se encuentra en el capítulo dedicado a la “ordenación del procedimiento”, siendo las normas contenidas en este capítulo aplicables a todas las fases procedimentales** de un procedimiento administrativo, lo que obviamente ha de incluir también a la fase de iniciación del procedimiento. El artículo 71,2 de la Ley 30/1992, al que se refiere la dirección letrada de la Junta de Extremadura, impide la ampliación del plazo en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva pero no la posibilidad de subsanación de las solicitudes que presenten algún defecto que tenga el carácter de subsanable.*

En segundo lugar porque aunque el título de los capítulos parezca diferenciar entre actos del procedimiento, la práctica lo que revela es que tal y como expresaba la exposición de motivos de la Ley de procedimiento administrativo común, de 1958, ha huido “de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate. De este modo la preclusión, piedra angular de los formalistas procedimientos judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que demanda la Administración moderna”.

La sentencia del TSJ de Extremadura continúa argumentando sobre las consecuencias que tendría una interpretación diversa a la propuesta, que no es otra que el archivo del procedimiento sin que se produzca una decisión sobre el fondo, pues bien, el Tribunal entiende, lo que compartimos, que estas interpretaciones deben hacerse

con criterios restrictivos, por último en apoyo de su tesis, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1988, citada.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO

La sentencia del Tribunal Supremo comienza estudiando las diferentes respuestas de los TSJ en la interpretación del art. 71 en relación con el 76.3, y manteniendo que el art. 71 regula un procedimiento especial o un procedimiento aún no iniciado, mientras que el art. 76 opera dentro del procedimiento, afirmando:

“ [...] Pues bien, se trata de preceptos que regulan diferentes fases del procedimiento, como se ha dicho, la de iniciación -artículo 71.1- y de ordenación -artículo 76.3-. Su contenido es claramente diferente, pues el primero se refiere a los defectos que afectan a la solicitud inicial, esto es, al comienzo del procedimiento de forma que de no cumplimentarse el requerimiento «se tendrá por desistido al interesado» en la solicitud. Mientras que el segundo -el 76.3- se refiere a los defectos formales advertidos en un trámite, una vez iniciado el procedimiento.

El artículo 71.1 es pues, la norma especial aplicable en lo que se refiere a las solicitudes presentadas por el interesado, siendo un precepto diferenciado del artículo 76, bien sea por su ubicación sistemática, bien por su contenido y alcance, relativo uno a un supuesto específico como es el del inicio del procedimiento a instancia del interesado y el otro, la ordenación de trámites. Así es, el artículo 71.1 es una norma especial que regula los defectos en la solicitud inicial, con la consecuencia de la inviabilidad de la petición, dada la ausencia de los elementos mínimos imprescindibles, que implica que el expediente no se haya iniciado, contemplando este precepto la preclusión del trámite.

Mientras que el artículo 76.3 presupone que se ha iniciado válidamente el expediente, con la aportación de los elementos indispensables y prevé la consecuencia de la inobservancia de un determinado trámite, si bien con la consecuencia de la continuación, siempre que el interesado actúe corrigiendo el defecto. [...]”

Puntualizando en el siguiente fundamento jurídico que aun cuando el art. 71 utiliza el término desistido (también lo hace el art. 68.1 LPAC), no está haciendo referencia “al apartamiento voluntario por parte del interesado respecto de un procedimiento promovido y en trámite, sino a la inactividad del interesado en un procedimiento que formalmente no se ha iniciado por faltar los requisitos indispensables para ello”, por lo que no hay un apartamiento voluntario del procedimiento por parte del interesado, sino que lo que se produce es la perención. Y, continúa razonando la sentencia, que aún cuando se produce la perención por la inactividad del interesado, “el desistimiento” requiere de una resolución expresa que declare tal efecto “en virtud de la regla general del artículo 42, sobre la obligación de resolver.”, pudiendo entenderse que tal resolución se limita a constatar la consecuencia legal sobrevenida de la inactividad del interesado. No obstante lo cual, en una interpretación antiformalista, afirma el Tribunal:

“[...] aun reconociendo tal consecuencia legal en caso de inactividad, no hay inconveniente para **admitir una interpretación amplia y acorde con el principio antiformalista que inspira el ordenamiento**, que permita entender que salvo cuando concurren otros intereses protegibles y mientras que no tenga lugar la declaración expresa de desistimiento en los términos del artículo 42 de la Ley 30/1992, el solicitante puede cumplimentar el defecto inicial advertido dando lugar a la iniciación y tramitación del procedimiento. [...]”

En apoyo de esta posición antiformalista del procedimiento, la sentencia trae a colación la jurisprudencia del Tribunal relativa al procedimiento contencioso administrativo y a la posibilidad de presentar escritos una vez terminado el plazo establecido en la Ley, siempre que tenga lugar antes de que se declare precluido el plazo, e incluso el mismo día, afirmando:

“[...] La respuesta de este Tribunal Supremo acerca de si cabría tener válidamente por presentados los escritos que se registran una vez vencido el plazo establecido, pero en todo caso antes de que se notifique la resolución que declara perdido el trámite ha sido claramente positiva. En esta línea dijimos en la STS de 4 de mayo de 2010 (RC 5872/2006) que salvo en los supuestos establecidos para establecer o preparar el recurso, la regla general es que los plazos procesales son susceptibles de beneficiarse del mecanismo de la rehabilitación. [...]”

Abundando en la jurisprudencia de apoyo a la tesis antiformalista por la que se inclina la sentencia, cita el jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1997, de 2 de octubre, en la misma afirma el Alto Tribunal que el acceso de los ciudadanos a la justicia solo puede ser dificultado por el legislador, cuando los requisitos que entrañen obstáculos sean proporcionales a la finalidad de proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Por lo que concluye:

“[...] Pues bien, con arreglo a los principios que inspiran la anterior jurisprudencia y el criterio antiformalista que preside el procedimiento administrativo, **cabe entender que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el «desistimiento por caducidad», sí, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente.** [...]”

Para añadir

“[...] Una vez cumplimentadas las omisiones, no existe ningún obstáculo para atemperar las rigurosas consecuencias del incumplimiento del plazo de diez días, cuando no concurre otro interés protegible y precisamente se ha procedido a observar lo requerido antes de que la Administración haya

cumplido la exigencia de dictar resolución ordenando archivar la petición por haber perdido el trámite que se dejó de utilizar. [...]”

La sentencia que venimos comentando resuelve, a mi juicio, de modo impecable una cuestión compleja: la interpretación conjunta o no de los artículos 71 y 76 LRJPAC.

V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina no ha abordado el anterior debate jurídico con la profundidad y extensión que probablemente el tema merece. Entre los pocos autores que se ocupan del tema GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS¹ mantiene que la exigencia de resolución que “*declarativa del desistimiento plantea que mientras no se notifique la resolución sigue vivo el procedimiento y teniéndose por interesado en él al solicitante y, en consecuencia, podrá subsanar extemporáneamente su solicitud (art. 76.3 LRJPAC)*”, más genérico es SÁNCHEZ MORÓN², quien preconiza una interpretación favorable al interesado sobre “*las posibilidades de subsanación de defectos formales o documentales –no de omisiones sustantivas– que establece la Ley, incluso en procedimientos de concurrencia competitiva y en vía de recurso administrativo*”, citando en apoyo de esta postura las sentencias del Tribunal Supremo 30 de diciembre de 2009, 20 de mayo de 2011, 25 de abril de 2012, 18 de julio de 2012, 27 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014.

A su vez, XIOL RÍOS³, en sus comentarios a las modificaciones introducidas en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tras congraciarse con lo acertado de la reforma en este punto, mantiene una posición próxima a la que luego ha adoptado el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, es decir que la subsanación del defecto una vez transcurrido el plazo concedido “*podrá reconocerse su eficacia, si no ha recaído aún la resolución expresa y con ello no se perjudica a tercero*”.

GONZÁLEZ NAVARRO⁴, sin entrar a analizar expresamente la cuestión concreta que estamos analizando al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de julio de este año, recuerda, sin embargo, la vieja jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo que en su sentencia de 1 de junio de 1965, reiterada en otras

¹ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos., 8ª edición, 2011, p. 342

² SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos., 11ª edición, 2015, pp. 502 y 503

³ XIOL RÍOS, J.A., en VV.AA., *Comentarios a la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Aranzadi., 1999, p. 113

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, F., en VV.AA., *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de Enero*, Ed. Civitas, 1999, pp. 366 y 367.

posteriores, en la que se mantenía la obligación de la Administración de emitir y notificar un acuerdo concreto que decretase el archivo de las actuaciones, acuerdo que, obviamente, podía ser objeto de recurso. En concreto la referida sentencia afirma:

“Que como el acuerdo de archivo de actuaciones, que es la consecuencia obligada que sigue al requerimiento y advertencia del artículo 71, no consta que se adoptase en el expediente administrativo y, desde luego, no se ha alegado ni probado que ese indispensable acuerdo de archivo fuese notificado al interesado, es obvio, que aunque se requiriese al mismo para que subsanase el defecto de insuficiencia de reintegro del escrito de 24 de marzo de 1960, la Administración infringió el ordenamiento jurídico y concretamente el artículo 79 LPA al negarse a tramitar el recurso de alzada, interpuesto por don Francisco B.L., fundando su resolución en que se había acordado el archivo de las actuaciones, sin que este acuerdo conste en el expediente y sin que, en todo caso, se hubiese notificado al interesado”.

La jurisprudencia citada en interpretación de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo, que acabamos de referir, parece moverse en la línea de la mantenida por el TSJ de Extremadura, en la medida que se aplican los preceptos de la ordenación (art. 79), a la fase de iniciación del procedimiento (art. 71).

Sobre los efectos del requerimiento de subsanación GALLARDO CASTILLO⁵ mantiene que la falta de acuerdo o el incumplimiento del deber de la Administración de advertir de las consecuencias de la no subsanación en plazo, tienen como consecuencia la anulación de los actos posteriores que acuerden el archivo de la solicitud inicial.

VI. CONCLUSIÓN

A nuestro juicio, acierta el Tribunal tanto cuando afirma que el art. 76 no es aplicable a los supuestos regulados en el art. 71, por cuanto el segundo de los preceptos señalados, encuadrado en el capítulo II del Título IV de la Ley, establece normas comunes para el procedimiento, una vez iniciado. Mientras que el art. 71, encuadrado en el capítulo I, regula una fase previa, es decir, la iniciación o no del procedimiento. Al igual que acierta el Tribunal al hacer suya una postura antiformalista ante el procedimiento administrativo, posición que viene avalada por una amplia jurisprudencia, como hemos intentado recoger en este comentario. Por lo que esperamos que la línea interpretativa que inaugura la sentencia de julio de este año se consolide en el futuro.

⁵ GALLARDO CASTILLO, M.J. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Ed. Tecnos, 2010, p. 366.

Una cuestión distinta es la apuntada y no resuelta en la sentencia en el sentido de que la interpretación sostenida no se mantendrá “cuando concurren otros intereses protegibles” ¿qué se quiere decir?, ¿qué cuando estemos en presencia de procedimiento competitivos y, en consecuencia, haya otros intereses protegibles, no se aplicará la doctrina establecida? Lo cierto es que la lapidaria frase, que se repite en varias ocasiones a lo largo de la sentencia, no nos permite llegar a conclusiones claras sobre qué se entiende por “otros intereses protegibles”. A nuestro juicio, la doctrina expuesta debe aplicarse igualmente a los procesos competitivos, pues en relación, por ejemplo a los procesos selectivos en materia de personal, actuar de otra forma añadiría un excesivo rigor formal al ejercicio del derecho consagrado en el art. 23 de la Constitución, dificultando innecesariamente el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, principios que podrían verse afectado negativamente por un excesivo rigor formal en la aplicación del art. 71 a las solicitudes de admisión o a la presentación de documentos.