

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica

María Jesús Gallardo Castillo

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. Concepto y finalidad. II. La esencialidad de la audiencia al interesado en la Jurisprudencia Preconstitucional. III. La relativización de audiencia al interesado: La indefensión como requisito de la anulación del acto. III.1. En la doctrina del Tribunal Constitucional: Indefensión y tutela judicial efectiva. III.2. La audiencia al interesado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Supuestos y criterios para determinar la indefensión. IV. Algunas sentencias esperanzadoras. V. A modo de conclusión.

I. CONCEPTO Y FINALIDAD

El trámite de audiencia es más que un trámite en el procedimiento administrativo: es, por excelencia, el paradigma del derecho de ser oído que asiste al interesado antes de que sea dictada por la Administración la resolución que le afecta¹. Posiblemente por ello haya sido el único de todos los que com-

¹ Dado el objeto de este trabajo, en él se va a analizar la repercusión en la validez del acto administrativo la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento para su elaboración, omitiendo, por tanto, el estudio del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, lo cual ha sido objeto de abundante Jurisprudencia, de la que pueden resultar ilustrativas las siguiente SSTs: 18 de diciembre de 1985 (Arz. 6539), 14 de marzo de 1986 (Arz. 1774), 18 de abril de 1986 (Arz. 2798), 4 de julio de 1987 (Arz. 5504), 19 de mayo de 1988 (Arz. 5060), 20 de enero de 1989 (Arz. 146), 5 de abril de 1989 (Arz. 2813), 12 de enero de 1990 (Arz. 335), 21 de noviembre de 1990 (Arz. 1991/1578), de 19 de enero de 1991 (Arz. 552), de 23 de enero de 1991 (Arz. 594), 1 de julio de 1991 (Arz. 5578), de 24 de septiembre de 1991

ponen el procedimiento que ha sido merecedor de consideración en la propia Constitución Española (CE) –art. 105.c)–² y también por eso, pueda afirmarse de él que, pese al paulatino menoscabo jurisprudencial de esta consideración, sigue siendo un trámite de los calificados esenciales por cuanto supone trasladar al particular la posibilidad de realizar alegaciones, contando para ello con todos los elementos de juicio obtenidos a lo largo del procedimiento (STS de 24 de enero de 1989 –Arz. 434–)³. De ahí sus dos genuinas finalidades, tanto la que puede enunciarse de forma negativa: que no se produzca indefensión, como la que puede formularse de forma positiva: que se tengan en cuenta los razonamientos y pretensiones del interesado al dictar el acto que exprese la voluntad del órgano administrativo (SSTS de 28 de septiembre de 1990 –Arz. 9030– y de 28 de junio de 2002 –Arz. 7636–).

Por ello, como es bien sabido, el trámite de audiencia, necesariamente, ha de constar de dos partes: Una primera, que consiste en el examen del expediente para que el interesado pueda realizar una defensa eficaz de sus intereses; y una segunda, en que el interesado puede alegar y presentar los documentos, justificaciones y demás elementos probatorios que estimen procedentes⁴.

(Arz. 6968), de 5 de febrero de 1992 (Arz. 2343), de 10 de octubre de 1994 (Arz. 7980), de 25 de noviembre de 1996 (Arz. 7980), de 25 de noviembre de 1996 (Arz. 8291), de 12 de junio de 1997 (Arz. 5075), de 16 de octubre de 1997 (1998/481) y 11 de abril de 2000 (Arz. 4498), entre otras.

² Merece que sea tenido en cuenta el comentario que a este artículo realizó Parada Vázquez, R., *Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración (art. 105 CE)*, en el libro colectivo “Comentario a la Constitución Española”, dirigido por O. Alzaga, Tomo VIII, Ederesa, 1985, pág. 300. En él opina que “las reglas o principios del art. 105 no significan una consagración o un refuerzo de la idea de participación... sino una garantía formal, pero esencial de los ciudadanos, frente al ejercicio del poder ejecutivo”, con lo que pasa a estar relacionado con la situación de indefensión y con los postulados del Estado de Derecho. Vid también Castellá Andreu, J. *La participación ciudadana en la Administración pública. (Estudio del artículo 105.a) de la Constitución*. RVAP, núm. 34, 1992, págs. 39 y siguientes.

³ La STS de 21 enero 1985 (Arz. 830) sintetiza claramente la finalidad y fundamento de la audiencia del interesado al afirmar que este trámite constituye “presupuesto básico de garantía procesal derivado del principio general de Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, persigue la finalidad de evitar la indefensión de toda persona natural o jurídica afectada en sus intereses por una decisión administrativa, por ello, las consecuencias del incumplimiento de la audiencia del interesado, está en función del cometido reservado a la misma, que, como dicho queda, no es otro que el de servir de defensa a los derechos e intereses de los administrados”

⁴ En palabras del TS (STS de 20 de enero de 1987 –Arz. 204–), la audiencia implica necesariamente: “a) la puesta de manifiesto del expediente al interesado; b) el derecho a presentar documentos y justificaciones; y c) la formulación de alegaciones. (...) La puesta de manifiesto equivale a que el interesado pueda tomar conocimiento del contenido total de expediente, es decir,

Como después se verá, la jurisprudencia, antes que de conceptualizar el trámite de audiencia, se ha preocupado más en adornarlo con distintos calificativos que ha ido variando conforme se mostraba más afín a la tendencia formalista o a su contraria. Pero de cuantos posibles conceptos pueden extraerse de la abundante jurisprudencia dictada en esta cuestión, dos merecen ser destacados por ser exponentes de las sendas tendencias: El más formalista y garantista que enuncia la STS de 29 de abril de 1972⁵ al considerar que “la audiencia al interesado constituye un principio inmanente a la naturaleza intrínseca del método dialéctico de aproximación a la verdad en que consiste toda estructura procedimental y simultáneamente una *garantía de justicia que trasciende su propio carácter formal*, cuya observancia resulta inexcusable incluso en las regulaciones especiales como consecuencia del carácter integrador de aquélla”. Y otro más antiformalista que formula la STS de 3 de enero de 1985 –Arz. 2589–⁶ según la cual “el trámite de audiencia no es de mera solemnidad ni un rito formalista, sino *una medida eminentemente práctica*, al servicio de un objetivo específico muy concreto: posibilitar a los afectados con expediente administrativo al ejercicio de cuantos medios de defensa puedan disponer, en la salvaguardia de sus intereses y derechos, quedando así supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido indefensión para las partes”. Dos concepciones que ponen de manifiesto los dos polos, muy pocas veces complementarios y casi siempre opuestos, –el de estricta legalidad del acto y el de eficacia–, discutidos y discutibles, por cuya preferencia la Jurisprudencia se decanta dependiendo de los singulares criterios, con frecuencia dispares, y de la clave interpretativa que utilice cada operador jurídico, y de la que dependerá el resultado anulatorio o convalidatorio de la eventual omisión del trámite cuando ésta se produzca. De la oportunidad de uno u otro resultado, de la valoración que merezca dog-

no sólo de aquellos que ha ido conocimiento a través de los actos de comunicación entre la Administración y él, sino también todo lo demás que, hasta entonces, permaneció oculto a su saber. De ahí que tal puesta de manifiesto comporte el posible derecho al conocimiento de la actuación, afecte directamente al derecho de la defensa y su negativa pueda colocar en una situación de indefensión proscrita por el Ordenamiento”.

⁵ Citada por Agúndez Fernández, A. “La Ley de Procedimiento Administrativo. Estudio de doctrina y Jurisprudencia”. Granada, Ed. Comares, 1990, pg. 301.

⁶ En este mismo sentido la STS de 21 de enero de 1985 (Arz. 830) : el trámite de audiencia “no es un rito formal y solemne de rigurosa observancia, sino un trámite instrumental tendente a posibilitar a los afectados por cualquier expediente administrativo, la introducción en el mismo de cuantos elementos estimen pertinentes para su más adecuada resolución y defensa de sus derechos, supeditándose, por tanto, la nulidad de las actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido, o no, indefensión para las partes”.

mática y jurisprudencialmente es de lo que se va a tratar de reflexionar a lo largo de este trabajo, para lo que se utilizará, especialmente, el siempre útil instrumento que ofrece la Jurisprudencia de los Tribunales, Supremo y Constitucional, y alguna referencia al particular criterio, digno de mención, que aportan algunas resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia de alguna Comunidad Autónoma.

II. LA ESENCIALIDAD DE LA AUDIENCIA AL INTERESADO EN LA JURISPRUDENCIA PRECONSTITUCIONAL

De un primer acercamiento a este trámite pudiera obtenerse casi de manera inmediata la conclusión de que su omisión genera indefensión al haberse privado al órgano administrativo de conocer todos los argumentos fácticos con que poder sustentar acertadamente su decisión, y al interesado de su derecho de defensa; y que, por ende, su consecuencia debe ser la anulación del acto, bien sea, según los casos, por razones de nulidad de pleno derecho o ya lo sean por razones de anulabilidad. Pues bien, para analizar las distintas conclusiones y los distintos momentos y razonamientos empleados por el TS, conviene comenzar a recordar esa amplia línea jurisprudencial⁷, curiosamente, en su mayor parte, preconstitucional, que ha venido calificando este trámite como sustancial (SSTS de 18 de enero, 20 de mayo y 11 de julio de 1932), de observancia obligatoria (STS de 13 de mayo de 1948), cardinal (STS de 2 de abril de 1931), fundamental (STS de 18 de enero y 11 de julio de 1932, 13 de diciembre de 1944, 26 de abril de 1947, 12 de febrero y 29 de marzo de 1951 y 13 de diciembre de 1954), necesario (STS de 25 de abril de 1950), capital (STS 13 de enero de 1905), esencialísimo (STS de 27 de mayo de 1935), de extraordinaria importancia (STS de 4 de marzo de 1947), más cualificado (STS de 29 de marzo de 1943) y hasta sagrado (STS de 7 de marzo de 1911, 15 de junio de 1925 y 2 de enero de 1979 –Arz. 203–). Es un trámite del que se puede decir todo esto, porque obedece a un “eterno principio de justicia” que exige que nadie sea condenado sin ser oído (STS de 20 de octubre de 1980 –Arz. 3758).⁸

⁷ Citadas en su mayor parte por Gamero Casado, Eduardo. *Omisión del trámite de audiencia e indefensión del administrado*, en el libro colectivo “Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués.” Dirigido por Diogo Freitas do Amaral y Laureano López Rodó. Santiago de Compostela, 1994, pgs. 220.

⁸ Citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo”. Madrid, Cívitas, 3ª ed., 1989, pág. 668.

Desde la solemnidad de estas calificaciones, parece desprenderse que la omisión de este trámite no puede encontrar otra salida, desde el punto de vista de la legalidad, que la declaración de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo definitivo ya sea por vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1.a. Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante, LRJPAC) –como así lo reconocieron, entre otras, las SSTS de 20 de abril de 1983 –Arz. 2834–, 20 de enero de 1987 (Arz. 20 y 204), 20 de marzo de 1992 (Arz. 3115) y 6 de octubre de 1993 (Arz. 7444)– o ya lo sea por infracción de trámite esencial, equiparable, como ya se dejó apuntado más arriba, al olvido total y absoluto del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e. LRJPAC) –STSS de 15 de julio de 1981 (Arz. 3506), 8 de marzo de 1982 (Arz. 1338), 20 de enero de 1987 (Arz. 20), 13 de marzo de 1987 (Arz. 3630), 31 de enero de 1989 (Arz. 584), 13 de abril de 1989 (Arz. 4522), 3 de octubre de 1989 (Arz. 7218), 13 de octubre de 1989 (Arz. 7362), 19 de diciembre de 1991 (Arz. 355), 30 de abril de 1992 (Arz. 4207), 17 de julio de 1992 (Arz. 6472) y 24 de julio de 1995 (Arz.6095), entre otras. En definitiva, por una u otra vía, la asunción de forma coherente y con todas sus consecuencias del carácter esencial del trámite de audiencia. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA⁹, el entendimiento de este trámite como “una garantía esencial, verdadero *minimum* sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido propio”–.

Sin embargo, esta consideración que parecía no tener fisuras, inmediatamente fue atemperándose en la doctrina del TC y en la del TS de forma que, como reconoce la STS de 27 de marzo de 1984¹⁰, ha sido despojado “de toda consideración dogmática y de ritualidad curialesca”, y conectado “con otros principios igualmente dignos de estima, como son el espiritualista y el de economía procesal”. En consecuencia, como más adelante se verá, en raras ocasiones y casi de manera excepcional, su vulneración llega, en las resoluciones de estos Tribunales, a ser determinante de la anulación del acto, para cuyo resultado analiza el procedimiento en su conjunto, las oportunidades sucesivas que el interesado ha tenido para defenderse así como el contenido mismo y sustantividad de las alegaciones que formula y las pruebas que propone.

⁹ García de Enterría, E y Fernández Rodríguez, T.R. “Curso de Derecho Administrativo”, vol II, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 491.

¹⁰ Citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley...”, Op. cit., pág. 669.

III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA AUDIENCIA AL INTERESADO: LA INDEFENSIÓN COMO REQUISITO DE LA ANULACIÓN DEL ACTO

III.1. En la doctrina del Tribunal Constitucional: Indefensión y tutela judicial efectiva

Hablar de la omisión de la audiencia al interesado es hablar de indefensión. Pero, ¿qué es y en qué consiste la indefensión?. Es éste un concepto poseedor de múltiples acepciones y que se resiste a ser definido apriorísticamente, por lo que la primera afirmación que se impone es la dificultad de ofrecer un concepto unívoco de ella y la imposibilidad de reducir a una la multiplicidad de categorías y manifestaciones que el propio concepto abarca, tanto por su diferente trascendencia como por sus distintas posibilidades de ubicación institucional. En definitiva, con sólo acercarse a la abundante jurisprudencia constitucional dictada al efecto, no hay más remedio que aceptar que su análisis es incompatible con esquemas reduccionistas y que su complejidad aconsejaría un análisis que no es posible aquí por cuanto se excede de las finalidades propias de este trabajo.

Pero volviendo a la cuestión planteada: Es frecuente identificar la indefensión con el derecho de tutela efectiva, y dado que éste se encuentra establecido en el art. 24 CE, resulta inevitable que a partir de ahí surjan multitud de interrogantes, sobre todo, cuando en su relación con el trámite de audiencia, se advierte que la producción de aquélla por omisión de éste no siempre tiene virtualidad invalidante, en tanto que, sabido es, se requiere que tenga cierta relevancia. Así, cabría preguntarse: ¿toda indefensión tiene trascendencia constitucional, es decir, amparable en ese art. 24?, ¿la indefensión administrativa la tiene?, y ¿para obtener la anulación de un acto administrativo se requiere que la indefensión producida en el procedimiento tenga relevancia constitucional?. Por lo que a continuación se analizará, cabría responder a la primera cuestión con una negación rotunda, la misma con la que puede responderse a la segunda. Así pues, ni toda indefensión tiene relevancia constitucional y ni mucho menos siempre la tiene la administrativa, pues sólo ella es predicable de la omisión del trámite de audiencia producida en el procedimiento sancionador, y no precisamente por la indefensión misma sino porque a él les son aplicables los principios del Derecho Penal¹¹. La negación de la

¹¹ Así lo expresa las SSTC 29/1989, de 6 de febrero; 58/1989, de 16 de marzo; 22/1990, de 15 de febrero; 18/1991, de 31 de enero; 120/1994, de 25 de abril y 3/1999, de 25 de enero, entre otras muchas, que vienen a reconocer que las garantías contenidas en el art. 24.2 CE, son, en prin-

tercera cuestión depende de otros condicionantes, pues la anulación de un acto administrativo no siempre tiene que ser por causa de nulidad de pleno derecho, y aún si lo es por esta razón no sólo puede serlo por virtud de la invocación del art. 62.1.a) LRJPAC, es decir, por vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, sino por inobservancia del procedimiento administrativo; de igual manera que puede obtenerse similar resultado por la causa de anulabilidad contemplada en el art. 63.2 LRJPAC.

Para analizar tales cuestiones, conviene comenzar por reconocer en la doctrina del TC dos tipos o categorías de indefensión: De un lado, *la indefensión formal*, que consiste en lo que denomina la STC 127/1992, de 28 de septiembre “incorrecciones procesales puramente formales”, para cuya constatación se requiere simplemente una mera labor de comparación entre las exigencias establecidas en la norma y las realmente cumplimentadas por el órgano jurisdiccional actuante. Evidentemente, se trata de infracciones de procedimiento. Pero al TC no le basta con que se haya producido la omisión del trámite de audiencia en los procesos en causa y con ella esta indefensión formal, sino que exige valorar la incidencia material que la misma tiene sobre el derecho de defensa de las partes, y así entiende que no toda irregularidad procesal ostenta relevancia en sede constitucional, de forma que sólo aquellos defectos procesales o formales que produzcan el efecto de indefensión material, revestirán trascendencia constitucional susceptible de ser protegida en vía de amparo (STC 10/1993, de 18 de enero). Por eso, podemos afirmar que esta otra categoría de indefensión, *la material*, supone un *plus* añadido sobre la me-

cipio, y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también éste es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, entre otras); no obstante, el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador dichas garantías del art. 24.2 CE en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, dadas las diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, de tal manera que la aplicación de las mismas a tal actividad sancionadora de la Administración únicamente tendría lugar en la medida necesaria para preservar los valores que se encuentran en la base del precepto constitucional y que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 212/1990, de 20 de diciembre; 246/1991, de 19 de diciembre; 145/1993, de 26 de abril; 197/1995, de 21 de diciembre; 120/1995, de 17 de julio; 120/1996, de 8 de julio; 7/1998, de 13 de enero; 56/1998, de 16 de marzo, entre otras). Más en concreto, las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 190/1987, de 1 de diciembre determinan que ni la publicidad ni el derecho al juez imparcial resultan aplicables al procedimiento sancionador, mientras que sí lo son el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el derecho a la prueba. Por su parte, las SSTC 104/1986, de 17 de julio y 10/1988, de 1 de febrero y 54/2003, de 25 de marzo, entre otras, entienden igualmente trasladable al procedimiento sancionador los principios propios de la acusación, sobre todo, en cuanto a la necesidad de debate acerca de la calificación de la infracción y de su correspondiente sanción.

ramente formal, y por cuya incidencia sobre el derecho de defensa del afectado sólo ella tiene relevancia constitucional.

La primera conclusión que puede deducirse de todo lo anterior es que el concepto jurídico–constitucional de indefensión que maneja el art. 24 CE no tiene por qué coincidir enteramente con su acepción jurídico–procesal. Como ha afirmado el TC en sentencia 146/1988, de 14 de julio, no toda infracción de normas procesales alcanza, por sí sola, el rango de vulneración constitucional, ni la indefensión constitucionalmente relevante tiene que coincidir necesariamente con la indefensión jurídico–procesal. Muy al contrario, según ha declarado el TC, en el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (SSTC 116/1995, de 17 de julio y 237/2001, de 18 de diciembre, STC 59/2002, de 11 de marzo, Auto 159/2003, de 19 mayo, SSTC 43/1989, de 20 de febrero, 101/1990, de 4 de junio, 6/1992, de 16 de enero, 105/1995, de 3 de julio, 86/1997, de 22 de abril, 6/2003, de 20 de enero, 87/2003, de 19 de mayo), una mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto (STC 151/1996, de 30 de septiembre), o una negación de la posibilidad de interponer un recurso legalmente establecido sin justificación razonable (STC 145/1986, de 26 de noviembre). En definitiva, cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos (SSTC 48/1984, de 4 de abril, 70/1984; 155/1988, de 22 de julio, 58/1989, de 16 de marzo; 11 de junio y 153/1993, de 3 de mayo), o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (STC 48/1986, de 23 de abril).

Siendo esto así, no es de extrañar que el concepto de indefensión que ofrece el TC en su sentencia 145/1990, de 1 de octubre sólo abarque la vertiente material de la misma¹², y sólo, por tanto, la que tiene alcance constitu-

¹² La STC 28/1981, de 23 de julio entendió que la prohibición de indefensión establecida en el art. 24.1 CE tiene un carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando pese a la existencia de infracciones procesales no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal (STC 47/1987, de 22 de abril) o cuando no se merman las oportunidad de la parte para alegar y probar (STC 161/1985, de 19 de noviembre).

cional: “la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso a los propios derechos, y en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción» (STC 89/1986)”¹³.

Esta concepción de la indefensión, con sus dos vertientes, la formal y la material, es contemplada por el TC integradas, a su vez, en otra categoría de indefensión, la llamada indefensión procesal, es decir, aquella que se produce en la dinámica de un proceso judicial. Pero, ¿estos mismos criterios son trasladables a la indefensión administrativa?, ¿cabe en ella reconocer también una vertiente formal y material?

De forma reiterada ha señalado el TC que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo, incluso cuando es preceptiva, no comporta necesariamente indefensión con relevancia constitucional (AATC 944/1986, de 29 de octubre; 197/1987, de 26 octubre, 225/1988, de 15 de febrero, entre otros) al considerar que ésta en modo alguno puede entenderse producida cuando el interesado: a) haya podido conocer la infracción administrativa que se le imputaba, b) le haya sido posible alegar lo que estimó oportuno haciendo valer sus razones en relación con el resultado de las pruebas puestas a su disposición, c) haya podido proponer o haber propuesto los medios de prueba que haya tenido por conveniente, d) haya dispuesto de la posibilidad de recurrir la correspondiente resolución administrativa, e) se haya limitado a denunciar la falta de audiencia sin razonar sobre la indefensión consecuente, es decir, sin anudar a la omisión del trámite procesal una relevancia concreta para el derecho a la defensa. Igualmente, no se produce indefensión de rango constitucional cuando los órganos jurisdiccionales correspondientes hayan podido conocer con plenitud de jurisdicción su pretensión por no haber percibido ningún impedimento, limitación o menoscabo a la totalidad de los documentos,

¹³ Ahora bien, según las SSTC 101/1990, de 4 de junio; 145/1990, de 1 de octubre, 100/1994, de 4 de abril, 212/1994, de 13 julio; 126/1996, de 9 de julio; 34/2001, de 12 de febrero; 55/2003, de 24 de marzo sólo es valorable esta indefensión cuando se produce un perjuicio real y efectivo para el justiciable. Más en concreto, la STC 181/1994, de 20 de junio afirma que el daño que produzca la indefensión ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo.

pruebas y demás elementos de juicio para examinar la legalidad de la actuación administrativa.

Dicho en otros términos: el vicio de indefensión, en sentido constitucional del término, queda descartado desde el momento en que el particular ha tenido la oportunidad de utilizar las instancias procesales que procedieran y, por tanto, de obtener una respuesta en cuanto al fondo de sus pretensiones¹⁴.

Como puede comprobarse sin mayor dificultad, el argumento principal que maneja el TC es el mismo que utilizara para considerar producida la indefensión de trascendencia constitucional en el ámbito judicial: su entendimiento como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que, en consecuencia, no puede ser ésta alegada frente a actuaciones de la Administración, por ser los Tribunales a quienes compete corregir este defecto. Más en concreto, la STC 175/1987, de 4 de noviembre venía a reconocer esta suerte de efecto subsanador de los Tribunales al afirmar textualmente que: “las faltas de audiencia en la vía administrativa han de ser revisadas y corregidas por la jurisdicción sin que (éstas, por tanto,) tengan (...) dimensión constitucional (...). Su derecho a la tutela judicial efectiva ha quedado satisfecho a través del examen y resolución razonada de su alegación por el órgano judicial, por lo que también ha de rechazarse la alegada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución”.

En definitiva, el TC, en las citadas resoluciones, sin decirlo, vuelve a reproducir, a utilizar y aplicar, *mutatis mutandi*, en el ámbito administrativo los mismos criterios que le permiten diferenciar entre la indefensión formal y material en el ámbito judicial, lo que acaba reconociendo expresa e inequívocamente el TC en su Sentencia 1311/03, de 30 de junio –con cita de las SSTC 43/1989, de 20 de febrero; 101/1990, de 4 de junio; 6/1992, de 16 de enero; 105/1995, de 3 de julio; 86/1997, de 22 de abril; y 6/2003, de 20 de enero– en la que afirma que “es doctrina consolidada que la indefensión constitucionalmente relevante no ha de ser meramente *formal*, lo que implica que el defecto procedimental que pueda haberse producido haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa”.

¹⁴ Vid. Alonso García, Enrique. *El art. 24 de la Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Problemas generales y acceso de los Tribunales*, en el Libro colectivo “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje del Profesor Eduardo García de Enterría”. Tomo II. Madrid, Cívitas, 1991, pág. 986.

De toda la anterior doctrina constitucional analizada podría, a su luz, ya concluirse que, actualmente, el ámbito propio de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución no es otro que el de los Tribunales de Justicia; y que sus determinaciones y exigencias no son trasladables, sin más, a toda tramitación administrativa (Autos del TC 68/1975, de 27 mayo y 18/1986)¹⁵.

La doctrina, pues, es clara y tajante: la indefensión administrativa, fuera del caso del procedimiento sancionador¹⁶ (Auto del TC 275/1988, de 29 de febrero y STC 54/03, de 25 de marzo¹⁷), no cabe encuadrarla en el art. 24 CE.

¹⁵ El panorama se clarificó absolutamente con la Sentencia 175/1987, de 4 de noviembre, dictada a raíz de un recurso de amparo planteada por un grupo de “aprobado sin plaza” en un concurso a profesor adjunto de Universidad. Los recurrentes, frente a la actuación administrativa, invocaban indefensión al amparo del art. 24 CE por haberse anulado el tercer ejercicio de las pruebas en las que intervinieron, sin habérseles oído. La sentencia, en su Fundamento Jurídico 3.º sostiene que: “Debe tenerse en cuenta (...) que la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que no puede ser alegado el art. 24 frente actuaciones de la Administración. Según reiterado criterio de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo, tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales (...) pero no originan indefensión que deba situarse en el art. 24 de la Constitución”. Igual consideración contienen las SSTC 68/1985, de 27 de mayo, de 4 de noviembre, 42/1989 de 6 de febrero –comentadas por Gamero Casado, E. *Omisión del trámite de audiencia...* op. cit. págs. 221 y siguientes– 117/1997, de 23 de junio y STC 157/2000, de 12 de junio.

¹⁶ Y aún en este caso la cuestión no se halla exenta de matices como pone de manifiesto la STC 181/1990, de 15 de noviembre en la que afirmaba que la aplicación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador “no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino que en la medida que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento –STC 2/1987, fundamento jurídico 6.º, 29/1989, fundamento jurídico 6.º)– lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador”. En el caso objeto de enjuiciamiento por el TC en esta sentencia, se denunciaba la falta de audiencia al interesado con carácter previo a la imposición de la sanción. Sin embargo, y constatada la veracidad de esta alegación del recurrente, el TC afirma que la audiencia del interesado debe considerarse como requisito *necesario* para la imposición de una sanción administrativa pero no ha de ser necesariamente *previo*, dado el carácter flagrante e inmediato de los hechos en que la sanción se fundaba y la evidencia patente del incumplimiento por el sancionado de determinados requisitos para la instalación de tendidos y emisión de programas y el carácter mínimo de la sanción.

¹⁷ Y aún en este caso, la anulación de la sanción no se produce automáticamente por haberse producido indefensión, sino porque con este vicio de procedimiento se producía un grave impedimento para el posterior control judicial. Por eso, la STC 131/2003, de 30 de junio determinó la conservación de la resolución sancionadora a pesar de tratarse igualmente de un procedimiento sancionador.

Y, la consecuencia que se impone, evidente: la indefensión que se alegue y entienda producida en un procedimiento administrativo que no tenga carácter sancionador, no tiene alcance constitucional y, por tanto, no puede ser examinada mediante la utilización de los procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, sino en vía ordinaria y susceptible de subsanación por parte de los Tribunales ordinarios.

III.2. La audiencia al interesado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Supuestos y criterios para determinar la indefensión

Esta doctrina constitucional fue enteramente aceptada sin reparos por TS (STS 14 de mayo de 1991 –Arz. 5087)¹⁸, lo que, dicho sea de paso, no es de extrañar si se tiene en cuenta que con anterioridad a ella ya se venía percibiendo en el TS esta tendencia dulcificadora del criterio rigorista en beneficio del principio de economía procesal. Pero con ocasión de la doctrina constitucional expuesta, y al socaire de ella, el TS llega aún más lejos, pues no sólo descarta la posibilidad de la nulidad de pleno derecho por la causa expresada sino que ni siquiera considera en muchos casos la anulabilidad del acto por igual falta de indefensión (STS de 14 de junio de 1989 –Arz. 5540¹⁹–). Por ello se hace imprescindible intentar deducir del estudio de la abundante jurisprudencia dictada por el TS qué entiende que es la indefensión y en qué supuestos considera producida la misma. Así, el TS en sentencia de 3 de mayo de 1980 (Arz. 2772) entendía por indefensión “la situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales para su defensa”, lo que se produce en las siguientes situaciones:

1) Cuando por consecuencia de la omisión de este trámite el titular de un derecho o interés se ha visto privado de la facultad de introducir en el expe-

¹⁸ Ya en la STS de 28 de enero de 1985 (Arz. 885) afirmaba que “el expediente administrativo debe ser tratado en su conjunto de actuaciones como una unidad procedimental, permisiva de las alegaciones de los interesados en cualquiera de sus fases precedentes a la resolución final, incluida la correspondiente a la interposición del recurso de reposición deducido contra la primera de las resoluciones dictadas, como efectivamente acaeció en el caso enjuiciado, razonamientos favorecedores de la desestimación de la causa de nulidad invocada habida cuenta, además, los criterios facilitados por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, recordados en la Sentencia de 21 de Enero de 1980 (RJ 1980\241), de aplicación cautelosa y moderada de la teoría de las nulidades”.

¹⁹ Por el contra, la STS de 3 de marzo de 1978 –Arz. 1025–.

diente los elementos fácticos, o lo que es lo mismo, de alegar hechos o aportar documentos que son la base y causa jurídica de las normas aplicables y que, por tanto, la Administración debería tener en cuenta antes de dictar la resolución definitiva (SSTS 5 de abril de 1990 –Arz. 2767–, 17 de septiembre de 1996 –Arz. 6770–, 4 de abril de 1997 –Arz. 2678–, 20 de marzo de 2001 –Arz. 2883–²⁰ y 18 de marzo de 2003 –Arz. 2863–). Ahora bien, aún así se requiere que se concrete la trascendencia de la omisión (STS 15 de julio de 2002 –Arz. 7656– y 18 de marzo de 2003 –Arz. 2863–) o que, al menos, quepa deducir racionalmente que, con base en ellos, la Administración hubiera alterado sustancialmente la resolución definitiva.

2) Cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa. A *sensu contrario*, no se entiende producida indefensión cuando el interesado ha impugnado el acto a través de los recursos, administrativos y judiciales, que procedieran (SSTS de 3 de mayo de 1980 –Arz. 2772), 4 de febrero de 1984 –Arz. 984–, 3 de julio de 1984 –Arz. 4658–, 11 de abril de 1997 –Arz. 2858–, 5 de mayo de 1997 –Arz. 4384–, 16 de mayo de 1997 –Arz. 4191–, 12 de diciembre de 1997 –Arz. 9049–, 25 de mayo de 1999 –Arz. 5620–, 12 de diciembre de 2000 –Arz. 2423–, 25 de junio de 2001 –Arz. 6178– y 16 de noviembre de 2001 –Arz. 9772–)

3) Complementariamente y *a sensu contrario*, tampoco ha de entenderse producida cuando la oposición del interesado se apoye única y exclusivamente en consideraciones de Derecho, pues es de suponer que éste ha de ser conocido por la Administración y por los Tribunales y que, en base a los elementos fácticos en causa, será aplicado por adecuadamente.

De no ser así, la calificación jurídica que procede por consecuencia de esta vulneración no es otra que la irregularidad no invalidante, con lo que el TS

²⁰ Resultan ilustrativos los términos con que se expresa esta STS en que considera que la omisión de esta infracción provoca indefensión del art. 24.1 CE utilizando para ello varios criterios al afirmar: “concorre infracción del art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo en su versión aplicable, coincidente después, en lo esencial, con el art. 84 de la Ley 30/1992, al ser patente que no consta que se diera audiencia al interesado, al menos en lo que resulta del expediente remitido, del expediente en que constaba el dictamen del Tribunal Médico Militar, contra el que dicho interesado hubiera podido efectuar las alegaciones que le hubieran interesado, lo que, concretamente aquí, no resulta ser una simple irregularidad formal no invalidante, toda vez que, de un lado, tal omisión de la audiencia sí repercutió en la defensa de los intereses y de los derechos de aquél, causándole, por tanto, un cierto grado de indefensión prohibida por el art. 24, 1 de la Constitución, y, de otra parte, aquella mencionada omisión sí consta ahora como posible determinante de un resultado distinto del que se contenía en la orden citada”.

ha volteado de forma radical su tradicional doctrina, si bien en cada caso con distinto fundamento, en una amplia línea jurisprudencial de la que caben resaltarse las Sentencias de 22 de marzo de 1999 (Arz. 3022), 5 de diciembre de 2000 (Arz. 10087)²¹ –con cita de la de 20 de mayo de 1999–, 21 de febrero de 2000 (Arz. 795), 17 de enero de 2001 (Arz. 2449)²², 18 de marzo de 2002 (Arz.1900)²³, 28 de junio de 2002 (Arz. 7636)²⁴ y 14 de octubre de 2002 (Arz. 7636), entre otras.

A estos efectos, el TS termina por acogerse a la doctrina por virtud de la cual los vicios de forma adquieren relevancia en la medida en que su exigencia suponga una disminución efectiva y real de garantías (STS de 7 de mayo de 2003 –Arz. 5131–), ya sea traducándose en una limitación de los medios de alegación, prueba o, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses.

Para dilucidar si ello ha sido realmente así, el TS utiliza los siguientes criterios:

1) En primer lugar, el influjo que haya podido tener en el acto resolutorio, es decir, si hubiese o no variado por la omisión de ese trámite, de tal forma que si en nada éste hubiese variado en su contenido, ha de decretarse el

²¹ El TS entiende en esta Sentencia que la falta de audiencia produce una mera irregularidad no invalidante tanto en los casos en que el interesado ha tenido oportunidad de conocer el alcance de la imputación que se le hacía, como en los de intrascendencia que para su defensa cupiese atribuir a la alegaciones que hubiese podido efectuar en el trámite de audiencia así como en aquéllos en que el particular ha podido utilizar los oportunos recursos administrativos y judiciales.

²² En esta Sentencia, el TS afirmaba que: “no se produjo tal indefensión, pues la empresa recurrió en vía administrativa y después en vía judicial, teniendo amplias oportunidades de defensa” por lo que la falta de audiencia provoca una simple irregularidad no invalidante o suficientemente convalidada por las actuaciones posteriores del interesado.

²³ Afirma textualmente el TS: “Si el no oído dispone de posibilidades de defensa de eficacia equivalente, la omisión de la audiencia será o deberá calificarse como una irregularidad no invalidante”.

²⁴ Considera aquí que la irregularidad es no invalidante puesto que la Administración “incumplió la literalidad del precepto, pero no su finalidad” que no es otra que el que “no se produzca indefensión del interesado, y que se tengan en cuenta sus razonamientos y pretensiones al dictar el acto que expresa la voluntad del órgano administrativo (lo que se produjo en este caso pues el Ayuntamiento) tomó en cuenta las alegaciones del interesado por lo que en ningún caso se produjo indefensión, a más de que tuvo oportunidad de hacer valer sus pretensiones en vía administrativa al interponer recurso de reposición.

mantenimiento del acto en aras del principio de economía procesal (STS de 28 de julio de 1986 –Arz. 6869–, de 15 de abril de 1987 (Arz. 4453), de 5 de abril y 10 de mayo de 1989 –Arzs. 2909 y 3863, respectivamente–, 27 de noviembre de 1990 –Arz. 9292–, 12 de junio de 1991 –Arz. 4966–, 10 de octubre de 2001 –Arz. 7852–, 18 de marzo, 15 de junio y 18 de diciembre de 2002 –1990, 7656 y 2003/1228, respectivamente–).

Dicho de manera inversa y tal y como se expresa la STS de 12 de noviembre de 1990 (Arz. 9169): deberá evitarse la declaración de nulidad cuando con ella no se consiga un efecto práctico por ser racionalmente de prever que retrotraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal se volvería a concluir con una resolución idéntica a la dictada²⁵.

2) Se entenderá subsanado el trámite si la instancia judicial cuenta con los mismos elementos de juicio y la misma capacidad de decisión que la Administración que dictó el acto (STS de 26 de octubre de 1992 –Arz. 8270). El TS se muestra especialmente cauteloso con esta consideración en la STS de 21 de julio de 1986 (Arz. 5532) que destaca por la rotundidad de su planteamiento y por su espíritu garantizador de los derechos del interesado por cuanto acaba considerando que la indefensión producida en el procedimiento administrativo tiene relevancia constitucional, encuadrable en el art. 24 CE –lo que, dicho sea de paso, no deja de sorprender, conociendo la consolidada doctrina del TC en este sentido–, dado que el TS entiende que en este caso la omisión del trámite de audiencia repercute y provoca la subsiguiente en el proceso, pues “la falta de audiencia al directo interesado en la base procedimental de aquellos actos afectantes a derechos subjetivos, produce la invalidez “ex tunc” de lo actuado, tanto como actuación administrativa determinante de la validez del proceso revisor y sólo subsanable en éste a virtud del emplazamiento individualizado”, por lo que el TS impone la máxima sanción al acto administrativo al ordenar restablecer “ab initio” la situación jurídica conculcada; adecuación que implica la retroacción invalidatoria de lo actuado en el expediente, a fin de darle audiencia al interesado, “lo que dado el carácter de orden público de las leyes de procedimiento debe acordarse de oficio por este Tribunal

²⁵ En igual sentido la STS de 30 de abril de 1985 (Arz. 2247) en que afirmaba que “el trámite de audiencia, sólo representará para ellos una mejor defensa, de ser aceptada su petición, y un posible éxito de sus demandas, en cuanto al fondo, si ello sirviera para reparar situaciones de indefensión, directamente vinculadas a la omisión de dicho trámite, pues, de lo contrario, esto es, cuando a pesar de ello, el resultado final no ha de variar, la estimación de la nulidad sólo implicaría una retroacción del procedimiento, una pérdida de tiempo y un gasto de dinero y esfuerzos, en su mayor parte a costa del propio recurrente, principal perjudicado en estos casos”.

“ad quem”, “sin necesidad en el caso de acudir a la consulta a las partes, máxime cuando, (...) el artículo 53.1 de la Constitución vincula a todos los poderes públicos a sostener y garantizar el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales, entre los cuales destaca, a los efectos aquí tratados, el reconocido en el citado artículo 24.1 que prohíbe *en todo caso* la indefensión”.

3) En último lugar, sólo procederá la anulación si la omisión del trámite ha imposibilitado, o al menos, mermando al interesado ejercer los medios legales para su defensa (STS de 17 de julio de 1992 –Arz. 6472), lo que se produce:

a) cuando éste carece de los elementos de juicio necesarios para atacar la voluntad administrativa al no haber tenido acceso al expediente (SSTS de 15 de diciembre de 1989 –Arz. 9207–, de 18 de febrero de 1992 –Arz. 2496–, de 28 de febrero de 2000 –Arz. 2162),

b) cuando no se le ha dado oportunidad para que el interesado aporte al expediente su versión de los hechos, que como un elemento de juicio más resulta indispensable para que el órgano competente resuelva conociendo de los datos o argumentos que el interesado pueda legalmente aportar (STS de 30 de noviembre de 1993 –Arz.1230–).

c) cuando el interesado no pueda hacer valer sus derechos o realizar sus alegaciones (SSTS de 7 de octubre de 1987 –Arz. 1987– y de 20 de abril de 1993 –Arz. 2834–).

d) cuando la actuación administrativa impida o provoque la falta de acceso a la jurisdicción correspondiente (STS de 31 de diciembre de 1986 –Arz. 8125–, de 21 de noviembre de 1997 –Arz. 8665–).

Para completar estos criterios restrictivos para considerar producida la indefensión y, por ende, las posibilidades anulatorias del acto, la STS de 22 de octubre de 2002 (Arz. 9304) afirma que en ningún caso puede invocarla quién con su actitud pasiva, negligente o maliciosa coadyuvó a su producción²⁶.

²⁶ En el ámbito procesal, el TC ha tenido oportunidad de afirmar lo mismo en abundante Jurisprudencia, de la que cabe destacar las SSTC 48/1984, de 4 de abril; 68/1986, de 27 de mayo; 58/1988, de 6 de abril; 112/1987, de 2 de julio; 251/1987, de 2 de octubre; 166/1989, de 16 de octubre; 50/1991, de 11 de marzo; 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 217/1993, de 30 de junio; 334/1993, de 15 de noviembre; 18/1996, de 12 de febrero; 78/1999, de 26 de abril; 73/2003, de 23 de abril; 91/2000, de 30 de marzo; 23/2003, de 10 de febrero y 73/2003, de 23 de abril.

Toda esta amplia doctrina jurisprudencial puede encontrarse sistematizada en la STS de 11 de julio de 2003 (BDB 9748/03)²⁷ en la que el TS va descartando las posibilidades anulatorias del acto administrativo en los casos de omisión del trámite de audiencia, haciéndose ciertamente de difícil e inusual encaje esta infracción procedimental no sólo en los supuestos de nulidad de pleno derecho sino también de anulabilidad. Así, en el Segundo Fundamento Jurídico puede leerse: “Ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la L. 30/92 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 (...); fuera de este ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso *la misma indefensión*, si se produce, podrán originar las consecuencia que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional. 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 (STS de 13 de octubre de 2000) que puede subsistir aún 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 art. 62” (cursiva no en el original).

En mi opinión, no cabe sostener simultáneamente dos afirmaciones tan contrarias sin forzar en exceso los términos que se utilizan: mientras que, de una parte, se está afirmando la esencialidad del trámite de audiencia y lo decisivo de su práctica, de otra, se afirma la subsistencia del procedimiento y la resistencia del acto resultante.

Pero no conformándose el TS con negarle virtualidad invalidante por causa de nulidad de pleno derecho, continúa negándole esta posibilidad por la vía de la anulabilidad: “Si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho

²⁷ Base de Datos Bosch-0n-line.

pueda considerar pertinentes para ello. 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”, y cita en su apoyo las SSTS de 26 de enero de 1979 (Arz. 232), 18 de noviembre de 1980 (Arz. 4546), 30 de noviembre de 1995 (Arz. 8582) y 30 de mayo de 2003 (Arz. 5013).

Dicho de forma más resumida: no se produce indefensión y, por tanto, no ha lugar a declarar la nulidad del acto cuando el interesado cuenta con medios de defensa. O sea, siempre. Esta afirmación acaba invitando a llegar de inmediato a la conclusión de que cualquier posibilidad de recurso subsana de forma automática la falta de audiencia en el procedimiento. Pero el TS se apresura a negar esta conclusión argumentando para ello “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 aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de la nulidad en los términos del art. 63.2”.

La perplejidad que produce la sentencia es mayúscula dada la falta de seguridad jurídica que produce la utilización de tales criterios de imposible objetivación, pues todo va a depender del criterio subjetivo del operador jurídico –de todos y cada uno de ellos–²⁸.

Sin embargo, especialmente cautelosos en la aplicación de este criterio restrictivo se muestran tanto el TS²⁹ como el TC cuando se trata del procedi-

²⁸ Prueba de ello es el hecho de frente a esta doctrina, la STS de 6 de octubre de 1993 (Arz. 7444) afirmaba que los recursos administrativos “constituyen una dimensión claramente distinta de la del esencial trámite de audiencia (...) (cuya omisión fue relevante con real y efectiva privación de garantías no subsanadas en la vía de los recursos administrativos”.

²⁹ STS de 14 mayo 1991 (Arz. 4146) afirmaba con rotundidad que “la audiencia del sancionado es un trámite esencial, como lo es el de todo sancionado en el expediente sancionador, cuya omisión es causa de nulidad radical, y así debe declararse”. En el mismo sentido, la SSTS de 19 de diciembre de 1991 (Arz. 355), 16 de junio de 1993 (Arz. 4347). Cuando la sanción consiste en clausura de local o similar, el efecto de la omisión del trámite de audiencia es igualmente la anulación del acto. Así, las SSTS de 4 de octubre de 1986 (Arz. 7402), 28 de septiembre de 1987 (Arz.8262), 28 de noviembre de 1988 (Arz. 9222), 17 de julio de 1989 (Arz. 5830).

miento sancionador, en cuyo caso se entiende la falta de audiencia provoca indefensión y que ésta tiene alcance constitucional (SSTC 18/1981, de 8 de junio y 42/1989, de 16 de febrero), lo que, como acertadamente afirma GAME-RO CASADO³⁰ no deja de ser paradójico puesto que “de esta forma un sujeto infractor disfruta de una posición procedimental más favorable que otro sujeto al que le afectará un futuro *acto restrictivo de sus derecho pero de naturaleza distinta a la sancionadora*: en el primer caso, y a pesar de que el particular contravino el ordenamiento jurídico, se ve amparado durante la tramitación del procedimiento por un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; el segundo, que no ha infringido norma alguna, pero que puede, por ejemplo, ser expropiado, no goza de esa misma tutela”.³¹

Así pues, sea como fuere, con mayor o menor acierto, la verdad es que salvo en caso de tratarse de un procedimiento sancionador en que casi se parte de la presunción de invalidez de la resolución dictada con omisión del trámite de audiencia, en el resto de los procedimientos la consideración de esencial del mismo no provoca de inmediato la nulidad de la resolución, lo que indudablemente hace correr el riesgo de reducir a la nada la secular imperatividad de su cumplimiento. Pero ante esta situación no cabe otra cosa que instar que la normativa adecue lo que establece con lo que termina aplicándose por la jurisprudencia, más que nada si se quiere dotar de seguridad jurídica al sistema y hacer más previsible el resultado del enjuiciamiento de la resolución administrativa que se somete a consideración de los Tribunales.

IV. ALGUNAS SENTENCIAS ESPERANZADORAS

Ahora bien, frente a la anterior doctrina del TS su sentencia de 22 de febrero de 1990 (Arz. 774)³² constituyó un hito importante en cuanto que se

³⁰ Gamero Casado, *Omisión del trámite...*, op. cit., pg. 227.

³¹ De todos modos, el TS no se muestra especialmente restrictivo ni formalista para dar por cumplido el trámite de audiencia, tal y como se pone de manifiesto en la STS de 4 marzo 1997 (Arz. 1860) cuando en ella se afirma que “el derecho de audiencia se cumple en el procedimiento sancionador al contestar el pliego de cargos [artículos 51.1, b) de la Ley 8/1988 y 136.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a la sazón vigente], sin que sea necesario dar nueva audiencia cuando de las diligencias practicadas no se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el Acta de la Inspección”

³² Comentada por BELADIEZ ROJO, Margarita, “Validez y eficacia de los actos administrativos”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 150 a 155.

aparta de esta restrictiva Jurisprudencia que tanto insiste en equiparar el derecho de defensa con el de tutela judicial efectiva. Esta sentencia anulaba la dictada en primer grado jurisdiccional justamente por aplicar al caso concreto esa amplia jurisprudencia por la que se considera que no se produce indefensión cuando el interesado ha podido formular cuantas alegaciones considerara oportunas a través de las sucesivas impugnaciones. Merece la pena reproducir aquí los términos textuales de la sentencia, lamentablemente no seguida por otras muchas del TS como hubiera siendo deseable, aunque sí por alguna de Tribunales Superiores de Justicia:

“Entre el procedimiento administrativo y el procedimiento 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 les 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 de un 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 producida frente a la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y aquélla. (...) 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 de procedimiento administrativo, lo que es absurdo.* El criterio subsanatorio de la sentencia recurrida resulta así inaceptable”. (La cursiva no en el original).

Esta misma doctrina fue la seguida por la STS de 22 de abril de 1992 (Arz. 4207) en la que se afirmaba que la indefensión se produce en el momento en que no se contó con el interesado ni al dictarse propuesta de resolución ni la resolución misma, con lo que quedó indefenso en vía administrativa; “indefensión que no desaparece por el hecho de, siguiendo la pauta dada por el acto impugnado, acudiera directamente a la vía jurisdiccional”. En definitiva, nuevamente en esta ocasión, el TS niega virtualidad subsanadora a la impugnación ulterior del acto dictado con omisión de este trámite.

Contribuyen a esta doctrina determinadas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que en ocasiones se muestran más proclives a la doctrina formalista, por cuya aplicación procede anular el acto cuando durante la sustanciación del procedimiento seguido para dictarlo se ha omitido el trámite de audiencia al interesado, y, en consecuencia, se ordena la retroacción de las actuaciones al momento de comisión de la infracción y la subsanación de la falta, a fin de que se culmine el procedimiento en legal forma. Sirva de muestra, por ejemplo, la STSJ de Valencia de 12 de junio de 2001 (Arz. 1521)³³ en la que puede leerse que “no cabe minimizar la indefensión sufrida por el hecho de que el interesado hubiera interpuesto recurso jurisdiccional por la vía ordinaria, toda vez que el ejercicio de las acciones judiciales no puede restar trascendencia a la indefensión sufrida en vía administrativa”³⁴. En consecuencia, decide anular el acto al entender que se produjo indefensión por esta causa. Por su parte, la sentencia del TSJ de Málaga de 29 de febrero de 2000 (Arz. 768) es tajante al respecto, al entender que cuando la Administración resuelve una controversia sin atender a los motivos objetivos que la rodean el acto no se ha dictado respetando todas las garantías del ciudadano, por lo que procede su anulación: “la omisión del trámite de audiencia, común a todos los procedimientos (...) debe provocar la nulidad radical de la resolución no sólo por vulnerar el derecho de contradicción procedimental sino porque la resolución así dictada no redundaría en beneficio de la propia Administración Pública, tal y como la contempla el art. 103 CE y el art. 3.1 de la Ley 30/92”.

En definitiva, para toda esta Jurisprudencia, ciertamente escasa, la indefensión es una situación susceptible y merecedora de ser apreciada en cada instancia de una forma individual y separada, pues de lo contrario, se estaría admitiendo sin reparos que el particular pueda verse afectado en sus derechos e intereses legítimos sin habersele concedido en plenitud todos los medios de defensa a que tenía derecho, sin más consuelo que la posibilidad de poder utilizarlos en posteriores instancias. Esta reflexión exige remitir a la advertencia

³³ Con cita de las SSTC 115/1988, 112/1989, 62/1998, 155/1998 y 14/1999.

³⁴ En esta sentencia, el criterio de razonabilidad que utiliza el Tribunal no juega a favor de la Administración y del contenido, si hubiera variado o no, del acto administrativo, sino a favor del interesado, quién hubiera alegado de forma diferente de haber tenido oportunidad de conocer el expediente completo: “Ciertamente tuvo ocasiones para alegar ante la Administración frente a la acusación por la que finalmente resultó sancionado. Sin embargo, debió tener una más (...) pues no cabe desconocer que las alegaciones efectuadas ante la propuesta, debiendo estar directamente condicionadas por la levedad de la calificación y de la sanción que la misma proponía, siendo lógico y razonable pensar que hubieran sido de muy distinta naturaleza en el caso de conocer la calificación y sanción finalmente adoptadas”.

que tan sabiamente hace NIETO³⁵ contra la hipocresía de creer que la salvaguardia ejercida por los jueces constituye la más fuerte garantía de “pureza jurídica” de que debe estar adornado el Estado social y democrático de Derecho, pues, aparte de razones puramente matemáticas –no todos los conflictos llegan a los Tribunales– y jurídicas –no todas las materias tienen acceso– existe siempre la posibilidad de “fraude del principio constitucional”, dada la escasa homogeneidad y normal ambigüedad con que se producen esos principios en una sociedad plural y moderna.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de haber analizado la tan abundante jurisprudencia dictada por los Tribunales Supremo y Constitucional en la que se valoran las consecuencias invalidatorias de la omisión de la audiencia, no hay más remedio que concluir que en su mayor parte, para esta jurisprudencia que tiende cada vez más a consolidarse, este vicio, por más que continúe afirmándose el carácter esencial del trámite, se halla carente de virtud en sí mismo, que sus posibilidades anulatorias son tan escasas cuanto más irrelevante haya sido en orden al enjuiciamiento sobre el fondo, y, en definitiva, que la ausencia, omisión o desconocimiento del mismo sólo adquiere relevancia en función de su utilidad. Y es precisamente la valoración de la utilidad del trámite, esta relevancia de la forma respecto del fondo, el criterio que está más sometido al albur de la discrecionalidad, primero de la Administración, y después, de los Tribunales, la misma que permite dimensionar y graduar, caso por caso, las consecuencias del vicio cometido. Todo ello con el agravante de que, al tratarse de una jurisprudencia casuística, que está en función de las circunstancias de cada caso (STS de 26 de marzo de 1981 –Arz. 1360–), y que depende de los criterios eventualmente dispares de cada operador jurídico, en la que todo es cuestión de ponderación y de grado, es necesariamente una jurisprudencia de resultados difícilmente previsibles para el ciudadano dada la diversidad de posibilidades interpretativas de los conceptos jurídicos que maneja.

Por ello y porque produce cierta intranquilidad nerviosa el desconocimiento de adónde puede llegar la flexibilidad del criterio formalista de que hace gala la jurisprudencia expuesta, y porque quizá sean mayores los inconvenientes que las ventajas de este progresivo apartamiento del procedimiento, es por lo que, desde estas páginas, se pretende modestamente contribuir a la

³⁵ NIETO GARCÍA, A. *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, RAP, núms. 100–102, vol I., en especial, páginas 387 y sigs.

reivindicación del valor de la forma como presupuesto previo a la consecución de una Administración pública más transparente en su actuar y más respetuosa en la aplicación de las reglas jurídicas que regulan tanto del fondo como de la forma y, por consecuencia, con los derechos de los particulares. Y es que, para quién esto escribe, no deja de ser preocupante la continua permisibilidad que se le está otorgando a la Administración en la comisión de determinados vicios de procedimiento tan importantes como lo son los trámites mismos que se omiten, lo que no deja de constituir un cierto retroceso respecto de aquella otra línea jurisprudencial que vino a reconocer sin matices³⁶ que la Administración carece de la facultad para prescindir a su arbitrio de trámites legales, sobre todo, de uno como el de audiencia que permite al interesado, dada su primigenia finalidad, una defensa más eficaz y completa de sus derechos e intereses.

Y junto a ello, una reflexión adicional que viene a complementar la eficacia defensiva propia de este trámite como es la necesidad de que para que la audiencia al interesado tenga realmente sentido, es necesario que se efectúe, no como un simple rito que basta con cumplir formalmente aunque sea frente a una Administración de “oídos sordos”³⁷, no como un simple “adorno” del procedimiento, sino frente a una Administración interesada en conocer en toda su amplitud la versión fáctica y jurídica de quién puede verse afectado en sus derechos por la decisión administrativa que no siempre tiene que ser de contenido sancionador para que tenga carácter intervencionista, y que no sólo está dispuesta a “escuchar” sino también a acomodar sus decisiones a las alegaciones que se le formulen si éstas no están exentas de razón. Sólo así se estará en condiciones de alcanzar ese tan proclamado ideal de Administración de calidad, transparente y servicial, que no requiere la renuncia de derechos ni el menoscabo de la legalidad para lograr que su actuación sea eficaz, que promueve la participación ciudadana, que actúa con deferencia con los ciudadanos y que se muestra respetuosa con los derechos de los interesados con quienes conforma sus relaciones jurídicas en la amplia actividad que desarrolla.

³⁶ STS de 9 de junio de 1975, citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley...”, op. cit., pág. 673.

³⁷ En expresión de González-Varas Ibáñez, S. *La participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo*, en el libro colectivo “Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués.” Dirigido por Diogo Freitas do Amaral y Laureano López Rodó. Santiago de Compostela, 1994, pgs. 247 y 248. Como bien afirma, “el sentido del trámite de alegaciones y del de información pública está en que las alegaciones realizadas puedan servir de algo, puedan servir para lograr que la Administración se ajuste a ellas si son razonables. De lo contrario, a ningún ciudadano le interesaría especialmente alegar algo, si, pese a ser oído, no se van a atender sus ruegos razonables (...) En este sentido, la Administración ha de razonar su decisión en relación con las alegaciones presentadas en el acto de información pública”.