

LOS VICIOS DE ORDEN PUBLICO Y LA TEORIA DE LAS NULIDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR

TOMÁS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN GENERAL: a) *La nulidad absoluta: caracteres y consecuencias.* b) *La llamada anulabilidad de los actos jurídicos: caracteres y efectos.*—III. LA TEORÍA DE LAS NULIDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Aplicación del esquema dogmático general.* 2. *El principio de la presunción de validez de los actos administrativos: "favor acti".* 3. *Invalidez y ejecutividad de los actos administrativos.*—IV. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LOS VICIOS DE FORMA Y DE PROCEDIMIENTO: 1. *Introducción.* 2. *El planteamiento dogmático.* 3. *El punto de vista funcional: la reducibilidad progresiva del vicio de forma en vía de recurso:* a) *Vicio de forma y recurso administrativo.* b) *Vicio de forma y recurso contencioso.* 4. *El tratamiento jurisprudencial de los vicios de forma.* 5. *El problema de la declaración de nulidad de actuaciones:* a) *Vicio de forma y decisión de fondo: El principio de economía procesal.* b) *Vicio de forma y nulidad parcial.* c) *Vicio de forma, nulidad de actuaciones y retroacción del expediente en la vía jurisdiccional.* d) *La declaración de nulidad de actuaciones es una condena en perjuicio del recurrente.*—V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL VICIO DE FORMA EN LAS MATERIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS EXCLUIDAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. *Cláusula general y Estado de Derecho.* 2. *Cláusula general y materias excluidas.* 3. *Materias excluidas y vicios de forma: El procedimiento administrativo como única garantía. La competencia jurisdiccional y sus límites.* 4. *Materias excluidas y vicios de forma: Las peculiaridades del tratamiento de los defectos formales en estos casos.*—VI. LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CUESTIONES SEPARABLES EN LAS MATERIAS AJENAS A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

I

INTRODUCCIÓN.

Prescindiendo por el momento de otros matices, la indagación histórica anterior ha puesto de relieve una serie de datos que constituyen otros tantos elementos de la investigación acerca del sentido y funcionalidad actual de la noción de orden público en el proceso contencioso-administrativo.

Una primera cuestión a resaltar es la de la existencia misma de la noción de orden público, según la cual determinadas cuestiones tienen, en opinión del juzgador, una gravedad y un relieve especiales que justifican la intervención del Juez, incluso de oficio o por propia iniciativa —excepcionando así el principio de la justicia rogada—, y su valoración y solución preferentes —excepcionando también el orden normal de los pronunciamientos de la sentencia—. La existencia y aplicación de esta noción es una constante a lo largo de toda la evolución del contencioso-administrativo.

Es, igualmente, una constante de la evolución el carácter instrumental con que la noción aludida se aplica, como instrumento de ampliación de la garantía jurisdiccional y de reducción de la esfera exenta, como puente de unión entre la forma y el fondo y medio de solución de las tensiones que entre ambos se producen. Mediante la noción de orden público el Juez del contencioso ha venido intentando flexibilizar la mecánica jurisdiccional en cada momento vigente con la idea directriz de acceder a la solución justa del problema sometido a su consideración. A esta idea general responde desde el inicio de la evolución la idea de orden público y de esta idea general es simple concreción la utilización de la misma como instrumento de lucha frente al poder discrecional cuya amplitud, sin embargo, ha hecho posible pensar que la lucha contra la discrecionalidad era la única misión de aquella idea. A la hora de hacer un balance y de obtener una referencia válida es más correcto, sin embargo, y más exacto también, generalizar la funcionalidad de la noción de orden público en los términos antes expuestos, es decir, en el sentido de instrumento de flexibilización de la mecánica jurisdiccional para acceder a la solución justa, superando los obstáculos que aquella mecánica, entendida rígidamente, venía a plantear.

Sobre esta base puede ya intentarse una primera definición de las cuestiones de orden público: aquellas que por su especial relieve y gravedad justifican la iniciativa del Juez y su valoración preferente y excluyente del examen de las demás cuestiones planteadas.

Ahora bien, para que esta definición no se reduzca a una simple tautología es preciso determinar qué tipo de cuestiones pueden llegar a tener este especial relieve. En este sentido la indagación histórica anterior no ofrece demasiadas posibilidades. En efecto, dicha indagación nos dice que la competencia y el procedimiento son cuestiones de orden público, pero nos dice también que el carácter instrumental de la no-

ción de orden público y las especiales circunstancias de la evolución de nuestro contencioso-administrativo han forzado excesivamente los conceptos, han empujado al Juez hacia una generalización excesiva, haciendo de una y otro, y especialmente del procedimiento y de las formas en general, un instrumento de lucha, precisamente el único a causa de las peculiaridades de la evolución, contra la actividad discrecional de la Administración. Ello obliga a proceder con cautela, puesto que si puede admitirse el carácter instrumental de la noción de orden público sin demasiada dificultad, en cuanto instrumento flexibilizador de la mecánica jurisdiccional llamado a facilitar el acceso a la solución justa, no puede hacerse otro tanto con las concreciones, históricas y contingentes de dicha idea, olvidando la existencia de un nuevo ordenamiento cuyo esquema es radicalmente diferente y no exige ni justifica ya distorsiones conceptuales para enfrentarse con la discrecionalidad y valorarla adecuadamente, puesto que, según proclama el preámbulo de la Ley jurisdiccional vigente, «la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos del acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto», sino que «surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público», y «justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho —sin incurrir en ninguna infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder— el acto impugnado es legítimo».

Esto supuesto, es evidente que debe rechazarse de entrada la generalización que el análisis histórico anterior aporta, especialmente en lo que al procedimiento se refiere, puesto que ninguna norma legal le otorga expresa ni tácitamente tan acusado relieve. El procedimiento es un conjunto o una cadena de actos, cuya valoración ha de hacerse desde la teoría de los actos administrativos. Por otra parte, la atribución del carácter de orden público a las normas procedimentales en cuanto normas de Derecho público, tampoco es una justificación seria, y ello porque no sólo las normas que regulan el procedimiento son de Derecho público, sino que lo son también, obviamente, todas las que integran el Ordenamiento administrativo. La contraposición entre Derecho público y Derecho pri-

vado, sobre ser en sí misma peligrosa (1), no puede utilizarse aquí, puesto que sencillamente no se plantea desde el momento en que el tema no sale de la órbita propia del Derecho administrativo, es decir, del Derecho público.

La respuesta a la pregunta planteada debe buscarse, pues, en la teoría de los actos administrativos, puesto que de actos administrativos se trata, y, concretamente, en la teoría de las nulidades de los actos de esta clase, puesto que la declaración de nulidad de los mismos es lo que se pretende a través del proceso y lo que resulta inmediatamente de la noción de orden público.

Esto sentado, resta precisar que el método a seguir no puede ser otro que el del análisis de la normativa vigente.

Esta constituye necesariamente el punto de partida, mucho más cuando, como en este caso, se trata de contrastar la corrección actual de una doctrina surgida y desarrollada dentro de un marco legal absolutamente diferente.

La precisión que acaba de hacerse, con ser obvia, resulta necesaria, porque, aunque parezca sorprendente, el método que generalmente suele utilizarse es otro, consistente en subrayar la naturaleza especial de las normas relativas al procedimiento, consideradas, equivocadamente, como normas procesales, que no lo son, dar por sentado que el carácter imperativo de las mismas, en cuanto normas de Derecho público, lleva consigo la calificación como de orden público con las consecuencias que de dicha calificación derivan, para terminar diciendo que este riguroso principio debe atemperarse atendiendo a la gravedad de la infracción y al principio de economía procesal (2).

Sobre la invalidez de un método tal no es necesario extenderse demasiado aquí. Basta pensar que las normas que regulan el procedimiento administrativo son tan públicas y tan imperativas como todas las que integran el Derecho administrativo, y esto supuesto es evidente que la preferencia o prioridad de rango inherente a la noción de orden público no puede justificarse de esta manera.

(1) Sobre el valor de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, véase por todos CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, tomo I, págs. 53 y sigs.

(2) En este sentido, absolutamente común por lo demás, GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 73 y sigs.

II

LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN GENERAL.

Es una advertencia elemental que la dogmática jurídico-administrativa no se ha construido apriorísticamente, sino como resultado de la labor del Juez, concretamente del Consejo de Estado francés. Sólo mediante una reflexión sobre los resultados de la tarea jurisprudencial, ha sido posible elaborar el cuadro dogmático de la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo.

Este origen supone, por otra parte, que la teoría de las nulidades de los actos administrativos sea tributaria de la dogmática iusprivatista, que era el modelo con el que inicialmente contaba el Juez del contencioso al comenzar su tarea, como igualmente tributaria del proceso común es o fue la configuración del proceso contencioso y aun del propio procedimiento administrativo. El examen de la realidad actual es en este último aspecto bien significativo, en cuanto que refleja las huellas de aquella relación inicial. El tema de las nulidades de actuaciones, al que ya se hizo más atrás una somera referencia, es, realmente, como más adelante se verá, un tema testigo en este punto.

Con independencia de todo ello es lo cierto que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es hoy patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de Teoría general del Derecho, bien que esta teoría general se haya construido y se siga construyendo sobre las técnicas y conceptos del Derecho común.

Por todo ello, antes de entrar en el análisis de la invalidez de los actos administrativos, es imprescindible referirse en términos de teoría general al problema de la invalidez de los actos jurídicos en sentido amplio.

Una advertencia parece obligada antes de esto, sin embargo. Los conceptos propios de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos en general y de los actos administrativos en particular son conceptos muy conocidos. Referirse a ellos es arriesgado por esta razón y entraña el peligro de caer en la vulgaridad. Sin embargo, en este caso resulta absolutamente necesario afrontar este riesgo y abordar aquel análisis, puesto que sólo a través de él puede llegarse a precisar la noción de orden público y a determinar su encaje institucional.

Pues bien, precisado esto, interesa aquí referirse a los tipos de invalidez o de ineficacia de los actos jurídicos y a las características y con-

secuencias de cada uno de ellos, al menos en lo que se refiere a los dos tipos o categorías fundamentales que constituyen el eje básico de la cuestión: la nulidad absoluta y la anulabilidad.

a) *La nulidad absoluta: caracteres y consecuencias.*

Se dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta, cuando su ineficacia es intrínseca, y por ello carece de efectos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de efectos característicos que, según DE CASTRO, a quien se sigue en este punto, son de tres órdenes: ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto; efecto general o *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción (3).

El efecto inmediato de la nulidad supone que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del Juez, a quien en todo caso puede pedirse una declaración de la nulidad en el caso de que sea necesario para destruir una apariencia de validez o para vencer la resistencia de un tercero.

La eficacia inmediata de la nulidad tiene un modo de manifestarse más llamativo, como dice DE CASTRO: la posibilidad que los Tribunales de Justicia tienen de apreciar de oficio la existencia de la nulidad, aunque ésta no haya sido invocada ni alegada por ninguna de las partes. Pasando por encima del requisito de congruencia y del principio dispositivo que informa el proceso civil, el Juez que advierte la nulidad la declara por sí mismo sin necesidad de que las partes se lo pidan, y ello como medio para llegar a la solución justa, porque «sería inadmisibles que el Juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, el cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño».

Esta posibilidad de declarar de oficio la nulidad radical está consagrada por la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, si bien precisando —sentencia de 28 de marzo de 1963— que «es obvio que esta doctrina se establece para aquellos casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber del juzgador se resiste, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso (4).

(3) *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 474 y sigs.

(4) *Idem.*, pág. 476.

No paran aquí, sin embargo, los efectos propios de la nulidad absoluta, cuya denominación se mantiene, como indica DE CASTRO, por su efecto general o *erga omnes*, susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra y a favor de cualquiera. En consecuencia, y esto es también muy importante a nuestros efectos, la acción de nulidad puede ejercitarse por cualquiera que tenga un interés legítimo en ello. Cualquiera puede instar la nulidad y, aun sin instarla, el Juez puede y debe apreciarla *ex officio* por su propia iniciativa, y ello en cualquier momento, porque, dada su naturaleza, no se extingue por caducidad ni por prescripción (*quod ab initium vitiosum est tractu tempore convallescere non potest*).

La nulidad absoluta, en fin, no puede sanarse por confirmación, puesto que no está en el comercio de los hombres, ni en la esfera de la autonomía de la voluntad. El mismo principio de los propios actos se detiene ante ella.

La trascendencia general de la nulidad absoluta supone, por último, la nulidad de los actos posteriores que tengan como fundamento el primer acto nulo (*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*), sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto.

Estas rígidas consecuencias de la nulidad radical, nulidad absoluta por razones de interés o de orden público, sólo ceden en supuestos excepcionales que siempre deben tenerse en cuenta en el mundo del Derecho, en cuanto que éste es ciencia y arte de equilibrio social. La limitación ya enunciada respecto al tercero de buena fe, la posibilidad de conversión del acto nulo en otro distinto, válido por vía de interpretación, la «reducibilidad» del acto o negocio nulo (*utile per inutile non vitiatur*) y la nulidad parcial para evitar el fraude a la Ley, son ejemplos de una corrección esencialmente instrumental y finalista, cuya falta reduciría el arte de lo justo a una rígida mecánica aplicativa de normas y esquemas abstractos e irreales.

b) *La llamada anulabilidad de los actos jurídicos: caracteres y efectos.*

Si la nulidad absoluta pone en juego, por su propia naturaleza, una serie de medios excepcionales llamados a asegurar la ineficacia total del acto viciado *erga omnes*, la nulidad relativa limita sus efectos circunscribiéndolos a la persona del afectado que, a su arbitrio, según la valoración que él mismo haga de la trascendencia del acto viciado, puede o no con-

vertir en actual la nulidad potencial del acto, solicitando en este sentido una declaración del órgano jurisdiccional.

La cuestión no se desenvuelve, pues, en el terreno de la aplicación rígida de los dogmas, sino en un campo delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado por el acto viciado, a quien el Derecho ofrece protección estableciendo la sanción de nulidad, y la seguridad jurídica.

De acuerdo con estos presupuestos el o los afectados por un acto anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo limitado, transcurrido el cual, si la reacción no se produce, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El inejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto convalidatorio.

Estas son, sumariamente expuestas, las líneas generales que definen en términos de teoría general los dos tipos o categorías fundamentales de invalidez de los actos jurídicos. Sobre ellos se articulan, naturalmente, las teorías de las nulidades en cada rama jurídica, y sobre ellos se construye también la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo con las matizaciones y correcciones inherentes a sus propios principios.

Pues bien, antes de entrar en el examen de las singularidades propias de la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo es obligado subrayar la utilidad que el recordatorio de estos esquemas conceptuales generales ha podido reportar en relación a nuestro tema. Si se trata aquí de averiguar a qué responde la noción de orden público y a través de ella de situar dentro de sus propios límites la doctrina jurisprudencial antes comentada, el recordatorio que antecede no ha podido ser más útil, en cuanto que ha puesto de relieve la procedencia de dicha noción, consustancial a la categoría máxima de invalidez: la nulidad absoluta de los actos jurídicos. La propia naturaleza de ésta descubre, *con toda naturalidad*, sin ninguna violencia, todos y cada uno de sus efectos: trascendencia *erga omnes*; posibilidad de ser denunciada por cualquier interesado en su declaración; en cualquier tiempo, esto es, sin sujeción a plazo de prescripción alguno y posibilidad incluso de ser apreciada por el Juez por su propia iniciativa, *ex officio*, sin necesidad de excitación de parte, pasando sobre el principio dispositivo y las exigencias de la regla de congruencia.

El recordatorio anterior ha permitido subrayar, en fin, que si la nulidad relativa entra dentro de la libre disposición de los particulares, pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad, y es por ello disponible por aquel a quien afecta; la nulidad absoluta, por el contrario, es indis-

ponible por su propia naturaleza, está fuera del campo de la autonomía de la voluntad, trasciende del puro interés particular, lo es *erga omnes*, y por ello de interés, carácter u *orden público*, porque el Derecho pretende asegurarse, en todo caso, frente a los supuestos máximos de injusticia y no puede tolerarlos en ningún caso, so pretexto de pasividad, complacencia o torpeza de los inmediatamente afectados por ella.

No se trata, pues, de que una clase de normas —las procesales y procedimentales— tengan superior calidad o calidad especial, de forma que su infracción tenga superior relevancia, sino de que el Derecho se reserva máximas sanciones para las infracciones más graves que implican la total carencia de efectos de los actos y lleva esta ineficacia intrínseca absoluta a sus últimas consecuencias.

III

LA TEORÍA DE LAS NULDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. *Aplicación del esquema dogmático general.*

El esquema de conceptos generales que acaba de exponerse es, desde luego, aplicable, en cuanto esquema de teoría general del Derecho, al Derecho administrativo. Las dos grandes categorías de invalidez integrantes de dicho esquema tienen en el campo de nuestra disciplina los mismos caracteres y las mismas consecuencias. No obstante, la singularidad del Derecho administrativo se proyecta aquí como en las demás categorías o instituciones, aportando matices propios que deben ser subrayados en primer término.

En este sentido la primera diferencia a resaltar es la del respectivo ámbito reservado a las dos categorías de invalidez: nulidad absoluta y anulabilidad. En el Derecho común la regla general delimitativa de ambos campos parte del principio establecido en el artículo 4.º del Código civil, según el cual son nulos los actos contrarios a la Ley. La sanción general aplicable al acto contrario a la Ley es, pues, la de nulidad absoluta, y a partir de esta base el legislador depura caso por caso los supuestos de invalidez, estableciendo expresamente sanciones más débiles en supuestos concretos, atendidas las circunstancias de los mismos. En el Derecho administrativo, por el contrario, las exigencias del actuar administrativo orientado, por principio, hacia la consecución de un resultado conforme al interés público, impone la regla contraria,

esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas a partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante, pero de signo contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura del interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta, que de este modo queda convertida en algo excepcional (5).

Esta inversión del principio orientador de la dogmática administrativa afecta a los actos administrativos, pero no a las disposiciones de carácter general, a las normas jurídicas, respecto de las cuales el legislador, en atención al efecto multiplicador de su efecto dañoso, mantiene el principio general de nulidad (arts. 41-II de la Ley Orgánica del Estado, 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 47-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Una segunda fuente de diferencias resulta de otro principio básico del Ordenamiento administrativo, complemento del anterior, y resultado, como aquél, de las exigencias propias del actuar de la Administración, en cuanto ente servicial de la comunidad, y del privilegio de autotutela: la ejecutividad y eficacia inmediata de los actos administrativos.

La virtualidad de este principio no afecta como el de presunción de validez a una distinta delimitación de los ámbitos respectivos de la nulidad y anulabilidad, sino que proyecta su influencia directamente sobre los efectos de una y otra en un doble sentido: agravando las cargas de los administrados por el acto inválido y dificultando la aplicación del juego de consecuencias inherentes a la categoría máxima de invalidez, a cuyo esquema dogmático se superpone sin sustituirlo.

Ambos aspectos requieren, no obstante, un análisis más detallado.

2. *El principio de presunción de validez de los actos administrativos: «favor acti».*

El artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo con términos no demasiado correctos, pero tremendamente expresivos, afirma que «los actos de la Administración serán *válidos* y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». Toda la teoría de la invalidez de los actos administrativos se encuentra tran-

(5) La inaplicabilidad a los actos administrativos del artículo 4.º del Código es cuestión pacífica en el Derecho administrativo. Véase GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Parte General, 3.ª edición, Madrid, 1964, pág. 45, y antes en *Los motivos de impugnación de los actos administrativos*, en el número 17 de esta REVISTA, págs. 19 y sigs.

sida por esta presunción de validez, que supone una tendencia a la reducción de la virtud invalidatoria de las infracciones y vicios en que puedan incurrir. El ilícito administrativo, es cierto, se define con un carácter general —cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder—, pero la virtud anulatoria de estas infracciones se reduce sustancialmente hasta el punto de que el legislador reconoce la existencia de infracciones o irregularidades carentes en absoluto de trascendencia, tales como el defecto de forma en general —arts. 48-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo— y la actuación realizada fuera del término, salvo cuando éste sea esencial —art. 49—. Del mismo modo los casos de nulidad absoluta se restringen al máximo y se convierten en supuestos tasados —art. 47— de interpretación estricta, por lo demás, dado su carácter excepcional: incompetencia manifiesta, contenido imposible o defectivo, falta absoluta del procedimiento establecido o de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, supuestos todos ellos fácilmente reconducibles a la noción de competencia, requisito mínimo del que depende en última instancia la apariencia misma del acto como tal acto administrativo y cuya ausencia haría más propio hablar de inexistencia del acto que de simple nulidad.

El principio del *favor acti*, en fin, no termina aquí, esto es, en la consagración de la anulabilidad como regla general y aun en la reducción por abajo de su ámbito propio, sino que se rodea, además, de una serie de técnicas de garantía que tienen consagración legal explícita: incomunicación de la invalidez de los actos viciados a los posteriores independientes del mismo (art. 50-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), en contra de la regla general del Derecho procesal al que es de esencia la idea del tracto procedimental, del ligamen e interdependencia de los actos procesales, cada uno de los cuales es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores; incomunicación de la invalidez de una parte del acto respecto de las restantes que sean independientes de aquélla (art. 50-2 de la misma Ley), posibilidad de conversión de los actos nulos que contengan los elementos de otro distinto (art. 51): conservación de actos y trámites cuyo contenido no sea afectado por la declaración de nulidad del acto final (art. 52); posibilidad de convalidación de los actos anulables mediante la subsanación de sus vicios, sin limitación de tiempo (art. 53).

De todas las técnicas que acaban de enunciarse aquí interesa especialmente insistir en la primera de ellas, porque la falta de atención sobre ella es la causa, a su vez, de la falta de rigor y del convencionalismo

inherentes a la fácil, pero errónea, asimilación «proceso-procedimiento administrativo», que está en la base de la doctrina jurisprudencial que intenta analizarse y que late en cada una de sus consecuencias y aplicaciones.

En efecto, como antes se apuntaba, siguiendo a GUASP, el proceso es una pluralidad de actos característicamente coordinados, a través de la recíproca interdependencia de los mismos, de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores. Por eso, dice GUASP, la nulidad de un acto procesal determinado arrastra consigo la ineficacia de los anteriores y, sobre todo, la anulación de los siguientes, que obliga a reponer el procedimiento al estado que tenía cuando la causa de nulidad se produjo (6). Esta interdependencia es de esencia al proceso, en el que una instancia absolutamente neutral y carente de todo interés en el resultado final preside una contienda entre partes que ha de desenvolverse a través de un *iter* formal, que es garantía de objetividad e independencia en su mismo formalismo.

El procedimiento administrativo, con ser también un *iter*, un camino formal para llegar a un determinado resultado, cauce y forma de la función administrativa, no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la propia Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido a los derechos o intereses de los administrados. Esta diferencia es esencial y determina una configuración distinta y característica de ambas instituciones, cuya semejanza es, más que jurídica, puramente aparental. Jurídicamente, la clave técnica del proceso, el ligamen e interdependencia de los actos que lo integran, no se da en el procedimiento administrativo, en el que, según la Ley, los actos que forman parte de él son, por lo general, independientes y no inciden unos sobre otros, y, como esa clave técnica no se da, no pueden aplicarse sin más sus consecuencias al procedimiento administrativo, ni pueden asimilarse las normas que regulan éste y las normas procesales.

(6) *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 318 y sigs.

3. *Invalidez y ejecutividad de los actos administrativos.*

Los actos administrativos producen efectos desde el momento en que se dictan, salvo que en ellos se disponga otra cosa, exija su propio contenido una demora de la eficacia o ésta esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior (art. 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Esta ejecutividad y eficacia inmediatas de los actos administrativos incide sobre el problema de su validez, anteponiéndose al mismo y creándose así un conflicto y una dificultad graves en cuanto a la aplicación del esquema dogmático general de la invalidez de los mismos.

El acto es, pues, inmediatamente eficaz, con independencia de que sea o no válido, y esta eficacia virtual puede hacerse actual por la propia Administración, a través de la acción de oficio. En lo que a los actos anulables se refiere, la adecuación de este principio singular con los de la teoría general antes vistos, no presente dificultades mayores, como no sean las propias de una sustancial agravación de las cargas que sobre el particular pesan, al sustituirse los plazos de prescripción de los derechos propios del Derecho común, por plazos fugacísimos de caducidad (7), pasados los cuales la interposición del recurso correspondiente, el acto potencialmente anulable se entiende convalidado y resulta no ya sólo eficaz, sino perfectamente válido e inatacable, tanto directa como indirectamente. El acto anulable convalidado por falta de reacción adecuada deviene consentido y como tal resulta definitivamente protegido.

La sustancial diferencia de los plazos de impugnación, el radicalmente distinto período de pendencia, no altera, sin embargo, el juego de los principios generales, íntegramente aplicables a los actos administrativos anulables.

Tratándose de actos nulos de pleno derecho, la superposición del dogma de la ejecutividad sobre el contenido dogmático de la nulidad absoluta sí plantea serias dificultades que conviene analizar para averiguar en qué medida sigue siendo aplicable el esquema general.

Producido un acto afectado de un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho, la Administración autora del mismo puede exigir o imponer su cumplimiento. El juego del principio de la ejecutividad de

(7) Sobre el tema de la fugacidad de los plazos de recurso en cuanto plazos de caducidad, en relación a los plazos de prescripción de derechos del Derecho común, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en el número 42 de esta REVISTA, págs. 274 y sigs.

los actos administrativos supone que el acto radicalmente nulo pueda modificar la realidad jurídica como si fuera un acto válido. De este modo la principal consecuencia de la nulidad de pleno derecho, esto es, la falta de consecuencias del acto nulo, su carencia de efectos y la consiguiente posibilidad de ser desconocido por el afectado, no puede predicarse sin más en el Derecho administrativo. El acto nulo produce de inmediato una modificación de la realidad, de forma que el particular afectado por la modificación no puede limitarse a desconocer el acto, sino que debe reaccionar contra él a través de los recursos correspondientes, so pena de conformarse y soportar la modificación operada.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho común, en el que, como norma general, basta con ignorar el acto nulo, que solamente se impugna cuando ha creado una apariencia que es conveniente destruir, la regla general de comportamiento ante un acto administrativo nulo es la contraria: es preciso impugnar el acto, como regla general, porque el acto nulo no sólo crea una apariencia, sino que produce efectos como si fuera un acto perfectamente válido.

Más aún, la interposición de un recurso no suspende sin más la ejecución del acto nulo. Es necesario un pronunciamiento expreso de la Administración en este sentido, de oficio a la instancia de parte, pronunciamiento que la Administración es libre de hacer o no hacer (art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo: «Podrá suspender...»). La nulidad de pleno derecho del acto administrativo en nada afecta a la eficacia inmediata del acto, como no sea para habilitar un acuerdo expreso de suspensión de la misma en vía de recurso, siempre excepcional, por otra parte (8).

Ahora bien, la interposición de un recurso contra el acto nulo, dentro de los fugaces plazos previstos al efecto, no tiene el mismo sentido que la impugnación de los actos anulables. La impugnación es en éstos una carga que pesa sobre el particular, es decir, un comportamiento que éste debe adoptar si quiere evitar la convalidación del acto. En los actos anulables, la carga de recurrir va ligada al problema de la validez y, por supuesto, también de la eficacia de los mismos.

En los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto comportamiento que debe adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmedia-

(8) Según el párrafo segundo del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, introducido por la modificación operada por la Ley de 2 de diciembre de 1963.

tos del acto, pero no tiene nada que ver con el problema de la validez del acto nulo, el cual lo sigue siendo por sí, dada la imposibilidad de convalidación por consentimiento o por cualquier otro medio.

La invalidez del acto nulo de pleno derecho y la acción para pedirla no está sujeta a ningún plazo de prescripción. En cualquier momento puede instarse la declaración de nulidad (art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y, por supuesto, puede oponerse ésta como excepción, porque respecto del acto nulo el paso del tiempo y el consentimiento del interesado nada significan. Los actos nulos de pleno derecho no se consienten, porque su nulidad es de tal carácter que trasciende del puro interés del destinatario del mismo y afecta al interés público, al buen orden general, al *orden público*.

Esta trascendencia es tal que la nulidad puede declararse de oficio por la propia Administración (art. 109 citado), que en este aspecto no tiene limitada su potestad revocatoria y también por el Juez, según se ha visto ya en la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa.

El repetidamente citado artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo afirma que «la Administración *podrá* en cualquier momento, de oficio o a instancia del *interesado*, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47», esto es, de los actos nulos de pleno derecho. El tenor literal de esta norma plantea dos problemas cuya solución viene dada por los principios de la teoría general del Derecho antes comentados: si la Administración está obligada o simplemente facultada para declarar la nulidad, cuestión sobre la que existe una jurisprudencia contradictoria, y si toda persona interesada en sentido amplio puede instar la declaración o solamente podrán hacerlo los interesados en sentido estricto.

En cuanto a este último problema la solución no parece difícil. En primer lugar, es claro que la declaración de nulidad es objeto de un procedimiento administrativo, y en éste se considera interesados a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos (artículo 23-a] de la Ley reguladora). Basta poner en relación esta idea con la interpretación jurisprudencial del interés legitimador —cuando de prosperar la acción entablada se produciría un beneficio de cualquier tipo a favor del accionante— para obtener la solución del problema, solución que, por otra parte, es semejante a la consagrada por la jurisprudencia civil en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, que no requiere haber sido parte en la relación negocial en la que se produjo el

negocio nulo, sino que considera suficiente la condición de «perjudicado», «tercer interesado», «titular de un interés legalmente protegido», etc. (9).

En lo que hace al primero de los problemas enunciados, esto es, si la Administración está obligada o simplemente facultada para declarar la nulidad, la solución viene dada por la propia naturaleza de la nulidad absoluta. Esta se produce *ipso iure* y tiene efecto general, *erga omnes*. El acto nulo no puede producir efectos ni su autor puede imponerlos por sí. Si, como en el Derecho administrativo ocurre, el autor del acto, esto es, la Administración, puede exigir y llevar a cabo el cumplimiento del acto en virtud del privilegio general de la ejecutividad y ejecución forzosa de los actos administrativos, ello no hace sino añadir un plus de obligación de declararlo nulo desde el momento en que advierta por sí o sea advertida por un interesado de la existencia de una causa de nulidad, puesto que a nadie le está permitido por exigencias elementales de justicia obtener un beneficio de su propia torpeza (10).

El principio de ejecutividad y ejecución forzosa en nada afecta al problema de la validez, es algo que se antepone a él en el plano cronológico, pero que nada vale fuera de su propio ámbito. El acto nulo es nulo por sí, aunque la Administración piense que no está viciado y por eso lo ejecute sin escrúpulos de inmediato, y como es intrínsecamente nulo y la nulidad tiene trascendencia general, está obligada a declararla desde el momento en que se advierte su existencia, mucho más cuando la advertencia se produce en ejercicio de la acción correspondiente. En este sentido importa precisar, poniendo en ello todo el énfasis necesario, que lo que el particular ejercita al dirigirse a la Administración al amparo de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no es otra cosa que una acción de nulidad, esto es, el derecho a obtener un pronunciamiento expreso sobre la nulidad del acto contra el cual la acción se dirige y el ejercicio de este derecho constituye al

(9) Sobre esta cuestión, CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 483 y sigs. En este sentido no hay diferencias entre la legitimación para pedir la declaración de nulidad de los actos radicalmente nulos, ya sean jurídico-privados o jurídico-administrativos, y por ello es correcta la observación de GARCÍA FALLA, *Tratado...*, vol. I, pág. 467. La alusión a la ampliación de la legitimación en relación a los actos nulos proviene del campo privado del que procede, según se ha visto la calificación como de orden público de la nulidad absoluta, y tiene en él justificación en cuanto que la legitimación por interés no es la regla general como en el Derecho administrativo. No obstante, es claro que no tiene demasiada importancia detenerse en este problema desde el momento en que la declaración de nulidad de estos actos puede hacerse, y debe hacerse si es necesario, de oficio por el Juez, lo cual elimina todo posible problema.

(10) Según el principio general del Derecho que se contiene en el aforismo clásico: "*allegans propriam turpitudinem non auditur*".

órgano ante el cual la acción se ejercita en la ineludible obligación de adoptar ese pronunciamiento (11). El precepto legal citado se refiere al ejercicio de una verdadera acción en sentido técnico —no de una simple petición graciable—, de una concreta acción de nulidad, ejercitable, como tal acción de nulidad, en cualquier momento, puesto que no está sujeta, por su propia naturaleza, a plazo de prescripción alguno.

El problema planteado por el empleo que el legislador ha hecho en el precepto que se viene comentando de una expresión facultativa —«La Administración podrá...»— no es, pues, tal problema, pese a las vacilantes declaraciones jurisprudenciales (12). Lo que la Administración

(11) Sobre el concepto procesal de acción como derecho a obtener un pronunciamiento del órgano ante el cual se ejercita, esto es, el acto de tutela jurídica, véase GÓMEZ ORBAÑEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, 5.ª edición, Madrid, 1962, págs. 45 y sigs., y aún GUASP, op. cit., págs. 231 y sigs., aunque situando a la acción fuera del orden procesal estricto.

(12) Sobre la interpretación jurisprudencial del término “podrá” contenido en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es fundamental la *sentencia de la Sala 4.ª de 15 de noviembre de 1965* (Aranzadi, 5.511), que mantiene la tesis a que se alude en el texto. La sentencia en cuestión se enfrenta con un recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Haro (Logroño) contra una resolución del Ministerio de Agricultura, que no dio lugar a la declaración de nulidad instada por la Corporación municipal fuera de los plazos de recurso contra una resolución anterior del año 1952 del mismo Departamento, que aprobó el acta de las operaciones de estimación de las riberas probables de los ríos Ebro y Tirón a su paso por el término municipal de Haro. La sentencia desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento por no apreciar en la resolución aprobatoria del acta aludida, esto es en el acto cuya declaración de nulidad se pidió en la vía administrativa fuera de los plazos de recurso, la “omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido”, es decir, la existencia del tipo legal de nulidad de pleno derecho definido en el artículo 47-1 c) de la Ley de Procedimiento Administrativo. Lo importante, sin embargo, no está aquí, sino en la forma en que se rechaza la alegación de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado en base a la firmeza de la resolución ministerial de 1952, por no haber sido combatida ésta dentro de los plazos de recurso previstos. A este propósito la sentencia, de la que fue ponente el señor FERNÁNDEZ VALLADARES, dice así:

“El recurrente asienta su demanda de anulación de la repetida Orden de 9 de julio de 1952 en el apartado c) de dicho artículo 47, invocación que permite la admisión del recurso en amplia inteligencia del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque éste autoriza a la Administración en cualquier momento, o sea, sin sujeción a plazo de efectuarlo, a declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, y como puede hacerlo, según el precepto, de oficio o a instancia del interesado, esto le abre camino para accionar semejante nulidad de pleno derecho fuera de término fatal, por más que la norma figure bajo el capítulo de revisión de oficio, toda vez que el reconocimiento de la posibilidad de instar alcanza su lógico desarrollo en la promoción de la solicitud, que, ajustada como aquí al artículo 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo, implica el impulso revisor provocativo del acto impugnado, que aunque se quiera mirar producido en la órbita discrecional, cual entiende el Abogado del Estado en base de la palabra “podrá” de que se sirve el artículo 109, siempre encierra materia para el recurso jurisdiccional conforme al artículo 1.º de su Ley..., sin que, por lo demás, se oponga cualquier otro precepto a la admisibilidad

podrá hacer es no declarar la nulidad pedida, cuando no aprecie la existencia real de la misma, porque la acción de nulidad, como todas las demás acciones, no es el derecho a obtener un pronunciamiento de un determinado sentido, lo cual llevaría a concluir que sólo hay acción cuando se produce el resultado favorable pretendido, sino solamente el derecho a obtener un pronunciamiento expreso del órgano ante el cual se ejerce sobre la cuestión en cada caso planteada.

de la reclamación de ahora, en cuanto apoyada en el artículo 47 de referencia y a la que, en definitiva, no se objeta en este aspecto previo".

En el mismo sentido, y aún más categóricamente, la *sentencia de 14 de mayo de 1965* (Ponente, FERNÁNDEZ HERNANDO), que dice así:

"Importa discernir ante todo si tal precepto (art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo) abre una vía de recurso al particular agraviado o meramente sanciona la potestad revisora objetiva de la Administración, cuyo ejercicio sólo puede impulsarse aquél de modo indirecto mediante súplica o petición; enunciado dilemático que, dentro de una exégesis ajustada de la norma, conduce a rechazar el segundo supuesto..., pues, no obstante haberse comprendido aquel precepto en el capítulo 1.º del título V, que trata de la revisión de oficio, *del mismo deriva una acción de nulidad* para excitar la actividad de la Administración tendente a privar de efectos jurídicos al acto viciosamente causado; acción que, si no recurso propiamente dicho, ya que el artículo 113 de la precitada Ley procedimental sólo admite como tales los ordinarios de alzada y reposición, previos a la vía contencioso-administrativa, y el extraordinario de revisión *constituye remedio procesal idóneo* para poner en marcha el dispositivo revisorio, provocando la incoación del oportuno expediente, *que habrá de ser ineludiblemente resuelto por el órgano interpelado*".

"Que el ejercicio de tal derecho subjetivo no se halla sujeto a término de prescripción o caducidad, como rectamente se infiere de la frase *en cualquier momento...*".

En lo que se refiere a la interpretación del "podrá" CARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. III, pág. 15, se pronuncia por el carácter facultativo, aunque reconoce la posibilidad de impugnar en vía contenciosa la desestimación presunta por silencio administrativo de la "petición" de declaración de nulidad. Admitido esto, la inaplicabilidad de la excepción de acto consentido y la posibilidad de obtener un pronunciamiento jurisdiccional de la nulidad, lo lógico es concluir que la Administración está obligada, como el Juez, a pronunciarse, pues tanto ante ella como ante éste se ejercita una acción de nulidad. Lo contrario es quedarse a medio camino en la explicación de unos resultados que se admiten plenamente.

Entiende también que es obligado para la Administración el pronunciarse GARCÍA-TREVILJANO (*Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1967, págs. 1149 y sigs. y *La autonomía municipal: aprobaciones y procedimientos bifásicos en el Ordenamiento español*, en "Revista de Derecho Privado", septiembre 1966, págs. 768 y sigs.), aunque mantiene que la posición del que insta la declaración de nulidad es distinta que la del recurrente, y por serlo no puede obtener el reconocimiento de situaciones individualizadas, sino la simple anulación. Esta segunda parte de la cuestión no parece correcta ni consecuente con la naturaleza propia de la nulidad de pleno derecho, que, como tal, no depende de que se recurra o no dentro de un determinado plazo, ni está, por principio, sujeta a plazo alguno. La posición de este autor se debe a haber tratado conjuntamente el problema de los artículos 109 y 110 desde la perspectiva de la revisión de oficio, en lugar de analizar el artículo 109 desde el punto de vista de la nulidad de pleno derecho. Para LAVILLA ALSINA (*La revisión de oficio de los actos administrativos*, en el número 34 de esta REVISTA, pág. 88) el artículo 109 consagra una acción de nulidad, cuyo ejercicio hace obligado el pronunciamiento de la Administración.

Examinadas estas cuestiones, puede concluirse ya acerca de las características y consecuencias inherentes a las categorías de la invalidez de los actos administrativos, que no son otras que las propias de la teoría general ya examinada. La superposición al esquema dogmático general de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos sólo afecta a dicho esquema en cuanto supone una importante agravación de las cargas que sobre los particulares pesan, reduciendo enormemente los plazos de impugnación en lo que a la anulabilidad se refiere, y haciendo necesaria la impugnación de los actos nulos de pleno derecho si se quiere evitar o eliminar *ab initio* sus efectos, aunque, tratándose de actos de esta clase, siempre será posible oponer la nulidad por vía de excepción, u obtener su declaración por vía de acción, supuesto que la nulidad absoluta no es susceptible de consentimiento.

Las consecuencias de la nulidad absoluta, salvo en lo que respecta a la inmediata producción de efectos del acto nulo, son en Derecho administrativo las mismas que en el Derecho común: imprescriptibilidad de la acción de nulidad, imposibilidad de convalidación y consentimiento, transcendencia *erga omnes*, amplitud de la legitimación, carácter simplemente declarativo de la acción y obligación de declarar de oficio la nulidad desde el momento en que sea advertida. En el Derecho administrativo como en el Derecho común, la nulidad de pleno derecho es una cuestión de transcendencia general, que rebasa el ámbito de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo, y que por ello, esto es, por afectar al orden público, hace excepción a los principios generales de toda clase que puedan suponer mengua de su propia naturaleza y consecuencias.

Dicho esto, el examen pormenorizado de los supuestos de nulidad absoluta puede quedar, por ahora, remitido hasta el momento de hacer balance final de las cuestiones de orden público y de su análisis en el contencioso-administrativo.

Por otra parte, como la jurisprudencia viene otorgando tal condición y carácter a los vicios de forma y de procedimiento, parece necesario desde ahora abordar el análisis de la normativa que los regula, así como de los problemas que, dentro de dicha normativa, se plantean.

IV

LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LOS VICIOS DE FORMA
Y DE PROCEDIMIENTO.1. *Introducción.*

Una primera advertencia es preciso formular aquí y se refiere al alcance terminológico de las expresiones «vicio de forma» y «vicio de procedimiento». No obstante el carácter terminológico y, por tanto, secundario de la cuestión, conviene precisar los términos en que se va a hacer uso de una y otra, con el fin de evitar el equívoco que de otro modo resultaría del distinto valor que a veces se da a dichas expresiones.

A este propósito advierten AUBY y DRAGO que la idea de vicio de forma aparece a mediados del siglo pasado, procedente, según ha podido verse, de la idea de incompetencia, de la cual se presenta como subespecie, al inenos en lo que se refiere a las formas sustanciales (13). LA-FERRIÈRE, por su parte, presenta al vicio de forma como motivo o medio autónomo, distinguiendo entre medidas de instrucción y de redacción del acto, que luego servirán de base al binomio formas internas-formas externas, según se trate de formas que están ligadas al cuerpo del acto, esto es, a su texto, o de operaciones o actos previos que se encuentran fuera del acto ejecutorio. La distinción, ligada desde el comienzo a la de formas sustanciales y no sustanciales, va evolucionando en un sentido favorable al vicio de procedimiento, que cada vez gana mayor amplitud y trascendencia, y al que generalmente se le reconoce mayor virtud anulatoria, al tiempo que se reduce la importancia de la categoría «vicio de forma», respecto de la cual la discusión se plantea en torno a su carácter sustancial o no sustancial, inclinándose la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia por esta última solución, a menos que, como advierten AUBY y DRAGO, afecten a las garantías de los administrados, a los principios generales de la buena administración o impidan un control eficaz del Juez. Sobre esta base resulta que la expresión «vicio de procedimiento» es la que tiene hoy mayor virtud expresiva, haciendo posible la generalización de la misma en cuanto alusiva a los vicios formales del acto administrativo en general, con las salvedades antes hechas.

(13) *Traité de contentieux administratif*, Librairie de Droit et Jurisprudence, París, tomo II, págs. 582 y sigs.

En lo que a nuestro Derecho se refiere, la expresión utilizada con carácter preferente en la doctrina como denominación genérica de todo defecto o infracción formal es la de «vicio de forma», que, por otra parte, es hoy también la expresión utilizada por la Ley. Con este carácter general, comprensivo tanto de los vicios de forma del acto mismo como de los vicios del procedimiento, es decir, de las operaciones y actos previos a la resolución final, emplea la Ley de Procedimiento Administrativo la expresión defecto o vicio de forma («No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad...» —art. 48-2—. «Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo...» —artículo 124—). En la terminología de la Ley, forma se opone a fondo y comprende toda cuestión que no se refiera al problema objeto de la actividad, debate o discusión.

Por esta razón parece razonable utilizar aquí también la expresión «vicio de forma» como rótulo general de todo vicio, infracción o defecto no relativo al objeto mismo del acto o resolución de que se trate.

2. *El planteamiento dogmático.*

El empleo por el legislador de este rótulo general resulta por sí mismo bastante expresivo. Ninguna distinción inicial o de principio se toma en cuenta en relación a una presunta calidad o naturaleza especial de las normas reguladoras del procedimiento. Solamente hay un tratamiento general desde la perspectiva del acto de los defectos o vicios ajenos al fondo del mismo, es decir, de los vicios de forma en general que se valoran por el legislador desde una perspectiva general, con independencia de su origen, atendiendo exclusivamente a su incidencia o impacto sobre el resultado del acto mismo.

A este respecto, el artículo 48-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece la regla general diciendo que «no obstante», es decir, a pesar de que en el número anterior del mismo artículo se han calificado de anulables todos los actos que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, «el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados».

Por su parte, a esta regla valorativa general el artículo 49 de la propia Ley añade una precisión relativa a un supuesto concreto —las actuaciones administrativas realizadas fuera de tiempo establecido— que «sólo

implicarán la anulación del acto, si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo».

De ambos preceptos resulta el modestísimo lugar que el vicio de forma ocupa en nuestro Derecho administrativo, en el que, lejos del primer plano que supone la consideración tradicional como vicio o cuestión de orden público, de trascendencia general, ni siquiera se le reconoce con carácter general, virtud anulatoria de segundo grado —anulabilidad—, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto cuando éste tenga carácter esencial o se produzca una situación de indefensión (14).

Este mismo concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista. Más aún, la relatividad del concepto de indefensión es tanto mayor cuanto que la exigencia de la interposición de un recurso administrativo previo supone la existencia de una nueva oportunidad para el administrado de seguir aportando nuevos elementos de juicio y para la Administración de subsanar pasadas deficiencias a través del empleo de fórmulas convalidatorias. El recurso contencioso-administrativo, en fin, ofrece igualmente nuevas oportunidades de aportar datos y elementos de conocimiento que permitan contrastar, en definitiva, la corrección sustancial de la decisión administrativa con la legalidad material aplicable al supuesto debatido.

El vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración.

(14) Nuevamente resulta oportuno recordar aquí la opinión de VEDEL, para el que no hay Derecho menos formalista que el Derecho administrativo, *Droit administratif*, P. U. F., Thémis, 4.ª edición, 1968, pág. 56.

3. *El punto de vista funcional: la reducibilidad progresiva del vicio de forma en la vía de recurso.*

La utilización de una perspectiva dinámica o funcional, tal y como acaba de apuntarse, es absolutamente fundamental para situar definitivamente al vicio de forma en el lugar que le es propio dentro de la teoría de las nulidades de los actos administrativos frente a tantas afirmaciones tópicas que insisten, sin demasiada reflexión, en una óptica sustancialista que la Ley, por un lado, y la naturaleza instrumental de las formas por otro, desmienten categóricamente.

Esta perspectiva dinámica exige dedicar la atención a las dos fases de la misma: la vía de recurso administrativo y la vía jurisdiccional.

a) *Vicio de forma y recurso administrativo.*

Supongamos que a un funcionario se le impone una sanción como resultado de un expediente que responde a las siguientes características: el acuerdo de incoación del expediente, así como el nombramiento de instructor y secretario no se le notifican al interesado, quien tiene noticia de ambas cosas al recibir el pliego de cargos; contestado éste por el inculpado, sin atender a la petición de practicar determinadas pruebas —declaraciones de testigos, por ejemplo—, se formula propuesta de resolución que es aprobada por el órgano que ordenó la incoación del expediente, aunque por la importancia de la sanción debía haberlo sido por el superior jerárquico inmediato del mismo.

El funcionario sancionado, una vez que se le notifica la resolución sancionatoria, interpone contra ella el correspondiente recurso de alzada. en el cual denuncia la infracción de los siguientes trámites y formalidades: falta de notificación del acuerdo de incoación del expediente y de nombramiento del Juez instructor, denegación de la práctica de la prueba propuesta, falta del trámite de audiencia anterior a la propuesta de resolución, falta de traslado de la propuesta de resolución y consiguiente negación del trámite de alegaciones sobre la propuesta y, finalmente, incompetencia del órgano administrativo que impuso la sanción, dada la gravedad de la misma. Sus alegaciones, en cuanto al fondo, se limitaron a la negación pura y simple de su culpabilidad, puesto que desde el primer momento figuró al expediente una carta comprometedora que revelaba a las claras la existencia real de los cargos imputados. En el escrito de recurso el funcionario sancionado terminaba alegando la situación de indefensión en la que se había visto colocado por las

infracciones formales denunciadas y suplicaba, en consecuencia, se declarase la nulidad de la resolución sancionatoria recurrida.

He aquí, pues, un caso en el que existen notorios defectos formales que no afectan en nada a la corrección de la decisión final. ¿Qué valor pueden tener estos defectos?

En lo que al primero de ellos se refiere —falta de notificación del acuerdo de incoación y nombramiento del instructor—, la infracción no parece que deba tener una importancia decisiva, puesto que la finalidad que el legislador persigue al exigir la notificación del nombramiento del instructor es la de permitir su recusación que, además, puede formularse en cualquier momento, y ello no se hizo por el inculpado cuando éste conoció el nombre del instructor. Por otra parte, tampoco se alegó ni acreditó la existencia de una causa de abstención o recusación que pudiera haber ejercido influencia sobre la resolución final.

En lo que respecta a la denegación de la prueba propuesta, que hubiera podido tener una mayor trascendencia, el órgano que tramita el recurso accede a practicarla, incorporando sus resultados —las declaraciones de los testigos propuestos— al expediente del recurso y teniendo-los en cuenta para la resolución del mismo.

El trámite de audiencia omitido en el expediente inicial se respeta ahora en la tramitación del recurso, dándose así al recurrente la oportunidad de formular cuantas alegaciones convinieran a su derecho, con lo cual desaparece, en lo que a esta infracción se refiere, la sombra de indefensión.

En cuanto a la falta de competencia del órgano que ordenó la incoación del expediente para adoptar la resolución del mismo, el vicio de incompetencia se convalida al resolver el recurso de alzada el superior jerárquico de aquél, que sí la tiene para imponer la sanción.

El ejemplo demuestra, por tanto, en qué medida la prosecución del procedimiento en la vía administrativa de recurso va reduciendo progresivamente la eficacia potencial del vicio de forma, al habilitar nuevas oportunidades de defensa para el interesado y de convalidación y complemento del acto administrativo para la Administración, al permitir a ésta la puesta en juego de sus facultades de oficio en este sentido, posibilidad sobre la que ha insistido especialmente GARRIDO FALLA (15).

El artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo da cobertura legal al empleo de estos poderes de oficio, en cuanto que obliga a la Administración —«decidirá»— a resolver cuantas cuestiones plantee

(15) *Tratado...*, vol. III, *La justicia administrativa*, págs. 120 y sigs.

el expediente, hayan sido o no alegados por los interesados. Por otra parte, el principio general de economía en el procedimiento (art. 29 de la Ley) lleva a esta misma conclusión, y otro tanto ocurre con las facultades de convalidación de los actos anulables, que no son sino concreción de dicho principio de economía, y que están pensadas, precisamente, para su ejercicio en caso de recurso administrativo, puesto que si así no fuera no tendría sentido su previsión, ya que, tratándose de actos anulables, la falta de impugnación dentro de plazo de los mismos produce tácitamente el efecto convalidatorio.

Por lo demás, resta decir que la facultad de convalidación de oficio está concebida con carácter general («La Administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan», artículo 53-1 de la propia Ley de Procedimiento Administrativo), teniendo simple carácter enunciativo y ejemplificador los números 2 y 4 del citado precepto, sin más limitación expresa que la contenida en el número 5, relativa a la omisión de informes o propuestas preceptivos a la que no alcanza la posibilidad de convalidación.

Desde esta perspectiva es como hay que interpretar el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a la resolución de los recursos de alzada, precepto de gran importancia y que, pese a ello, ha venido mereciendo hasta ahora escasa atención.

El primer párrafo de dicho precepto —(«La resolución de un recurso de alzada confirmará, modificará o revocará el acto impugnado») — no hace sino ratificar el principio general contenido en el artículo 119 en cuanto se refiere a la obligación de resolver todas las cuestiones que plante el expediente, de oficio o por propia iniciativa o en virtud de alegación de los interesados. El órgano superior jerárquico competente para resolver el recurso de alzada puede, pues, modificar en cualquier sentido el acto recurrido y, por tanto, está dentro de sus potestades introducir en la resolución del recurso las modificaciones del acto impugnado inherentes a la convalidación y subsanación de los defectos de forma de que éste adoleciera.

Por estas razones, precisamente, el párrafo segundo del precepto que se comenta establece que: «Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo, ordenará que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fue cometido, salvo lo dispuesto en el artículo 53».

El precepto transcrito es bien claro y no permite demasiadas dudas

respecto a su alcance y significado. En primer término, el precepto advierte que la declaración de nulidad de actuaciones y la consiguiente retroacción del expediente no es una consecuencia general que derive en todo caso de la existencia de un vicio de forma. Quiere esto decir que la declaración de nulidad de actuaciones no es un pronunciamiento obligado en la resolución de un recurso de alzada, impuesto por la apreciación de un defecto formal de cualquier clase, como de hecho viene entendiendo tradicionalmente la jurisprudencia en términos generales y aun la propia doctrina, sino más bien un pronunciamiento excepcional, que por tener tal carácter está específicamente previsto a continuación del enunciado de los pronunciamientos posibles que en general puede adoptar la resolución del recurso: confirmación, modificación o revocación del acto recurrido.

La declaración de nulidad de actuaciones tiene, en principio, una importante limitación a su pretendido carácter general: la existencia de trámites convalidatorios, expresamente formulada en el propio precepto legal —«salvo lo dispuesto en el artículo 53»—.

Esto no es todo, sin embargo. El segundo párrafo del artículo 124 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece también un criterio esencial para determinar la procedencia o improcedencia de la declaración de nulidad de actuaciones, en cuanto pronunciamiento excepcional de la resolución de un recurso de alzada. Dicho pronunciamiento sólo será correcto cuando existiendo un vicio de forma no convalidado «no se estime procedente resolver sobre el fondo». He aquí, pues, una segunda e importantísima limitación al presunto carácter general de la declaración de nulidad de actuaciones. Sólo cuando no se estime procedente resolver sobre el fondo podrá acordarse la declaración en cuestión. Ahora bien, ¿cuándo se producirá este supuesto?, esto es, ¿cuándo no será procedente resolver sobre el fondo?

La respuesta a esta pregunta no parece difícil en el terreno de los principios. No será procedente resolver sobre el fondo *cuando no se cuente con elementos de juicio bastantes* para decidir la cuestión debatida, cuando, por faltar estos elementos, no sea procedente adoptar la necesaria decisión que es la finalidad misma de todo debate o controversia jurídica. Y esto ocurrirá, por de pronto, cuando existan vicios o defectos no susceptibles de convalidación, por mediar una prohibición legal o expresa —omisión de informes o propuestas preceptivos (artículo 53-5 de la Ley de Procedimiento)—y, en general, cuando se trate de defectos que no sea posible subsanar sin más, por afectar a terceros

interesados ausentes en el expediente originario o bien cuando los defectos de forma apreciados incidan gravemente sobre el fondo de la cuestión. Este sería el caso, por ejemplo, de la falta de convocatoria y consiguiente intervención de todos los inquilinos afectados por un expediente contradictorio de ruina; de la omisión del trámite de información pública, que desde el momento en que se comete afecta a las actuaciones posteriores, en cuanto que impide valorar los puntos de vista de la pluralidad de sujetos a quienes el trámite va dirigido, puntos de vista que la Administración no puede sustituir por sí; de la falta de notificación a los farmacéuticos instalados en las proximidades del local de cuya apertura se trata, de la solicitud de licencia para una nueva instalación o un traslado, etc.

Inicialmente no es fácil imaginar *a priori* supuestos que puedan incidir tan gravemente sobre la tramitación y eventual decisión del recurso que hagan aconsejable prescindir de ésta en cuanto al fondo de la controversia y ordenar la declaración de nulidad de lo actuado y la nueva tramitación del expediente. En primer lugar, el principio de economía en el procedimiento obliga, con carácter general, a evitar, siempre que sea posible, esta solución excepcional y antieconómica; en segundo lugar, el ejercicio de las facultades de convalidación, obligatorio para la Administración en cuanto ésta debe decidir todas las cuestiones que plantee el expediente, reduce por sí mismo el ámbito de los defectos de forma existentes inicialmente; en tercer lugar, la propia tramitación del recurso reduce por su propia eficacia muchos de los vicios iniciales, al menos en lo que se refiere al promotor del expediente e inmediatamente afectado por la resolución.

Por todas estas razones resulta evidente el carácter excepcional de la declaración de nulidad de actuaciones en la vía administrativa, por existir un vicio de forma. El carácter tradicional que a dicha declaración se atribuye no es, pues, un dato, sino una hipótesis que carece de refrendo legal e institucional y que por ello debe ser rechazada y reducida a los justos límites que institucionalmente le son propios.

Una última cuestión queda por analizar, en lo que a la declaración de nulidad de actuaciones se refiere, concretamente el alcance de la misma. El artículo 124 de la Ley de Procedimiento Administrativo ordena en estos casos la retroacción del expediente al momento en que el vicio fue cometido, utilizando la técnica procesal antes comentada, pero esta técnica, inaplicable al procedimiento administrativo, que no es propiamente un proceso, se corrige acertadamente en los artículos 50 y 52, el

último de los cuales precisa que «el órgano que declare la nulidad de actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad», y ello en base al principio establecido en el artículo 50 de que la «invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero», principio que elimina del ámbito del procedimiento administrativo la idea de tracto procesal que es esencial en el ámbito del proceso (16).

La declaración de nulidad de actuaciones no impone, sin más, en la vía administrativa la retroacción pura y simple del expediente al momento en que el vicio fue cometido, sino que se limita a señalar el momento a partir del cual debe iniciarse la reconstrucción de dicho expediente, bien entendido que esta reconstrucción no tiene por qué ser total, sino que debe limitarse, por el contrario, a aquellos actos y trámites que hayan sido directamente afectados por el vicio observado.

Toda la exposición precedente, un tanto fatigosa si se quiere por haber manejado conceptos en sí mismos bien conocidos, tiene sentido y utilidad en la medida en que haya contribuido a explicar desde dentro del sistema la escasísima virtud anulatoria del vicio de forma en el De-

(16) GARRIDO FALLA ve una contradicción entre el artículo 52 y el artículo 50-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto que el primero ordena la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad, y el segundo precisa que la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos *en el procedimiento* que sean independientes del primero. El citado autor estima que este último precepto o no significa nada o va contra el principio de retroacción del expediente y, tras aludir a que el problema se ha planteado por haberse introducido en las Cortes la expresión “en el procedimiento”, que no figuraba en el proyecto, entiende que dicho precepto debe interpretarse como si esa expresión no existiera, es decir, como alusiva a actos independientes del anulado. A mi entender, no existe entre ambas normas contradicción alguna, puesto que es perfectamente posible y, además, totalmente lógico, que pueda conservarse un informe técnico posterior al vicio determinante de la nulidad y consiguiente retroacción del expediente. De lo que se trata, en definitiva, es de evitar una actividad duplicada y, por tanto, antieconómica, de los órganos administrativos, cuando esta doble actividad no tenga relación inmediata y directa con el defecto de forma apreciado y no haya de variar cuando éste se subsane. En estos casos, aunque el expediente se retrotraiga, podrá conservarse el resultado de cierto tipo de trámites producido en el procedimiento originario (en este sentido también GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 378 y sigs.). La retroacción del expediente no es una regla absolutamente rígida, como en el ámbito del proceso, en el que es esencial la idea de tracto e interdependencia de los actos, antes expuesta. Como la Ley de Procedimiento Administrativo no asimila proceso y procedimiento, su postura en este caso es totalmente lógica y simple reflejo de su concepción del procedimiento como algo distinto técnicamente del proceso. Las exigencias de éste en toda su rigidez no son trasladables a aquél y tampoco lo es, por consiguiente, la regla de retroacción del expediente a que se alude.

recho administrativo, el modestísimo lugar que ocupa dentro de la teoría de las nulidades en esta rama singular del Derecho, lo excepcional y limitado de su incidencia sobre el fondo de las cuestiones a que afecta, su esencial reducibilidad y el carácter progresivo de la misma a través de la vía de recurso administrativo y el carácter igualmente excepcional de la nulidad de lo actuado, que es, dentro de esta vía, exclusivamente dentro de ella, su sanción propia. La insistencia en estos datos institucionales es absolutamente obligada desde una perspectiva crítica de la óptica tradicional, que considera las cuestiones formales como de orden público.

b) *Vicio de forma y recurso contencioso.*

El carácter instrumental de las formas en el Derecho administrativo, la escasa y excepcional virtud anulatoria que legal e institucionalmente corresponde a los defectos formales en este ámbito, la esencial reducibilidad de dichos defectos en la vía de recurso, que deriva de la relatividad del concepto de indefensión sobre el que está construida su eficacia invalidante y la subordinación fundamental de esta eficacia a la incidencia del defecto sobre la decisión de fondo, se proyectan también sobre el recurso contencioso, en el que ante una jurisdicción, cuya especialidad no afecta en nada a la misión que a todo orden jurisdiccional corresponde de administrar justicia aplicando la Ley a los casos particulares, se plantea una controversia entre partes en solicitud de un pronunciamiento decisorio de la misma.

Lo que del Juez del contencioso se suplica es, o bien la anulación pura y simple de un acto administrativo previo, cuya existencia es presupuesto del acceso a la jurisdicción por no ser dicho acto conforme a Derecho, o bien esa misma declaración anulatoria y, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma (arts. 41 y 42 de la de la jurisdicción) y estas pretensiones vinculan al Juez en los propios términos en que se formulan, en virtud del principio de congruencia (art. 43), cuya infracción justifica la casación de la sentencia que se dicte (art. 102-1-g) (17).

(17) Ya es sabido que, bajo el rótulo genérico de recurso de revisión, el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incluye casos de revisión y de casación, uno de los cuales es precisamente el del apartado g) del número 1. Véase NIETO GARCÍA, *El recurso de revisión previsto en el apartado B) del número 1 del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en el número 41 de esta REVISTA, y antes CLAVERO ARÉVALO, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tri-*

El Juez del contencioso está, pues, vinculado por las pretensiones y alegaciones de las partes y, en consecuencia, no puede adoptar otros pronunciamientos que los correlativos a dichas pretensiones dentro del marco legal de los artículos 81 y siguientes de la Ley jurisdiccional. Su pretendida y pregonada vinculación al carácter revisor de la jurisdicción no significa otra cosa que lo que de dicho carácter revisor, tal y como está definido por la Ley, se deduce estrictamente, esto es, que la competencia del Juez surge en relación a un acto administrativo o disposición general dictados por la Administración, cuya existencia es presupuesto del acceso a la jurisdicción. Una vez traspasado el umbral de la misma, todo el debate se plantea y tramita de igual forma que en el proceso ordinario. Los poderes del Juez del contencioso y su capacidad de iniciativa son iguales al menos, o incluso superiores a los del Juez ordinario (18) y en el ejercicio de su función únicamente está vinculado al Ordenamiento que debe aplicar y al principio de congruencia que dicho Ordenamiento consagra, esto es, a lo alegado, probado y pretendido por las partes en litigio.

El carácter revisor de la jurisdicción carece absolutamente de trascendencia, una vez logrado el acceso a la jurisdicción, una vez traspasado el umbral de la misma. Ningún rastro hay en él a todo lo largo de la Ley jurisdiccional fuera de esta cuestión. Más aún, cualquier sombra de duda ha querido ser eliminada expresamente por el propio legislador, que, en el preámbulo de la Ley, ha precisado en sus justos términos el alcance de aquel carácter. Transcribir aquí alguno de dichos párrafos no puede resultar impertinente, habida cuenta de la absoluta frecuencia con la que son olvidados:

«Conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de

lunal Supremo, en el número 30, pág. 158 de la misma REVISTA, y GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, tomo III, Madrid, 1958, pág. 245.

(18) Son mayores, por ejemplo, en cuanto que el artículo 62 de la Ley Jurisdiccional reconoce al Juez del contencioso la iniciativa para declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto cuando conste "de modo inequívoco y manifiesto" una de las causas que enumera, previa advertencia y audiencia de las partes. Son mayores también en la medida en que el Tribunal puede advertir a las partes la posible existencia de otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43-2 de la propia Ley.

acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo.

Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo.

La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración.

El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional».

Concebidas de este modo la jurisdicción contencioso-administrativa «como una especie más de la genérica función jurisdiccional» y el proceso contencioso como un proceso que «no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento», afirmada la pertinencia de la prueba con la amplitud que es propia de una primera instancia y reconocida también la facultad del Juez de ordenar por propia iniciativa la práctica de diligencias para mejor proveer (art. 75-2), es evidente que la potencial indefensión en que se apoya la eficacia invalidante de los vicios de forma del acto o disposición impugnados se reduce también en el ámbito del proceso que ofrece las máximas posibilidades de audiencia y prueba, reduciéndose igualmente, a consecuencia de ello, los supuestos determinantes de la anulación del acto por esta causa, en la medida en que el Juez puede siempre obtener los elementos de juicio necesarios para averiguar la conformidad o disconformidad sustancial con el Ordenamiento jurídico del acto o disposición impugnados, que es, en definitiva, la clave de su fallo.

El derecho mismo al enjuiciamiento del fondo, como derecho de carácter fundamental y preminente, el principio de economía procesal y la idea misma de administración de justicia, obligan al Juez a intentar a toda costa el acceso a una decisión del fondo del debate, que sólo deberá excluirse cuando el defecto de forma apreciado sea de tal clase que im-

pidan o haga imprudente aquella decisión, por faltar los datos necesarios para obtenerla.

Los criterios de valoración del vicio de forma en la vía jurisdiccional son, pues, los mismos y de igual carácter subordinado a su incidencia sobre el fondo que en la vía administrativa. La única cuestión a subrayar es la reducción del criterio de indefensión que la propia mecánica jurisdiccional supone.

4. *El tratamiento jurisdiccional de los vicios de forma.*

Se ha evitado hasta ahora, al referirse a los vicios de forma de los actos administrativos, hacer alusión alguna a la jurisprudencia sobre dicho tema, por entender que es esta misma doctrina jurisprudencial la que debe ponerse en cuestión y someterse a un proceso de confrontación con los criterios legales e institucionales de valoración de aquellos vicios. Por esta razón, analizados ya dichos criterios y conocidas las causas que determinaron en el marco jurisdiccional anterior a la Ley vigente, la utilización hipertrofiada de las formas como único instrumento de expansión de la garantía jurisdiccional y de penetración en el extenso campo de la actividad discrecional excluida por principio de toda revisión judicial, es ya posible afrontar con alguna seguridad el examen de la jurisprudencia e intentar depurarla de las contradicciones en que se ha visto envuelta, a consecuencia de la postura que se vio obligada a adoptar en el período anterior en su elogiado intento de extender el ámbito de las garantías de los administrados.

En este sentido conviene insistir de nuevo en precisar las razones por las cuales el tránsito de la antigua a la nueva etapa iniciada el 27 de diciembre de 1956 se ha producido tan dificultosamente como revelan las sentencias tomadas como punto de partida de esta indagación. Estas razones no son otras que la sustantivación de las formas, que se opera a consecuencia del aparato legal y doctrinal montado por SANTAMARÍA DE PAREDES a finales del siglo pasado, al utilizar las cuestiones formales como criterio de distinción entre lo reglado y lo discrecional y al reconocer que sólo en los casos de actuación reglada podrá existir el Derecho administrativo preexistente que afirmara al actor en la vía contencioso-administrativa. El llamado «derecho al trámite», que introduce la confusión en el terreno dogmático, surge, pues, de este doble criterio apuntado: lo reglado presupone la existencia de un derecho, y como por otra parte el acto reglado es tal porque está sometido a la observancia de formas y trámites, la consecuencia resultante no es otra que la de reconocer un

derecho al trámite, un derecho a la forma como verdadero derecho subjetivo.

El panorama hoy es bien diverso, porque, en primer lugar, no es ya necesario un derecho para acudir a la vía contenciosa; en segundo lugar, porque se sabe con absoluta certeza, hasta el punto de considerarlo un lugar común, que lo reglado y lo discrecional no son campos absolutamente separados; en tercer lugar, porque lo reglado no se distingue de lo discrecional con arreglo a un criterio formal, sino en función de los términos en que venga reconocida en el Ordenamiento la potestad administrativa que en cada caso se actúe, lo cual es radicalmente distinto, y, en cuarto y último lugar, porque la actividad discrecional también es hoy susceptible de revisión.

Eliminados hoy todos los rasgos definidores de la situación anterior y sustituidos por otros diferentes, en el que los viejos obstáculos a la misión del Juez han desaparecido, el vicio de forma resulta, naturalmente, replegado a lo que siempre debió ser de no haber sido necesario obligarlo a jugar un papel superior a sus fuerzas con unos fines, eso sí, dignos de toda alabanza. Este repliegue ha hecho resurgir una conciencia adormecida por la existencia de más graves preocupaciones y más importantes metas, la conciencia de todo jurista de que lo realmente importante es la justicia en la decisión del fondo de los debates y no la escrupulosa observancia de las formas prescritas, que, por su propia naturaleza, no son sino instrumento de acceso a esa justicia que también puede conseguirse, como es evidente, por otros cauces distintos (19).

Esta conciencia a que se alude no es cosa de hoy ni ha sido suscitada por la nueva legislación, ha existido siempre, si bien se haya visto oscurecida y ocultada hasta que han desaparecido los obstáculos antes apuntados. De ello existen pruebas en nuestra vieja jurisprudencia, como la *sentencia de 29 de enero de 1915*, cuyos términos no pueden por menos

(19) La observación clásica de LAFERRIÈRE (*Traité...*, cit., tomo II, pág. 250) respecto al cumplimiento de las formas como *presunción* de la corrección de las decisiones de fondo es, en este sentido, absolutamente precisa. Por eso, recordarla aquí y ahora, es obligado: "A cada una de estas formalidades corresponde en el pensamiento del legislador un medio de evitar un error, de impedir una injusticia, de asegurar la madurez y la oportunidad de la decisión, de tal suerte que el acto *no se presume correcto* más que si todas las formas requeridas han sido observadas. Tal es la idea general que preside la anulación por vicio de forma". En cuanto *presunción* y *presunción iuris tantum*, la corrección de la decisión puede existir y revelarse como tal, a pesar de que las formas se hayan incumplido parcialmente. Este incumplimiento obliga, simplemente, a poner más cuidado en el examen de la decisión de fondo, porque la omisión de un trámite o la infracción de una regla formal hace presumir, en principio, que, de alguna manera, éstas se han reflejado o han trascendido a aquélla.

de sorprender si se los compara con otros pronunciamientos de esta nueva etapa que más parecen haber sido producidos cien años atrás. Dice así dicha sentencia :

«Por otra parte, que cuando las Leyes y Reglamentos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos» (20),

Hasta tal punto es precisa y exacta la doctrina contenida en esta vieja sentencia que se reproduce su contenido, aun sin citarla expresamente, en muchas sentencias recientes, como, por ejemplo, en la de 21 de enero de 1963, que emplea incluso las mismas palabras.

No obstante esto, la tónica jurisprudencial ha discurrido, como es bien conocido, por otros cauces, concretamente el del rigor en la apreciación de los defectos formales, el del derecho al trámite, el del carácter de orden público de las normas de procedimiento, tal y como se expresan en las sentencias que desde el principio se han venido manejando, sin que ello quiera decir, naturalmente, que la sentencia de 21 de enero de 1915 sea un caso aislado.

La fuerza de esta línea jurisprudencial ha sido tal que, cuando han desaparecido las razones que justificaban el empleo de estos conceptos forzados y carentes de rigor dogmático y se han derrumbado los obstáculos que con aquéllos se pretendía salvar, la música ha seguido sonando, se ha independizado de la letra y ha seguido siendo coreada sin ningún motivo, dando lugar a contradicciones, equívocos y disonancias al confundirse con el sonido de la única legítima, la del carácter subordinado e instrumental de las formas.

Así, por ejemplo, las abundantísimas sentencias de esta nueva etapa, que siguen insistiendo en la declaración de la nulidad de lo actuado, en perjuicio del recurrente, cuando aprecian la existencia de un defecto en la notificación del acto recurrido, o cuando observan la omisión del trámite de audiencia al que, sin más, califican de esencial, sin tener en

(20) La cita FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Ed. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1929, pág. 216, y también GARRIDO FALLA, *Los motivos de impugnación del acto administrativo*, en el número 17 de esta REVISTA, pág. 23.

cuenta que en el expediente el recurrente no ha estado indefenso en modo alguno, puesto que ha hecho oír y ha podido aportar sus descargos y alegaciones y ha vuelto a repetirlos en alzada, o cuando anulan, sin entrar en el fondo, un justiprecio expropiatorio por entender que el defecto observado en la composición del Jurado es por sí mismo esencial, o cuando anulan una disposición general por haberse omitido el informe previo de la Secretaría General Técnica correspondiente (21) y en tantos otros casos, sin detenerse a valorar en ninguno de ellos la incidencia que dichos defectos hayan podido tener sobre el sentido y contenido de la decisión misma.

Esta línea jurisprudencial mantenida por inercia va, desde luego, reduciéndose en su ámbito día a día, en tanto que va ocupando el espacio que esa reducción deja libre una segunda línea —la representada por la sentencia de 29 de enero de 1915 y sus concordantes— que, partiendo también de la consideración previa del carácter de orden público de los vicios de forma, es decir, del mismo presupuesto básico que la anterior, enfrenta a esta consideración el principio de economía procesal y los criterios hoy establecidos por el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, distinguiendo cada vez con más precisión, entre formalidades sustanciales y no sustanciales, a través de una valoración de conjunto de todo lo actuado y del propio estudio del fondo del asunto. Un

(21) No tiene demasiado interés citar aquí ejemplos de estas sentencias, que se encuentran con toda frecuencia en cualquier repertorio anual de jurisprudencia. Si lo tiene, en cambio, referirse a un ejemplo notorio, que más adelante se volverá a citar: el de las sentencias de 7 de febrero de 1966 y 3 de junio de 1967, anulatorias de dos Ordenes del Ministerio de Educación y Ciencia, que creaban en las Facultades de Farmacia de las Universidades de Madrid y Granada otras tantas Escuelas de Perfeccionamiento profesional de *Análisis clínicos*. Ambas pronuncian la nulidad de estas Ordenes, disposiciones generales, por haberse omitido el informe de la Secretaría General Técnica y el de las Corporaciones profesionales —médicos y farmacéuticos— afectadas por las mismas. Ambas Corporaciones profesionales estuvieron presentes en ambos procesos. La cuestión, por otra parte, es una cuestión de estricto derecho: si es o no legalmente posible en el marco del Ordenamiento vigente, y especialmente del Ordenamiento universitario, la instalación en una Facultad de Farmacia de una Escuela llamada a enseñar análisis clínicos, es decir, una especialidad definida como médica en la Ley de 20 de julio de 1955, con independencia del problema de la posibilidad legal de que los farmacéuticos puedan realizar este tipo de análisis en los casos en que la Ley lo permita. Por lo demás, la importancia o trascendencia del informe de la Secretaría General Técnica no parece aquí muy grande, desde el momento en que también emitió su opinión el Consejo Nacional de Educación, como se desprende de dichas sentencias. El problema apuntado sigue en pie, puesto que la Orden anulada por la sentencia de 7 de febrero de 1966 ha sido reproducida por la de 16 de diciembre del mismo año, que ha promovido a la condición de Escuela de Perfeccionamiento Profesional de Análisis Clínicos al antiguo Laboratorio Oficial de Farmacia de Madrid.

breve repaso de algunos de los pronunciamientos más significativos de esta segunda línea jurisprudencial parece aquí obligado :

Sentencia de 3 de marzo de 1964.

«Es doctrina constante de este Tribunal que la nulidad es un remedio procesal para impedir que las faltas jurídico-procesales de carácter grave que hayan producido indefensión pervivan en perjuicio de la persona afectada por tales graves infracciones legales o de forma, siendo, por tanto, como dice la *sentencia de 27 de noviembre de 1962*, los vicios de un expediente capaces de causar su nulidad *únicamente aquellos que producen indefensión de las partes o desvirtúan por completo el fondo y contenido de las actuaciones, desnaturalizándolas en su esencia*, circunstancias que, en modo alguno, concurren en la demora en la tramitación de un expediente».

Sentencia de 10 de noviembre de 1959.

«La jurisprudencia ha distinguido perfectamente los supuestos de nulidad de sustancia esencial, insubsanables, de aquellos otros de nulidad originaria por incurrir en infracciones de las normas jurídicas, pero que pueden ser convalidadas, siempre que esas infracciones con germen de nulidad no se acompañen de una *indefensión total o de una privación de elementos de conocimiento y de juicio necesarios para la debida decisión del problema* a ella sometido, en cuyo caso los defectos formales abocan a la anulabilidad».

Sentencia de 6 de noviembre de 1963.

«No basta la omisión de uno o varios trámites para motivar siempre la nulidad de la resolución que en él recaiga, sino que es preciso ponderar en cada caso concreto, como dice la *sentencia de 22 de diciembre de 1954*, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, *la falta de defensa*, que ella haya *realmente* originado y, *sobre todo*, *lo que hubiera podido variar el acto administrativo* origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental *principio de economía procesal* impide que se anule la resolución de actuaciones administrativas, retro trayéndolas al momento que se omitió un trámite *preceptivo*, si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula,

como preconiza la doctrina de las posturas excesivamente legicistas que se producen al considerar la nulidad como consecuencia lógica de determinados vicios del acto administrativo, sino que hay que tener también presente *la apreciación de los intereses en juego*» (22).

Sentencia de 22 de noviembre de 1964.

«La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante y repetida en el sentido de que tan sólo pueden producir la nulidad de actuaciones las omisiones procesales de verdadero alcance sustancial por quebrantar el derecho de defensa de los interesados, por alterar las normas jerárquicas de competencia o *por privar de algún elemento esencial de conocimiento*».

Estos mismos razonamientos se recogen en la *sentencia de 9 de octubre de 1957*, que añade:

«... y las demás infracciones que, aun revistiendo apariencias semejantes, por sus circunstancias y *falta de consecuencias*, no pueden producir la nulidad de actuaciones».

A esta breve lista conviene añadir algunos pronunciamientos positivos, esto es, algunas declaraciones de nulidad por defectos de forma, que

(22) Un buen ejemplo del valor que hay que dar a “los intereses en juego” a la hora de apreciar la importancia de los defectos de procedimiento, lo proporciona la *sentencia de 8 de mayo de 1966*, producida en un recurso contra el justiprecio derivado de una expropiación en el que hubo error en las hojas de aprecio de los particulares y de la Administración al valorar la industria como elemento a expropiar, cuando, en rigor, sólo podía valorarse el traslado. Dice así uno de los Considerandos de la sentencia:

“Que el error a que se alude en el anterior Considerando que incidieron las partes al hacer la valoración de la industria, error, como dicho queda, implícitamente compartido por el Jurado, exagera aún más las dificultades para fijar la justa ecuación entre el bien de que se priva al expropiado y su equivalente dineral, toda vez que la propiedad no respalda con elementos probatorios directamente dirigidos a tal fin los ciertos y reales perjuicios que se le ocasionan con el traslado de la industria y que constituyen el meollo del *quantum* que forma el justiprecio, y si bien este error u omisión produciría, con una rigorista aplicación de los principios de legalidad procesal, la nulidad de lo actuado, el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar la ocupación provisional, la desaparición de la mayor parte de los elementos materiales objeto de expropiación (ya el Jurado en la diligencia de inspección sólo apreció ruinas de la obra de fábrica), juntamente con la circunstancia de no haber sido solicitada tal nulidad por las partes, hace paliar tal principio de legalidad, dulcificándolo con la equidad para el más pronto logro de lo que, en definitiva, debe constituir uno de los fines esenciales del Derecho, el traducir el ideal de la justicia de dar a cada uno lo suyo”.

A continuación afirma la sentencia que “de la prueba aportada en autos por la parte recurrente puede deducirse...”, y de este modo reconstruye los hechos.

contribuyen a delimitar, desde la perspectiva contraria, la virtud anulatoria del defecto de forma. Así, la *sentencia de 28 de enero de 1967*, deja sin efecto la apelada, que había confirmado el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación de La Coruña, por no estar motivado «con el mayor rigor y detalle», por estimar que:

«... *la falta de antecedentes y detallada fundamentación que imperativamente prescribe el citado artículo 43 impiden a esta Sala decidir con acierto el problema de fondo planteado, como ya anticipó en su reciente sentencia de 13 de diciembre de 1966*».

Esta última, al enfrentarse con un supuesto análogo al anterior, lo resolvía en el mismo sentido, diciendo que:

«al no fundamentarse en forma alguna y mucho menos con el rigor y detalle que imperativamente ordenan los preceptos legales citados..., y como esa falta de fundamentación, de exposición de antecedentes y de sistemas valorativos, *impiden que la Sala pueda formar criterio acerca del verdadero valor de los bienes expropiados*».

Esta breve reseña parece suficientemente ilustrativa de la más correcta doctrina jurisprudencial y expresa con claridad los criterios con arreglo a los cuales deben valorarse los vicios de forma. Dichos criterios no son otros que los siguientes: necesidad de apreciar los intereses en juego, las circunstancias y consecuencias del defecto observado; privación de los elementos de juicio necesarios para decidir; falta de defensa que el vicio o la infracción haya realmente originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo afectado de no haberse producido la infracción, puesto que sólo cuando sea presumible que el defecto haya desvirtuado el fondo y contenido de la decisión, es legítima la anulación por este motivo.

Esta última regla es bien clara y su corrección dogmática y legal absolutamente indudable. Su aplicación exige una valoración pormenorizada del caso concreto y, por supuesto, un estudio del fondo de la controversia y del conjunto de las actuaciones. En este sentido es de destacar la segura doctrina jurisprudencial que se ha venido estableciendo recientemente a propósito del más socorrido de los vicios de forma —la omisión del trámite de audiencia—, constantemente esgrimido por los particulares alentados por la jurisprudencia tradicional,

que ha venido otorgándole un carácter esencial. Esta doctrina jurisprudencial advierte la reducibilidad consustancial del vicio de forma y rechaza la alegación de la falta de audiencia cuando, por unas u otras razones, no ha determinado la indefensión del recurrente. Merece la pena citar aquí alguno de estos pronunciamientos:

Por ejemplo, la *sentencia de 13 de enero de 1961*, que se produce con ocasión de un expediente de apertura de farmacia, uno de los procedimientos en que con más frecuencia tiene lugar el defecto a que se alude. Dice así la referida sentencia:

«El Tribunal debe mantener el tradicional criterio, más tarde recogido explícitamente por la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual la falta de audiencia susceptible de acarrear la nulidad de actuaciones y resoluciones es la sustancial, calificada por la indefensión del que no fue oído o por haber privado de elementos esenciales de conocimiento al órgano oficial, supuestos uno y otro que no pueden ser apreciados en el caso de autos, dada la abundante intervención que en las diligencias tuvo la parte recurrente y la decisiva circunstancia de que promovió la alzada y reposición sin limitaciones para la exposición e ilustración de su criterio, ponderado en su momento por la Administración, que no necesitó practicar nuevas diligencias repetitorias por estar suficientemente precisada la cuestión resuelta».

Otro tanto se afirma en los mismos términos en la *sentencia de 17 de marzo de 1964*, que añade a la argumentación anterior un nuevo elemento, tras referirse a la interposición de los recursos de alzada y reposición: «... y, en último término, accionando en esta vía contencioso-administrativa contra la disposición directiva», con lo cual se reconoce también, muy justamente, la trascendencia del propio recurso contencioso en orden a la reducibilidad del defecto de forma, dejándose en claro que a lo que se acude al Juez del contencioso es a pedirle una decisión de fondo de una controversia mantenida con la Administración y no simplemente una actividad inspectora de la conducta formal adoptada previamente por el órgano administrativo.

En este mismo sentido tiene interés aludir a la *sentencia de 29 de octubre de 1962*, cuyo razonamiento, un poco excesivo tal vez en la expresión, es realmente irreprochable, en cuanto que para la valoración del defecto parte del principio general que da sentido al trámite —*nemo danmari inaudita parte*—. Dice así:

«Nadie debe ser condenado sin ser oído; pero la garantía y encuadramiento procesal de tal principio ofrece abundantes modalidades administrativas —anuncio o publicación, notificación, audiencia, puesta de manifiesto del expediente— y, en muchos casos, por su sencillez y naturaleza especial, el cauce primero señalado al desarrollo de tal principio es el recurso de reposición o el de súplica y alzada, pues la finalidad esencial de tal principio es evitar la indefensión, y por ello solamente cuando tal indefensión se produzca determinará el defecto de forma una anulabilidad con arreglo al artículo 48-2».

Precisada en estos términos la línea jurisprudencial que se comenta, resta únicamente hacer referencia aquí a dos tipos de cuestiones: En primer término, es preciso llamar la atención sobre el pie forzado de que la jurisprudencia parte, aun la buena jurisprudencia a que se ha venido haciendo referencia, pie forzado heredado de la óptica tradicional y que consiste en la calificación previa como de orden público de todas las cuestiones relativas al procedimiento. Esta calificación previa no resulta, como hemos visto, de ninguna exigencia dogmática o institucional, que sólo es predicable de los supuestos de nulidad absoluta, entre ellos la incompetencia manifiesta y la falta absoluta de procedimiento, y su aplicación general al vicio de forma no hace sino dificultar su valoración, obligando en muchos casos, cuando no existe conciencia clara de la cuestión, a un esfuerzo argumental superabundante y, en rigor, innecesario, dada la simplicidad del planteamiento dogmático de los problemas de forma en el Derecho administrativo.

Por otra parte, la óptica de orden público hace pensar en una serie de consecuencias y de cuestiones conexas que altera los esquemas básicos en forma peligrosa. En este sentido, por ejemplo, la doctrina tradicional del orden público, basada tópicamente *a posteriori* en una peculiar interpretación del carácter revisor de la jurisdicción, sigue proyectando su influencia o, si se quiere, su sombra, introduciendo un elemento más de confusión.

El vicio de forma no es más que lo que la línea jurisprudencial últimamente comentada ha advetrido. Su situación en el contencioso-administrativo no es otra cosa que la señalada y su virtud invalidante no va, en fin, más allá de los límites que dicha línea jurisprudencial ha venido precisando. Todo lo demás es extraño y ajeno al cuadro dogmático en vigor, y por ello debe ser eliminado o rechazado sin vacilaciones, en un proceso de depuración que lleve a sus últimas consecuencias aquel cuadro

dogmático y que permita, definitivamente, soltar el lastre acumulado a lo largo de la evolución.

Todo ello obliga a referirse, finalmente, al problema de la nulidad de actuaciones, que, aun siendo simple secuela y colofón del que nos ha venido ocupando, requiere, por su trascendencia, un análisis separado.

5. *El problema de la declaración de nulidad de actuaciones.*

Con lo que antecede ha quedado resuelto el tema relativo a la eficacia invalidante del vicio de forma o por lo menos una parte importante del mismo: lo relativo a los criterios en base a los cuales puede reconocerse, en principio, a los defectos formales, virtud bastante para determinar la anulación en vía contencioso-administrativa del acto a que afectan. Se sabe, pues, que sólo cuando apreciadas todas las circunstancias del caso, resulte que el vicio haya realmente producido una indefensión decisiva y no remediable en el propio proceso, impidiendo la aportación de los elementos de juicio necesarios para decidir e incidiendo sobre la decisión misma, desviándola del rumbo que en caso contrario hubiera adoptado, puede declararse la nulidad del acto en base a la existencia del vicio de forma en cuestión.

Se ha empleado intencionadamente, además, el término facultativo «puede», porque la cuestión a resolver es precisamente la de averiguar si esta declaración es obligada para el Juez, una vez que haya llegado al convencimiento de la gravedad de la incidencia de la infracción sobre el contenido de la decisión objeto del recurso, es decir, si el Juez «debe» declararla, vista la trascendencia del vicio, o, simplemente «puede» llevar a cabo esa declaración, pero no está obligado a ello.

El problema tiene un interés verdaderamente sustancial desde el momento en que no existe una conciencia clara del mismo en la jurisprudencia, y que, por otra parte, la doctrina de la prioridad de pronunciamientos, pieza fundamental de la óptica del orden público, compartimenta los tres pronunciamientos posibles con absoluta independencia, esto es, concibiéndolos como obstáculos sucesivos, como decisiones incompatibles entre si y excluyentes unas de otras, según el orden establecido, en el que el de nulidad de actuaciones ocupa, como es sabido, el primer lugar.

Una vez precisada esta primera cuestión, hay que completarla, en el supuesto en que se llegue a la conclusión de que la declaración de nulidad del acto afectado por un vicio de forma no es obligada en todo caso,

decidiendo cuáles son los casos en que resulte procedente adoptarla y en base a qué criterio pueden determinarse estos casos.

Será preciso también analizar con un cierto detalle las razones que tradicionalmente viene manejando la jurisprudencia en apoyo de su también tradicional solución ya conocida.

Será necesario, en fin, analizar el alcance que debe tener la declaración de nulidad del acto viciado, esto es, si es correcta institucionalmente la declaración de la nulidad de las actuaciones, con la consiguiente condena a retrotraer el expediente al momento en que el vicio de forma fue cometido, dentro del marco institucional del proceso contencioso.

a) *Vicio de forma y decisión de fondo: El principio de economía procesal.*

Para resolver estas cuestiones es necesario partir de la naturaleza propia del vicio de forma y de su carácter instrumental. Si éste es simple instrumento para llegar a la decisión de fondo y si lo realmente fundamental es comprobar la corrección de esta decisión de fondo, sólo cuando esta última sea disconforme con el Ordenamiento jurídico y esta disconformidad sea atribuible al defecto formal, procederá la anulación del acto recurrido, porque, en otro caso, faltaría todo *nexo de causalidad* entre el vicio de forma y la decisión de fondo tal y como ésta se ha producido realmente y la anulación del acto en el que se ha apreciado el defecto formal en cuestión resultaría gratuita, puesto que la Administración hubiera llegado siempre a la misma decisión, aunque el vicio o defecto no se hubiera cometido.

La anulación del acto afectado por un vicio de forma en estos casos no hará sino obligar a la Administración a tramitar un nuevo expediente, formalmente correcto, que terminaría con una decisión idéntica en el fondo a la anulada y eventualmente como aquélla, ajustada a Derecho, en cuanto a su contenido sustancial, que, caso de ser impugnada nuevamente, tendría que ser confirmada por el Juez.

Este absurdo resultado implica una duplicación de la actividad administrativa y de la actividad jurisdiccional, que debe ser evitado por razones obvias de economía procesal.

La valoración del vicio de forma debe ser hecha, por tanto, en función del fondo del asunto como la jurisprudencia antes citada se cuidaba de precisar, averiguando el nexo causal existente entre aquel defecto formal y la decisión misma, y cuando estudiado el fondo el Juez llegue a la conclusión de que la decisión impugnada es correcta debe procla-

arlo así, declarando la intrascendencia del defecto formal alegado, por importante que éste sea, para evitar una duplicación inútil, segundo proceso que, eventualmente, pudiera plantearse.

El principio de economía procesal, expresamente establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 29 y concordantes), pero que por su propia naturaleza no requiere consagración legal, ya que resulta institucionalmente de la propia configuración de todo proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones, viene siendo admitido por la jurisprudencia cada vez con mayor naturalidad, en esta última época, aunque no fuera desconocido con anterioridad (23).

Interesa citar aquí algunos pronunciamientos recientes que lo aplican correctamente, puesto que son muchos los casos en que ni siquiera se maneja y no es infrecuente tampoco que se niegue expresamente su aplicabilidad, como lo hizo la *sentencia de 24 de noviembre de 1966*, cuya transcripción parcial se hace a continuación a efectos descriptivos. Dice así esta sentencia:

«Que el primer Considerando de la sentencia apelada, al referirse al indicado extremo se expresa «que aunque el funcionario técnico miembro del Jurado de Expropiación debe ser uno y no varios, con el fin de evitar una segunda declaración de nulidad de actuaciones puede tenerse por subsanada la irregular constitución inicial con la intervención posterior del Vocal Ingeniero de Minas, pero resulta obvio que dicho razonamiento no puede ser acogido

(23) Un ejemplo antiguo de aplicación del principio de economía procesal en sentido que se propugna en el texto lo ofrece la *sentencia de 23 de noviembre de 1935*, producida en un recurso promovido contra el acuerdo de destitución de un Secretario de una Corporación Social. El Tribunal Provincial había anulado el acuerdo por vicios de procedimiento. Pues bien, el Tribunal Supremo acepta la existencia de estos vicios y hasta descubre uno nuevo —falta de informe del Colegio Oficial del Secretariado de la Provincia—, pero, a pesar de ello, entra en el fondo y afirma que los cargos no están probados, no constituyen falta o han sido desvirtuados por la jurisdicción criminal al sobreseer el sumario. Dice así la sentencia:

“Considerando que esa suma de infracciones, causa de indefensión del acusado y en su beneficio establecidas, deben subsanarse si la reposición del expediente y la práctica de las diligencias omitidas pueden destruir o debilitar los cargos obtenidos sin aquellas garantías, pero llevarían a una perjudicial dilación contraria a los principios de economía procesal, si en todo caso no hay cargos probados o no constituyen la falta imputada y corregida”.

Y después de esto pasa a examinar el fondo, para terminar:

“Considerando que estas razones de fondo demuestran cómo la destitución del Secretario fue indebida, aun prescindiendo de las garantías procesales que amparan su derecho, y por tanto es procedente revocar el acuerdo municipal impugnado, mandando reponer al funcionario con todas las consecuencias legalmente establecidas”.

porque es incuestionable que la evitación de una segunda declaración de nulidad de actuaciones no constituye una finalidad que se ampare en precepto legal alguno y en su favor sólo se aducen consideraciones de posible economía procesal que por sí solas no pueden bastar para estimarlas como determinantes de subsanación de irregularidad de un acto tan esencial en materia de expropiación forzosa como es el justiprecio del bien expropiado por un órgano colegiado constituido con infracción de Ley y que adolece por ello de vicio de nulidad».

Por el contrario, el principio de economía procesal aparece sólidamente establecido en muchas sentencias recientes, cuya argumentación es absolutamente irreprochable en cuanto que lleva a sus últimas consecuencias la instrumentalidad institucional del vicio de forma. Así, por ejemplo, la *sentencia de 26 de marzo de 1968*, tras aludir a la formulación tradicional de la doctrina del orden público, afirma:

«Que, no obstante la anterior doctrina sobre la preferencia de enjuiciamiento de los defectos procedimentales, cuando el examen total del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes en la vía jurisdiccional, permiten deducir la procedencia de anular los actos recurridos, como contrarios a Derecho por razones de fondo, de tal manera que, aun respetándose por la Administración los trámites procesales, subsistiría la disconformidad del pronunciamiento administrativo con el Ordenamiento jurídico, resulta indicado resolver directamente el fondo de la cuestión debatida, pues una elemental razón de economía procesal determina la improcedencia de anular el procedimiento administrativo para repetir la tramitación si de todas formas la decisión que se adoptara habría que reputarla igualmente ilegal» (24).

Por su parte, la *sentencia de 7 de febrero de 1967*, confirmando la dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla el 8 de marzo

(24) El objeto del recurso resuelto por dicha sentencia consistía en unos acuerdos de la Comisión Provincial de Urbanismo de Vizcaya, adoptados con omisión del trámite de audiencia, por los que se determinó la paralización de las obras de construcción de cuatro bloques de viviendas en Baquio, iniciadas por los recurrentes, previa obtención de la consiguiente licencia municipal. La ilegalidad de fondo se apoya en la afirmación de que el artículo 212 de la Ley del Suelo ha sido derogado por la Ley de Procedimiento Administrativo y por la propia Ley Jurisdiccional, a tenor de las cuales la suspensión de acuerdos municipales sólo puede hacerse por el Gobernador civil "con la garantía que supone la inmediata intervención de esta jurisdicción".

de 1966, precisa con gran exactitud los términos de la aplicabilidad de dicho principio, diciendo:

«Que a los defectos o irregularidades que acusa la actora —los mismos que delató anteriormente acumulados con la alegación de no obrar todas las diligencias relativas al acta previa de ocupación en el expediente administrativo enviado— no puede concedérseles una trascendencia y una importancia que vengan a comportar una nulidad de actuaciones; en primer lugar, porque a nivel que éstas se encuentran —determinación por esta jurisdicción contencioso-administrativa del precio justo tras haberlo fijado las partes primero y el Jurado provincial también— sería siempre medida estéril e ineficaz, que a nada práctico conduciría y, en segundo lugar, porque desarrollándose este proceso y esta resolución en torno a dicha fundamental misión de señalar el justo precio del bien expropiado no puede decirse que aquellos posibles defectos o irregularidades le hayan producido indefensión alguna ni por otro lado privan a la Sala de tener a su alcance y vista todos los medios necesarios para desempeñarla».

De todo lo expuesto se deduce, pues, que la anulación de un acto administrativo por defectos de forma exige siempre un estudio del fondo de la decisión que contiene y una valoración de la conformidad de la misma con el Ordenamiento jurídico, con el fin de averiguar si en el caso enjuiciado ha existido o no una relación causal entre el vicio formal y la decisión misma. Si esta relación causal no existe, y del estudio global del problema se desprende que la solución dada al caso por la Administración es correcta en cuanto al fondo y hubiera sido la misma, aunque el vicio no hubiera existido, la intrascendencia del defecto formal resultará patente y el Juez, por razones de economía procesal, deberá declarar la corrección sustancial del acto impugnado (25).

Ahora bien, ¿qué ocurrirá si el Juez llega a la conclusión de que el vicio de forma ha influido en la decisión de fondo y ésta, tal y como se ha producido realmente, no es conforme al Ordenamiento jurídico? En este caso el principio de economía procesal también debe jugar su papel, evidentemente, y en evitación de un segundo pleito el Juez debe declarar,

(25) Nuevamente aquí es necesario recordar la cita de LAFERRIÈRE hecha en la nota 19. El cumplimiento o incumplimiento de las formas no es sino una simple presunción *iuris tantum* de la corrección o incorrección de las decisiones de fondo, que está subordinada siempre a lo que resulte del examen de estas últimas.

si es que existe, tanto la infracción formal como las infracciones sustantivas apreciadas al estudiar el problema previamente para averiguar la trascendencia de aquélla, puesto que no tendría sentido silenciar que el acto impugnado ha sido dictado con desviación de poder o con infracción del principio de igualdad ante la Ley, además de haber incurrido en un defecto formal de grave trascendencia. En este caso, por las mismas razones de economía procesal, un pronunciamiento sobre el fondo, esto es, una declaración de la desviación de poder y de la infracción del principio de igualdad ante la Ley, parece obligada a fin de que estos vicios no sean repetidos cuando el defecto formal, también existente, se subsane al tramitar de nuevo el expediente.

Esto supuesto, cabe preguntarse qué papel tiene entonces el vicio de forma, al que el Ordenamiento reconoce virtud anulatoria, si bien restringida, cuanto que es también una infracción del Ordenamiento jurídico, una «ouverture» del recurso contencioso. Responder a esta pregunta no es difícil, sin embargo, si se atiende a cuanto acaba de exponerse.

En efecto, antes se ha dicho que para averiguar la trascendencia del vicio de forma es necesario proceder a un estudio de conjunto del problema debatido. Ahora bien, al realizar este estudio el Juez puede advertir que, en efecto, el vicio de forma ha jugado un papel importante y que, presumiblemente, ha incidido de modo sustancial sobre la decisión de fondo, pero puede ocurrir también que su indagación sobre la corrección o incorrección sustancial de la decisión de fondo no sea posible en su totalidad en la medida en que precisamente el vicio de forma ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada. En otras palabras, es posible que con los datos obrantes en autos, bien hayan sido traídos por las partes o aportados en virtud de la práctica de diligencias para mejor proveer, no pueda llegar el Juez a valorar definitivamente el acto recurrido en cuanto al fondo. En este caso, no siendo posible averiguar la corrección o incorrección sustancial de la actuación administrativa objeto del recurso, el Juez no tiene otro remedio que declarar la nulidad del acto impugnado en base a la existencia del defecto formal advertido. Este es, justamente, el planteamiento de las sentencias antes citadas de 13 de diciembre de 1966 y de 28 de enero de 1967, en las que se dice que «la falta de exposición de antecedentes, de detallada fundamentación y de criterios valorativos» impedía a la Sala formar criterio acerca del verdadero valor de los bienes expropiados y decidir con acierto el problema de fondo planteado.

El criterio clave determinante de la anulación en vía contenciosa de un acto administrativo, en cuya producción se ha cometido un vicio de

forma verdaderamente trascendental es, pues, el que acaba de enunciarse. Sólo cuando a consecuencia de dicho vicio sea imposible al Juez decidir con acierto el problema de fondo planteado, es correcta la anulación del acto por vicio de forma, puesto que en todos los demás casos, es decir, cuando la decisión de fondo es posible en sentido positivo o negativo, el principio de economía procesal impone y exige pronunciar la decisión que corresponda sin tener en cuenta el vicio de forma. En definitiva, abandonando ya el lenguaje convencional hasta ahora empleado, el vicio de forma sólo es verdaderamente trascendente en este caso, ya que en los demás es posible la decisión del fondo por el Juez y la apreciación de la conformidad o disconformidad *sustancial* del acto impugnado con el Ordenamiento jurídico, que es el fin propio del proceso.

El vicio de forma no es otra cosa, por tanto, que un indicio de la posible incorrección de la decisión de fondo, una pista a seguir para averiguar esta incorrección, una presunción de ilegalidad o injusticia del acto a que afecta, presunción *iuris tantum* que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar lo contrario, es decir, la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del vicio de forma observado.

b) *Vicio de forma y nulidad parcial.*

Dentro de la misma línea argumental que se viene desarrollando es necesario referirse a un supuesto singular, el de aquellos actos administrativos o disposiciones generales cuyo contenido no se reduce a una sola declaración o a un solo tipo de declaraciones interdependientes. El supuesto, posible siempre en términos técnicos, es en la práctica un supuesto casi general cuando el objeto de la impugnación es una disposición de carácter general.

En este sentido la solución no ofrece mayor problema, puesto que viene dada expresamente por el artículo 50-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al establecer que «la invalidez parcial del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquélla». El precepto legal transcrito consagra, pues, en forma explícita la reducibilidad del acto, la posibilidad de su nulidad parcial, también contemplada por el artículo 84-a) de la Ley jurisdiccional, en aplicación, en ambos casos, del principio general expresado en la máxima tradicional «*utile per inutile non vitiatur*».

La cuestión es tan clara que no merece la pena detenerse en analizar su fundamentación, que no es otra que la instrumentalidad misma del

vicio de forma en la que se viene insistiendo desde el comienzo. Interesa únicamente subrayar de algún modo cómo esta solución evidencia también la incorrección de la práctica usual de la generalización de los efectos invalidantes del vicio de forma implícita en la retroacción del expediente al momento en que el vicio fue cometido y hacer referencia expresa a alguno de los escasos pronunciamientos jurisprudenciales que acogen esta clara solución.

Así, por ejemplo, la *sentencia de 2 de abril de 1966* (Ponente, CORDERO TORRES), dictada en el asunto de los «*vinos de Huelva*», es ejemplar en este sentido. Impugnado por determinadas Sociedades Vinícolas de Jerez, el Reglamento de la denominación de origen «Huelva», cuyos artículos 3.º, 5.º y 10 incluían dentro del ámbito de la denominación el término municipal de «Manzanilla», así como el vino de esta clase y otros incluidos dentro de marcas registradas y conocidas en el tráfico como propias de los cultivadores de Jerez, los recurrentes alegaron la omisión de determinados trámites procedimentales en la elaboración del Reglamento, entre ellos el informe exigido por el artículo 36 del Estatuto del Vino y el impuesto por el artículo 2.º del Decreto de 10 de julio de 1936, ambos concordantes con el párrafo cuarto del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, además de otras infracciones de fondo.

Pues bien, la sentencia en cuestión afirma en uno de sus Considerandos que ambas omisiones

«privaron al Ministerio autor de la disposición impugnada y de su deficiente corrección del conocimiento de un punto de vista expresivo de intereses tan importantes —los relacionados con el Comercio Exterior— que son objeto de abundante mención en el propio texto reglamentario y le privaron también de conocer el contrapuesto parecer de los intereses reconocidos y amparados legalmente por la regulación de la denominación de origen "Jerez, Xeres, Sherry"... , con todo lo cual queda indicado *que son legalmente exactas y por ello estimables las tachas de nulidad* que los recurrentes oponen a la Reglamentación de 27 de diciembre de 1963 combatida»;

pero lejos de detenerse ahí y declarar sin más la nulidad del Reglamento impugnado, según la práctica al uso, la sentencia precisa con acierto que

«por motivos de economía procesal, amparados en los artículos 29

y 52 de la Ley de 17 de julio de 1958, sea dable su limitación a los tres artículos objeto de concreta impugnación»,

y después de esto, que es lo que fundamentalmente quería ponerse de relieve aquí, examina y analiza pormenorizadamente las infracciones sustanciales alegadas por los recurrentes en apoyo de su pretensión anulatoria de dichos preceptos para, una vez apreciada la realidad de estas infracciones de fondo, terminar

«considerando que, en definitiva, y por cuanto antecede, el recurso *debe ser estimado en sus pretensiones sustanciales...*, a fin de que, observando los trámites encaminados a garantizar el mayor acierto posible en la regulación de la materia, el Ministerio de Agricultura pueda dictar de nuevo las normas precisas para que la concreción jurídica del régimen de vinos de la zona de origen de Huelva se efectúe sin dañar los derechos del análogo régimen de la zona de origen "Jerez-Xeres-Sherry"».

c) *Vicio de forma, nulidad de actuaciones y retroacción del expediente en la vía jurisdiccional.*

Examinada ya la eficacia anulatoria de los vicios de forma en vía contenciosa, restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento del fondo del asunto, que es, sustancial e institucionalmente, la función propia del proceso y la misión primaria de la jurisdicción, resta referirse a una modalidad tradicional, y como tradicional pacífica y tópicamente admitida, de los fallos en que se acoge el defecto formal como base de los mismos, para declarar la nulidad de lo actuado desde el momento en que el vicio fue cometido, condenando a la Administración a estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a retrotraer el expediente a dicho momento y a reconstruirlo a partir de él.

Esta configuración de los fallos viene haciéndose, como es sabido, tradicionalmente y con un carácter general, afectando tanto a la doctrina jurisprudencial que, sustantivando las formas, aplica en su rigor el esquema típico del orden público y de la prioridad de pronunciamientos, como a esa otra línea jurisprudencial más correcta que considera a las formas con el carácter instrumental que institucionalmente les es propio. En uno y otro caso, si bien difieren las valoraciones previas, el resultado es el mismo, una vez que el defecto de forma se considera determinante del fallo: la declaración de nulidad de lo actuado y la retro-

acción del procedimiento al momento en que el vicio fue cometido. Por esta razón es preciso analizar aquí, con independencia de todo lo anterior, la corrección de esta solución general, así como de los argumentos expresos o implícitos en que dicha solución se apoya, en función, naturalmente, del Ordenamiento jurídico en vigor y de los principios institucionales que le sirven de soporte.

A los solos fines de centrar el problema propuesto, conviene transcribir aquí uno cualquiera de los fallos en que se acoge como determinante de los mismos un defecto formal, sin hacerse cuestión, naturalmente, de los motivos esgrimidos para llegar al mismo, puesto que en este momento interesa únicamente estudiar la estructura misma del fallo. Valga, pues, a estos efectos, la cita de la *sentencia de 7 de marzo de 1967*, cuya parte dispositiva dice así:

«Fallamos que... debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones que dieron origen a los actos impugnados, a partir e incluyendo la comunicación de 4 de diciembre de 1961, así como de dichos actos, *reponiendo aquéllas al momento indicado para que sigan nuevo curso ajustado a la Ley de 17 de julio de 1958 y sean objeto de resolución que decida las cuestiones debidamente planteadas*, sin imposición de costas».

El fallo transcrito, si se prescinde de la alusión a uno de los actos impugnados en el recurso por él resuelto, es una verdadera cláusula de estilo que se viene repitiendo durante los cien años de vida del proceso contencioso en España, como ya se hizo notar en su momento, y en nada difiere sustancialmente de la fórmula utilizada en el Real Decreto, sentencia de 26 de febrero de 1866, en el que ya se afirmaba que «es jurisprudencia del Consejo de Estado cuando en un expediente se nota error esencial o vicio en el procedimiento corregir el uno y subsanar el otro, reponiendo las cosas al estado que tenían cuando se dictó la última disposición ajustada a Derecho».

La fórmula en cuestión es, por tanto, de elaboración jurisprudencial y procede de la primera época del contencioso-administrativo. Tras lo que se ha venido diciendo, no será preciso insistir demasiado en la legitimidad de los recelos que este origen suscita, en cuanto la cuestión aparece íntimamente ligada a los orígenes de la doctrina del orden público, cuya aparición tiene su causa en la estrechez del ámbito inicial de la jurisdicción, en la exclusión de la actividad de puro mando y en la consiguiente concepción del contencioso como una garantía excepcional

construida a partir de supuestos concretos, en lugar de serlo general, como lo es hoy, consagrada constitucionalmente o por la vía legislativa ordinaria, que en el peor de los casos, esto es, en este último, obliga a interpretar en función de esa generalidad los supuestos de exclusión.

En el contexto en que la fórmula aparece resulta obvio que no podía plantear demasiados problemas, ya que, en general, la cuestión de fondo era infiscalizable por el Juez del contencioso. La fórmula en cuestión venía a presentarse más bien como una contemporalización, una fórmula conciliatoria con la que el Juez, al invitar a la Administración a reponer el expediente subsanando el vicio apreciado, quería hacerse perdonar su atrevimiento por anular un acto administrativo en principio infiscalizable.

Por otra parte, esta fórmula, que todo lo más podía considerarse entonces como una oficiosidad, puesto que la Administración era muy dueña de decidir por sí misma si había de reconstruir o no el expediente que dio lugar al acto anulado previa valoración de las circunstancias concurrentes, esto es, si debía o no imponer de nuevo la sanción observando el procedimiento correcto o nombrar al mismo funcionario al que se refería el acto anulado o a otro distinto, contaba con un cierto apoyo institucional: el transfondo jerárquico del recurso y el doble carácter, administrativo y jurisdiccional, del órgano productor del fallo, lo cual en cierta medida justificaba la matización de la declaración anulatoria que simplemente se le pedía por el recurrente, con el recordatorio al órgano productor del acto anulado, de la posibilidad de reproducirlo subsanando el defecto observado.

Una tercera explicación concurrente latía en el fondo de la fórmula empleada: la asimilación de las técnicas procesales, familiares al Juez, y su aplicación a un procedimiento administrativo entonces incipiente, cuya sustantividad e independencia respecto del proceso, ordinario o contencioso-administrativo, no podía ser entonces debidamente apreciada. El proceso contencioso parecía externamente una simple continuación por órganos administrativos en posición de jueces, del procedimiento iniciado por otros órganos de la Administración en posición de administradores, y por ello ningún problema podía plantearse de que al procedimiento administrativo se aplicara la idea de tracto procesal, de interdependencia de los actos integrantes de un proceso, propia de esta última institución.

Sobre estas ideas, formuladas, desde luego, como hipótesis a falta de expresión formal de las mismas en la jurisprudencia de la época, se fue consolidando la fórmula en cuestión al compás de la consolidación misma de la doctrina del orden público, cuyas justificaciones *a posteriori*, entre ellas, principalmente, la alusión al carácter revisor de la jurisdicción se

le fueron aplicando también de una manera tópica y sin plantearse problema alguno.

Pues bien, llegados a este punto, no será necesaria una crítica pormenorizada de las explicaciones y justificaciones apuntadas, que se desprende, sin más, de cuanto se ha expuesto con anterioridad sobre las mismas. Únicamente será necesario analizar la fórmula de la declaración de nulidad de actuaciones y de la reposición del procedimiento, a la vista de los datos legales e institucionales del Ordenamiento en vigor.

En este sentido parece necesario comenzar precisando que esta singular declaración que se añade a la de nulidad misma de los actos impugnados —«debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones que dieron origen a los actos impugnados a partir e incluyendo la comunicación de 4 de diciembre de 1961, *así como dichos actos...*, en los propios términos de la sentencia tomada como ejemplo»— es una declaración no prevista en la Ley de la jurisdicción y, como tal, extraña al proceso contencioso, tal y como éste aparece configurado en la actualidad.

En efecto, el artículo 84 de la Ley jurisdiccional, al establecer el contenido de la sentencia estimatoria dice que ésta

- a) Declarará no ser conforme a Derecho, y en su caso anulará, total o parcialmente, el acto o la disposición recurrida.
- b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.
- c) Si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará diferida al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos, salvo lo previsto en el artículo 79, párrafo 3.

El precepto transcrito concuerda fielmente con el contenido de los artículos 41 y 42 de la propia Ley que configuran las pretensiones de las partes: «la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos o disposiciones impugnados» simplemente o bien éstas mismas, y «además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda».

Para nada se alude como un tercer tipo de pronunciamiento estimatorio o de pretensión ejercitable a la declaración de la nulidad de las actuaciones y la consiguiente reposición del expediente originario al momento en que el vicio invalidante se produjo. Este tipo de declaración es, pues, totalmente ajeno a la configuración legal vigente del proceso contencioso y, por tanto, absolutamente ajeno también al mismo, salvo en el caso excepcional, que no hace sino confirmar la regla de que se recurra un acto de trámite de los que son susceptibles de impugnación, supuesto en el que el fondo es una cuestión de forma. La pretensión básica es, en los propios términos empleados por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley, la pretensión de anulación del acto y su fundamento es esencialmente el mismo en todo caso, es decir, que el acto no sea conforme a Derecho. «Tanto la incompetencia *como el vicio de forma*, la desviación de poder o violación de Ley sigue diciendo el legislador de 27 de diciembre de 1956 —pueden servir de fundamento a las pretensiones y anulación o de plena jurisdicción—, y en cualquiera de las hipótesis, la sentencia estimatoria siempre contiene idéntico pronunciamiento básico: la declaración de ilicitud del acto y, en su caso, su anulación».

La existencia de un vicio de forma trascendente ninguna diferencia proyecta sobre el fallo anulatorio. El vicio de forma, cuando existe y cuando por su gravedad puede producir efectos invalidantes, tiene la misma eficacia, exactamente la misma, respecto de la sentencia que se dicte que cualquier otra infracción del Ordenamiento jurídico incluida la desviación de poder: la de justificar sin más matices y añadidos que los propios de las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada eventualmente ejercitados, la declaración de nulidad total o parcial del acto o disposición impugnados, esto es, la anulación de una parte del contenido de dicho acto o disposición o de la totalidad de uno y otra.

En la Ley jurisdiccional vigente no hay un solo precepto que consagre directa o indirectamente la posibilidad de un pronunciamiento distinto a los enunciados en su artículo 84, como, por el contrario, existen en el ámbito del procedimiento administrativo —artículo 124 de su Ley reguladora—, que es algo, obviamente, distinto e independiente del proceso contencioso.

Si el órgano que resuelve un recurso de alzada puede —en ciertos casos, pero no siempre, desde luego— ordenar que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fue cometido (art. 124 de la Ley de Procedimiento Administrativo) —orden que tiene sentido sólo en el

ámbito de la supremacía jerárquica del órgano que la dicta respecto de los destinatarios de la norma, razón que explica su inserción en el recurso de alzada, recurso jerárquico—, al Juez del contencioso no le es dado otra cosa que pronunciar la nulidad total o parcial del acto impugnado y, en su caso, reconocer la situación jurídica individualizada y adoptar las medidas necesarias para su pleno restablecimiento. Cualquier otro pronunciamiento le está vedado y es jurídicamente improcedente, puesto que está obligado a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes, siempre que éstas estén amparadas por la Ley (26), y ello en virtud del principio de congruencia, establecido por el artículo 43-1 de la Ley de la jurisdicción y sancionado por el artículo 102-1-g) de la misma Ley.

Recordar el marco normativo aludido es importante, en cuanto que pone de manifiesto la falta de base legal de esta tradicional fórmula de la declaración de nulidad de actuaciones, y lo es, sobre todo, por la trascendencia que de hecho tiene la fórmula en cuestión, que en los términos con que se recoge implica una condena a la Administración a dictar un nuevo acto o disposición que a través de un procedimiento regular sustituya al anulado, condena, por lo demás, que la Administración cumple de buen grado y puntualmente cuando se trata de actos de contenido negativo y, en general, cuando a sus intereses conviene, como resulta de elemental comprobación en la consulta diaria de las Ordenes por las que se dispone la ejecución de las sentencias que publica el *Boletín Oficial del Estado* (27).

(26) Ciertamente en muchos casos son los propios recurrentes los que solicitan la declaración de nulidad de actuaciones, influenciados por la constante doctrina jurisprudencial, pero es evidente que, al no estar este pedimento amparado por precepto legal alguno, el Juez no resulta vinculado por él.

(27) Un solo ejemplo será suficiente en este sentido: el de los recursos promovidos por funcionarios de carrera, que comenzaron prestando sus servicios al Estado como interinos, en demanda del reconocimiento de trienios. Ya es muy conocida la doctrina sentada por la Sala 5.^a del Tribunal Supremo a este propósito, de la cual son exponente las sentencias de 29 de noviembre de 1966, 11 de febrero, 1 de julio y 5 de diciembre de 1967 y 26 de febrero de 1968. Pues bien, cuando la anulación se ha realizado a través de una declaración de nulidad de actuaciones por entender que el acto impugnado suponía una revocación improcedente de actos anteriores de reconocimiento, por haberse llevado a cabo al margen del procedimiento establecido, la Administración se ha apresurado a aprovechar el margen dejado por la sentencia —“en tanto no sea revocado, si legalmente procede, a través del procedimiento para la revisión de oficio de los actos administrativos”— y a instar dicho procedimiento revisorio, con lo cual la decisión de fondo se traslada al Consejo de Estado. Me refiero, concretamente, a la sentencia de 29 de noviembre de 1966, estimatoria, en estos términos, del recurso promovido por funcionarios del Ministerio de Información y Turismo que hizo necesaria la decisión final por

De este modo, la Administración, ya de por sí dispuesta a reproducir la sanción inicialmente impuesta y eludida gracias a la sentencia, resulta no sólo alentada, sino obligada a ello por la condena contenida en la sentencia misma, cuando en rigor, tratándose de actos negativos, es libre o no de hacerlo en uso de sus propias facultades, una vez producida la anulación del acto.

Ni qué decir tiene que esta condena impropia y no querida por la Ley se agrava sustancialmente cuando la nulidad de actuaciones se declara en aplicación de la doctrina rigorista de los vicios de forma, pues la sanción anulada —por seguir con el mismo ejemplo— se reproducirá sin defecto formal, pero con la misma injusticia material de la que, eventualmente, pudiera adolecer aquélla.

En esta misma línea la gravedad de la declaración de nulidad de actuaciones sube de punto cuando se aplica la doctrina de la prioridad de pronunciamientos y cuando apreciado el defecto que la determina se detiene ahí la labor del Juez y se excluyen los demás pronunciamientos solicitados, dejando sin resolver las pretensiones de declaración de un derecho que acompañan siempre en la práctica a las de anulación, dada la inexistencia de separación formal entre unas y otras. En estos casos al declarar la nulidad de actuaciones y ordenar la reposición del expediente al momento en que el vicio fue cometido, se está olvidando que el artículo 43 y el 102-1-g), ambos de la Ley de la jurisdicción, exigen de consuno que se resuelvan todas las cuestiones planteadas por las partes, y de este modo se está primando el vicio de forma y se está posibilitando que la Administración obtenga en base a él un beneficio de su propia torpeza al eludir todas las consecuencias inherentes a la anulación de sus actos.

En el caso de la anulación de disposiciones generales por vicios o defectos en el procedimiento de elaboración de las mismas, esta condena es aún más improcedente e injustificable, puesto que la oportunidad de una disposición innovativa no puede en ningún caso ser apreciada por

el Consejo de Estado, según resulta de la Orden ministerial de 15 de octubre de 1968, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 19 de noviembre siguiente.

Semejante es el caso que contempla la sentencia de 3 de abril de 1968, estimatoria, en el sentido a que se viene aludiendo, del recurso promovido por un Catedrático de Escuela de Comercio, al mismo tiempo Depositario de fondos de una Corporación local, contra una resolución que le negó el derecho a percibir sus haberes de funcionario del Estado en concepto de sueldo por venir percibiendo otros haberes en tal concepto como funcionario de una Corporación local. En ejecución de la sentencia, y aprovechando este resquicio de la anulación por motivos formales sin decidir el fondo, por Orden de 9 de mayo de 1968, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 19 de junio, se ha dispuesto la incoación del expediente de revisión de oficio.

el Juez, cuya propia posición se lo impide materialmente. El caso no es, sin embargo, infrecuente ni mucho menos. Un ejemplo bien reciente es la sentencia de 3 de febrero de 1968, que anula una Orden del Ministerio de Trabajo, que aprobó una nueva reglamentación de la especialidad médica de Anestesia-Reanimación, del Seguro Obligatorio de Enfermedad, por haberse omitido el procedimiento previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, excluyendo expresamente todo examen de la cuestión de fondo y *ordenando* la retroacción del expediente al momento en que fue formulada la propuesta por el Instituto Nacional de Previsión para que *a partir de ese momento* se continúe la tramitación por el cauce procedimental citado.

En el marco legal examinado estas consecuencias son inadmisibles, porque la declaración de nulidad de actuaciones ni está prevista legalmente ni responde a una exigencia institucional mínimamente seria. El recurso contencioso no tiene hoy día ningún trasfondo jerárquico como inicialmente tuvo; se deduce ante una jurisdicción en sentido propio, tan amplia institucionalmente como cualquier otra, se tramita como todos los demás procesos de conocimiento, según tiene dicho el propio legislador, y se falla por un Juez que lo es tanto como los demás Jueces.

Entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso no hay relación alguna de interdependencia ni de continuidad que justifique el intercambio de técnicas entre ambos —traspaso al proceso de facultades como la del artículo 124 de la Ley de Procedimiento Administrativo antes vista, que sólo son propias de la Administración, única que las tiene atribuidas por la Ley, y aplicación al procedimiento administrativo de la idea de tracto procesal que sólo es propia del proceso en cuanto institución distinta y que la Ley excluye expresamente en cuanto al procedimiento administrativo se refiere—. Proceso y procedimiento son cosas independientes, de tal forma que en aquél la Administración que tramita y decide éste es sólo parte y nada más que una parte, cuya conducta formalizada en un acto —ésta es la única consecuencia institucional del tan traído y llevado carácter revisor de la jurisdicción— es precisamente lo que se somete a la superior, independiente y plena decisión del Juez, que sólo puede ser legal e institucionalmente la confirmación o la anulación, total o parcial, del acto impugnado y el restablecimiento del *status* quebrantado por la eficacia inmediata del acto. Nada más, pero tampoco nada menos, como la declaración de nulidad de actuaciones y la condena a la reposición del expediente supone de hecho.

d) *La declaración de nulidad de actuaciones es una condena en perjuicio del recurrente.*

Las consideraciones que acaban de hacerse llevan de la mano a una última constatación, que, aunque ya se ha apuntado con anterioridad, merece por su propio relieve una atención especial: la declaración de nulidad de actuaciones y la consiguiente retroacción del expediente implican una condena que, paradójicamente, produce efectos en contra del recurrente.

A la vista de los términos en que se formula, la declaración de nulidad de actuaciones no es una declaración pura y simple respecto de la cual el Juez condena a la Administración a estar y pasar por ella. Si así fuera, es obvio que no se trataría de una condena en sentido propio, porque, según tiene dicho constantemente la jurisprudencia civil, no tienen tal carácter las «condenas» a estar y pasar por lo declarado, que no son sino simples expresiones alusivas a la sujeción general a la Ley.

La declaración de nulidad de actuaciones, como ya se ha visto, va acompañada de una orden de reponer el expediente «para que siga nuevo curso» ajustado a la Ley y «sea objeto de nueva resolución que decida las cuestiones debidamente planteadas». Por otra parte, el fallo de las sentencias que declaran la nulidad de actuaciones no contiene ningún otro pronunciamiento, excluido, además, por el juego de la doctrina de la prioridad de pronunciamientos. De todo ello resulta, por tanto, que a la hora de ejecutar la sentencia lo único «ejecutable» es la reproducción del expediente a partir del momento en cada caso indicado, y esto es lo que hace la Administración «condenada», como resulta de las Ordenes que disponen el cumplimiento de la sentencia «en sus propios términos».

Como el fallo no contiene, sino muy excepcionalmente y de forma absolutamente marginal, ninguna declaración de derechos, aunque el recurrente la haya solicitado, como es habitual, al formular la petición de anulación del acto impugnado, éste no puede siquiera dirigirse al Juez en fase de ejecución de la sentencia solicitando que, en tanto se tramite el nuevo expediente, se le reponga en la situación en que se encontraba en el momento de producirse el acto irregular anulado, que es lo menos a que puede aspirar un litigante «vencedor». Solamente en el caso de que el acto anulado tuviera un contenido positivo, podrá el recurrente obtener algún beneficio de la sentencia, solicitando que en ejecución de la misma se adopten por el Juez las medidas necesarias para

asegurar la reproducción del expediente de una manera regular, si es que la Administración se muestra remisa en ese sentido.

En todos los demás casos, lo que resulta de una sentencia de tal clase es que el funcionario se ve privado de su destino o de sus trienios, el contratista de su indemnización y el expropiado de su propiedad. Cualquier ejemplo podría ser válido en este sentido, pero ninguno sería tan expresivo como el último de los indicados, porque en ningún caso la actuación administrativa es tan enérgica como en el de expropiación. A efectos descriptivos merece citarse aquí la *sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1968*, confirmatoria en apelación de la dictada por la Audiencia de Valladolid el 11 de febrero de 1967, producida en el asunto *Balneario de Boñar*. El asunto es el siguiente: el Ayuntamiento de Boñar (León) aprueba un plan o proyecto de abastecimiento de aguas y en base a él ordena la urgente ocupación de setenta litros por segundo de las aguas minero-medicinales de los manantiales propiedad de los recurrentes, aguas declaradas de utilidad pública y solamente expropiables, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Aguas, «*por causa de salud pública, oyendo a la Junta provincial, al Consejo de Sanidad y al Consejo de Estado*». Los propietarios de las aguas minero-medicinales en cuestión, formularon en trámite de información pública la correspondiente reclamación basada en la imposibilidad legal de expropiar aguas minero-medicinales declaradas de utilidad pública para abastecer una población, reclamación que al ser desestimada por el Ayuntamiento dio lugar en vía contenciosa al correspondiente recurso, en el que se solicitó la anulación de los acuerdos tendentes a la expropiación, y, naturalmente, porque esto era la materia de fondo del recurso, la declaración de la imposibilidad legal de expropiar las aguas minero-medicinales del manantial para fines distintos y por órganos y procedimientos diferentes de los previstos en el artículo 16-3 de la Ley de Aguas. Así planteado el debate, la sentencia de primera instancia, que el Tribunal Supremo confirma en todas sus partes, se limita en su fallo a anular las actuaciones para que se reproduzca el expediente y se someta la reclamación y el proyecto a la resolución de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, sin llevar al fallo pronunciamiento alguno sobre el tema de fondo, pese a reconocer expresamente a lo largo de sus Considerandos el carácter minero-medicinal de las aguas y la prohibición de su expropiación que resulta del artículo 16 de la Ley de Aguas.

El resultado de todo ello es bien claro: los recurrentes no obtuvieron nada de su «victorioso» recurso, la amenaza de la expropiación y la necesidad de un segundo proceso siguió pesando sobre ellos. No hará falta

insistir en que este resultado es absolutamente inaceptable, tanto como el de que la Administración «vencida» en el recurso interpuesto contra el acuerdo que fija el justiprecio de una finca, a causa de la existencia de ciertos defectos formales, continúe en la posesión de la finca expropiada mientras se reproduce el expediente y se tramita el nuevo proceso.

La declaración de nulidad de actuaciones y la consiguiente condena a la Administración de reproducir el expediente lleva, pues, al paradójico resultado de beneficiar a la Administración condenada y perjudicar al recurrente victorioso, primando injustificadamente y contra toda lógica el vicio de forma y «la propia torpeza», negando, en definitiva, al afectado por la irregularidad procedimental la satisfacción de las pretensiones en que el proceso, como institución, consiste inicialmente y obligándole a soportar a su costa (la usual inaplicación de la condena en costas, a la Administración del Estado al menos, es bien conocida) un nuevo recurso.

Por éstas y las demás razones expuestas resulta obligado concluir en este punto afirmando que la declaración de nulidad de actuaciones es un pronunciamiento legal e institucionalmente ajeno al proceso contencioso, dentro del cual no son posibles otros pronunciamientos que los de anulación pura y simple, no del procedimiento, sino del acto o disposición impugnados, en todo o en parte, y los de reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Consecuentemente, si el acto impugnado es resultado de un procedimiento que adolece de un vicio de forma susceptible de determinar por sí mismo la nulidad de dicho acto, en los términos antes analizados debe pronunciarse esta nulidad pura y simplemente en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de la jurisdicción, reconociendo y restableciendo la situación jurídica individualizada del recurrente anterior al mismo, si así se ha pedido, sin perjuicio de lo que la Administración pueda estimar oportuno en el futuro. En cualquier otro caso se defraudaría el fin propio del proceso, que será inútil, en cuanto necesitado de un proceso ulterior que decida la controversia planteada, como inútil es —y por ello el artículo 1.261, en relación al 1.273, del Código civil lo califica de inexistente— el contrato que carece de objeto cierto y que necesita de un segundo convenio para determinarlo, con la diferencia de que en este caso se está beneficiando precisamente al autor de la infracción y perjudicando injustificadamente al afectado por ella.

V

CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL VICIO DE FORMA EN LAS MATERIAS
 JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS EXCLUIDAS DE LA JURISDICCIÓN
 CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

El análisis del cuadro dogmático en el que se sitúan los vicios de forma no agota en sí mismo la problemática que estos vicios plantean, al menos en lo que se refiere al aquí y ahora de nuestro Derecho administrativo, y ello por la sencilla pero fundamental razón de que éste no responde en su ser actual y en su totalidad a los principios dogmáticos que lo inspiran. Dicho en otras palabras, el esquema dogmático utilizado hasta el momento sería suficiente para explicar el papel que en nuestro Derecho administrativo juegan o deben jugar los vicios de forma, si en la configuración actual de nuestro Ordenamiento administrativo en vigor no existieran cortes o excepciones al rigor propio de otros dogmas consustanciales al Estado de Derecho en cuyo ámbito se mueve como pieza básica el Derecho administrativo, es decir, si dentro de éste no existieran determinadas cuestiones o materias excluidas de la revisión jurisdiccional. Importa precisar, desde ahora, que al hablar de *materias excluidas* se está aludiendo a cuestiones o actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo y no a *materias ajenas* a la jurisdicción contencioso-administrativa (y, por consiguiente, excluidas también de la misma), por estar situadas fuera de la órbita de este Derecho.

Pues bien, la existencia de estas excepciones, carentes de justificación en el terreno de los principios, obligan a replantearse también de alguna manera dentro del ámbito excepcional por ellas definido y a matizar adecuadamente el esquema dogmático de los vicios de forma, en la medida en que resulte necesario para asegurar el equilibrio roto por dichas excepciones.

El conflicto entre principios institucionales diversos —revisión jurisdiccional de todos los actos administrativos, carácter instrumental y subordinado de las formas, etc.— debe resolverse a través de una fórmula de compromiso mediante una jerarquización de los mismos y una matización adecuada de las distintas exigencias dogmáticas. En este sentido la tradicional idea del orden público, en cuanto alusivo a una jerarquía de principios de finalidad armonizadora, es, si no exacta en todos sus aspectos, sí tremendamente expresiva, y el haberla consolidado es mé-

rito que hay que atribuir a nuestra jurisprudencia administrativa, aunque en su aplicación haya incurrido, por falta de la necesaria reflexión sobre sus propios logros, en los excesos que se han venido comentando críticamente.

Por esta razón, el dedicar una atención especial al vicio de forma en los supuestos de materias excluidas de la revisión jurisdiccional en la vía contencioso-administrativa está, a mi entender, plenamente justificado, aunque, en cierto modo, padezcan las exigencias sistemáticas.

1. *Cláusula general y Estado de Derecho.*

La revisión jurisdiccional de la actividad de la Administración es hoy una exigencia capital, una pieza verdaderamente clave de todo Estado de Derecho, un elemento esencial y definidor de éste como sistema verdaderamente sustantivo y distinto de organización de la vida colectiva. Mal puede hablarse de sometimiento del Estado al Derecho, de imperio de la Ley, si, no importa cuáles y por qué, determinadas actividades del poder se configuran como inmunes a todo control independiente, a toda revisión jurisdiccional.

Por estas razones de principio, la fiscalización jurisdiccional de la actividad administrativa se configura constitucionalmente como una cláusula general que no admite excepciones y que es algo más que una simple definición de competencia, en cuanto principio informador del sistema mismo (28).

En este sentido es realmente aleccionador el resultado a que ha llegado la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, sin necesidad de un precepto constitucional expreso de consagración de la cláusula general. Empíricamente, en base a una convicción profunda respecto de la trascendencia del papel del Juez del contencioso en un Estado de Derecho, a través de una aplicación rigurosa de los principios institucionales básicos, el Consejo de Estado francés ha consagrado el carácter de orden público del recurso por exceso de poder, afirmando su procedencia en todo caso, aun en defecto de texto que lo autorice y hasta en presencia de un texto legal que genéricamente excluya la impugnación en vía jurisdiccional.

(28) Sobre la cláusula general de competencia de la jurisdicción en relación a los actos administrativos, me remito a O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Cuadernos Taurus, número 54, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de la interpretación más favorable...*, cit., págs. 271 y sis., y notas 8, 9 y 10, y, especialmente, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, en el número 38 de esta REVISTA, págs. 193 y sigs., y las referencias contenidas en ellos.

En este sentido, las conclusiones del comisario DEVOLVE en el fundamental *arrêt dame Lammotte*, de 17 de febrero de 1950, son de una expresividad realmente insuperable: «la Ley de 23 de mayo de 1943 (que excluía genéricamente la impugnación de los actos dictados en base a ella como el recurrido por la señora Lammotte y anulado definitivamente por el *arrêt* citado) ha desconocido el principio más importante quizá de nuestro Derecho público, *el principio de legalidad es tan general que ningún texto escapa a él porque la Ley que lo desconociera contendría un principio de contradicción*». En la misma línea, el comisario DONNEDIEU DE VABRES en el *arrêt Falco et Vidailiac* afirmaba que el recurso por exceso de poder está abierto «contra todo acto, aun sin texto, y tiene por efecto asegurar, conforme a los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad» (29).

El valor de esta jurisprudencia es verdaderamente ejemplar para nosotros en la medida en que la cláusula general, que es consustancial a la idea misma de Estado de Derecho, no se beneficia de la superlegalidad material de las declaraciones constitucionales, puesto que está instalada en una Ley, fundamental por su contenido, pero ordinaria por su valor y rango normativo, la Ley de la jurisdicción, cuyo artículo 1.º afirma genéricamente que «la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley», si bien a lo largo de sus preceptos da entrada a las excepciones que se formulan en otras Leyes especiales.

2. *Cláusula general y materias excluidas.*

El rango ordinario que la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa tiene en nuestro Derecho ha venido permitiendo la introducción de excepciones a la misma, cuya falta total de justificación institucional es absolutamente evidente.

Durante estos últimos años se ha venido admitiendo que si la propia Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa preveía la posibilidad de excepcionar la cláusula general que consagraba su artículo 1.º, cualquier Ley formal especial podía negar el acceso al recurso contencioso, si bien los supuestos de exclusión debían ser, como excepcionales, objeto de una interpretación restrictiva, ello a pesar de que el artículo 17 del

(29) En este punto me remito a las obras de LONG, WEIL y BRAIBANT, y J. P. CHAUDET, citadas en la nota 48 de la primera parte.

Fuero de los Españoles reconoce a éstos el derecho a la seguridad jurídica y obliga a todos los órganos del Estado a actuar según un orden jerárquico de normas que no pueden ser arbitrariamente interpretadas ni alteradas, y de que el principio IX de la Ley fundamental de 17 de mayo de 1958 consagra el derecho a una justicia independiente en todo caso (30).

La ausencia de un mecanismo específico que asegurase la superioridad material de las Leyes fundamentales sobre las ordinarias y la confusa aspiración a un estado postconstitucional superador de las técnicas tradicionales del constitucionalismo clásico como elemento interpretativo del sistema, han venido haciendo posible la multiplicación de las exclusiones, encubiertas unas veces con una apelación inadmisibles a la artificiosa e incierta distinción entre hechos y derechos (31) y desprovistas las más de todo intento de justificación.

En cualquier caso, parece lícito pensar que la culminación del proceso institucionalizador llevada a cabo por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, aunque la consagración por ésta de la cláusula general (art. 42-II) no haya variado formalmente la cuestión al introducir el matiz final «de acuerdo con las Leyes», la ratificación de la sujeción de la Administración a la Ley, el establecimiento de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las normas jurídica —recurso de contrafuero— y el abandono de la confusa aspiración a que antes se aludía, con la consiguiente afirmación de nuestro Ordenamiento jurídico-político como un verdadero y propio Estado de Derecho (32), lo que necesariamente comporta el reconocimiento sin trabas ni limitaciones de ninguna clase de la revisabilidad general de todo acto de la Administración, impiden de ahora en adelante nuevas exclusiones y

(30) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, 2.ª edición, páginas 538 y sigs. En el mismo sentido el editorial publicado en el número 27 de esta REVISTA. También la *sentencia de 14 de diciembre de 1968* (Sala 5.ª, Ponente, CRUZ CUENCA) recuerda el derecho fundamental a una justicia independiente establecido en el principio IX de la Ley de 17 de mayo de 1958 y refrendado por los artículos 29 y 30 de la Ley Orgánica del Estado, que garantiza el libre acceso a los Tribunales, con referencia en este caso al tema de la legitimación.

(31) En el caso de las resoluciones de los Jurados Tributarios, tema al que se han referido especialmente CLAVERO ARÉVALO, *Jurados Fiscales y Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en el número 39 de esta REVISTA, págs. 11 y sigs., y recientemente BAYÓN MARINE, *Control jurisdiccional de la actividad de los Jurados Tributarios*, en el número 48 de esta REVISTA, págs. 143 y sigs.

(32) Valga la cita de "*España, Estado de Derecho*". *Réplica a un informe de la Comisión Internacional de Juristas*, elaborado por una Comisión del Instituto de Estudios Políticos por encargo del Ministerio de Justicia y publicado por el Servicio Informativo Español, Madrid, 1964.

excepciones de este principio institucional básico que caracteriza y define el contenido mismo de todo Estado de Derecho, so pena de alterar arbitrariamente el orden jerárquico de normas preestablecido y de reducir improcedentemente el derecho fundamental a la seguridad jurídica y a una justicia independiente y a incurrir por ello en lo que en nuestra terminología constitucional se denomina *contrafuero* (33).

El nuevo orden constitucional ha eliminado, pues, las trabas existentes con anterioridad, o al menos parte de ellas, y, desde luego, ha puesto definitivamente de manifiesto el asistemismo y la gratuidad de las exclusiones que de un modo u otro han venido a establecerse legalmente. Ninguna razón válida puede esgrimirse, ni se esgrime en parte alguna, para justificar la imposibilidad de revisar en vía jurisdiccional los actos de policía de radio, muchos menos desde el momento en que la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 y la Ley 46/1967, de 22 de julio, han incluido en el ámbito de la jurisdicción la policía de prensa, *cinematografía* y *teatro* que antes acompañaban a aquélla. Ninguna razón válida puede exhibirse hoy para justificar la inmunidad de determinados ascensos, recompensas, postergaciones y bajas del personal militar, ya que se trata de actos de igual naturaleza que sus correlativos en la Administración Civil del Estado. Ninguna razón válida puede esgrimirse, en fin, para justificar las exclusiones de determinados acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia (34). Nada justifica tampoco la inmunidad del acuerdo

(33) No parece ser ésta, sin embargo, la interpretación oficial, como lo demuestra la reciente Ley de Escalas y Ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada de 5 de diciembre de 1968, cuya disposición final tercera excluye de la vía contenciosa los actos y resoluciones en materia de clasificación y sus consecuencias, "con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento", estableciendo de este modo una garantía limitada a la que se hará referencia en el texto a continuación.

(34) Así, por ejemplo, en el caso del artículo 29 de la Ley de 20 de julio de 1963 —resoluciones formulando declaraciones u ordenando las situaciones previstas en la Ley y actos concretos que sean consecuencia de ellas—, por más que pueda llevarse la contienda a la jurisdicción ordinaria, porque, en todo caso, el citado Tribunal es un órgano de la Administración cuya competencia, según se afirma en el preámbulo de la Ley, es "sustitutiva de la actuación administrativa". Esta "sustitución" no puede traducirse válidamente en inmunidad jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque, repetimos, el problema *inter partes* pueda ser llevado a la jurisdicción ordinaria, tanto más cuanto que, en los propios términos de la Exposición de Motivos, "la resolución del Tribunal constituye una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en lo que es intangible la probanza de los hechos". En lo que a esta exclusión se refiere hay que decir que el Tribunal Supremo (Sala 4.ª) se ha declarado competente en un recurso instado contra un fallo de la Sección 2.ª del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de noviembre de 1966, recurrida ante el Pleno de dicho Tribunal, mediante *auto de 16 de diciembre de 1967*, que no he visto publicado, pero del que da cuenta el Fiscal del Tribunal Supremo en su Memoria elevada al Gobierno el 16 de septiembre de 1968, Reus, Madrid, pág. 163.

de necesidad de ocupación en el procedimiento expropiatorio, en el que dicho trámite es absolutamente fundamental, supuesto el carácter limitado y siempre subsidiario para el expropiado de la garantía del justiprecio (35). Ninguna de las exclusiones hoy admitidas se fundamenta en una especial naturaleza de la actividad que justifique válidamente la excepción, una vez descubierta la falacia que encierra la fantasmal categoría de los actos políticos (36), ni tampoco pueden invocarse exigencias pragmáticas de ninguna clase, supuesto el carácter no suspensivo del recurso y la ejecutividad inmediata de los actos administrativos que constituye protección más que suficiente del interés público.

Desde esta perspectiva es evidente la licitud de cualquier procedimiento dirigido a reducir en lo posible el primitivismo asistemático e injustificado que suponen las zonas inmunes y no siendo viable en nuestro Ordenamiento la fórmula de compromiso del Derecho francés, al no existir una distinción formal entre contencioso objetivo y contencioso pleno —expresamente excluida por el legislador de 27 de diciembre de 1956— que permita referir a este último solamente las exclusiones genéricas de la vía contenciosa, consagrando el carácter de orden público de aquél. En este sentido, la solera y tradición de nuestra doctrina jurisprudencial del orden público proporciona una fórmula inmediatamente practicable, que desprendida de sus pretensiones de generalidad y con plena conciencia de su carácter instrumental, puede mantenerse en estos casos con un sólido apoyo institucional, concretamente con el que inicialmente tuvo en los orígenes de nuestro contencioso antes de hipertrofiarse a consecuencia del anquilosamiento del sistema y de perder de vista su funcionalidad propia.

(35) La exclusión de la impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación proviene de la vieja Ley de Expropiación de 1879, de la que ha pasado, sin más, a la Ley vigente. La importancia de la exclusión es fundamental, si se piensa en que la declaración de la utilidad pública o del interés social resulta directa o indirectamente de una Ley, lo cual impide la impugnación y disminuye de hecho la garantía, en contra de lo pretendido por la Ley de 16 de diciembre de 1954 (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 58, 87 y sigs.). Realmente, en la necesidad de ocupación se centra la cuestión básica que la expropiación forzosa plantea, de forma que su irrevisabilidad jurisdiccional reduce la garantía a la simple discusión sobre la cuantía del justiprecio. En la práctica, esta reducción de garantías no puede ser más grave, puesto que presenta la expropiación en los perfiles concretos con que la configure la Administración expropiante como algo absolutamente inevitable.

(36) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, cit., págs. 180 y sigs.

3. *Materias excluidas y vicios de forma: El procedimiento administrativo como única garantía. La competencia jurisdiccional y sus límites.*

Excluido o no de la impugnación jurisdiccional, es lo cierto que todos los actos administrativos se producen a través de un procedimiento determinado, en cuanto que éste es en sí mismo cauce y forma de toda la actividad administrativa, y como tal viene predeterminado por la norma aplicable.

En este sentido no hay ninguna diferencia entre actos excluidos y actos jurisdiccionalmente revisables, puesto que la única diversidad que los separa opera con posterioridad, una vez producido el acto y adquirido carácter definitivo en la vía administrativa. Quiere esto decir que en los actos excluidos el procedimiento administrativo juega también como garantía de los particulares y de la propia Administración, en la medida en que su finalidad institucional es, en todo caso, asegurar la corrección, legalidad y oportunidad de la decisión misma. Que la decisión, en cuanto a su contenido, no sea legalmente susceptible de revisión jurisdiccional en virtud de una determinación asistemática del legislador, que no ha querido llevar hasta esa última meta la garantía del particular, no significa que deba desaparecer también o que carezca de virtualidad la garantía previa que el procedimiento administrativo supone. Si éste está establecido por la Ley, lo está precisamente para que sea respetado y cumplido por la Administración en garantía de su correcta actuación y de los administrados a quienes se dirige. Admitida la existencia de un procedimiento a través del cual la Administración exterioriza en todo caso sus decisiones, quedan admitidas también, implícita y necesariamente, sus consecuencias institucionales, esto es, su carácter garantizador.

¿Qué consecuencias comporta la garantía en que institucionalmente consiste el procedimiento administrativo? En la línea analítica que se viene siguiendo la respuesta no parece difícil. En efecto, una Ley, la reguladora de la jurisdicción, u otra cualquiera incorporada a ella a través de su artículo 40-f), declara excluida de la revisión jurisdiccional una determinada decisión administrativa, no importa por qué motivo. Por su parte, otra Ley formal, la reguladora del Procedimiento Administrativo, o bien la misma Ley especial que opera la exclusión, establece como preceptivos una serie de trámites que obligatoriamente debe observar el órgano administrativo para llegar a adoptar la decisión excluida. Ambas Leyes, o ambos preceptos de la misma Ley, son igualmente válidos y no es admisible una interpretación de uno de ellos que

prive al otro de su contenido propio, puesto que toda norma jurídica tiene su sentido y su finalidad, existe para ser respetada, para acotar y delimitar conductas en una u otra medida. La aparente contradicción que pueda existir entre dos normas de igual rango, una vez agotados todos los criterios interpretativos, debe ser resuelta a favor de ambas, esto es, para que las dos valgan, y ello requiere un acotamiento de sus respectivas esferas de validez.

Pues bien, volviendo al caso propuesto, resulta obligado interpretar armónicamente el precepto legal que excluye la fiscalización jurisdiccional del acto dictado por la Administración y el, o los, que obligan a ésta a adoptarlo a través de unos determinados trámites y de unas determinadas exigencias formales, para que ambos preceptos aparentemente contradictorios valgan, porque el mantenimiento de una contradicción real y permanente es incompatible con la esencia misma de la Ley. El legislador puede, en efecto, volver de su acuerdo y derogar la Ley que antes aprobó, puede excepcionar mediante preceptos o Leyes especiales lo por él mandado con carácter general, pero lo que no puede hacer es contradecirse. La contradicción es incompatible con su propio ser y es incompatible también con el principio de legalidad mismo, que, como eje del Estado de Derecho, tiene como fin asegurar el respeto a las Leyes.

Una interpretación *uti valeat* de ambos preceptos legales aparentemente contradictorios se impone, por tanto, para destruir esa apariencia de contradicción incompatible con la esencia de la Ley y obliga a definir el respectivo ámbito de los preceptos en cuestión, para que cada uno valga dentro de su esfera, sin contradicción posible. Una interpretación *uti valeat* obliga, pues, a referir la exclusión de la vía contenciosa al contenido de la decisión excluida, es decir, a la decisión misma, en cuanto expresiva de una declaración de voluntad, deseo o juicio que el legislador no permite valorar y sustituir a través de un proceso. En lo demás, el propio legislador ha ordenado observar unos trámites, unos requisitos, unas formas, ha declarado expresamente tener interés en que éstos se respeten y no es imaginable por ello que deje su cumplimiento al arbitrio del destinatario del mandato, porque eso sería destruir el mandato mismo. La declaración de voluntad, deseo o juicio de la Administración es irrevisable porque el legislador no ha querido llevar la garantía hasta el extremo de que esas declaraciones sean sustituidas o anuladas por el Juez y su voluntad es soberana, pero la forma en que se ha llegado a esa declaración sí puede revisarse porque ha sido establecida también como garantía por el propio legislador, porque ha sido tasada

previamente por él, porque ha sido objeto de un mandato expreso, y este mandato quedaría en nada si no pudiera asegurarse a través de una instancia neutral, que no es otra que la instancia jurisdiccional.

El procedimiento, en cuanto que es objeto de un mandato expreso del legislador y en cuanto que se establece con una finalidad de garantía, es una cuestión *separable* de la decisión misma que a través de dicho procedimiento se obtenga y fiscalizable por el Juez con la única finalidad de asegurar el cumplimiento correcto por la Administración destinataria del mandato legal (37).

Esta idea simple y bastante obvia ha sido inicialmente la idea fuerza de la doctrina jurisprudencial del orden público, rótulo buscado, precisamente, para definirla y expresarla. En los orígenes del contencioso el Juez hubo de llegar a esta solución, so pena de aceptar la inaplicabilidad de los preceptos legales que establecían trámites preceptivos a los que la Administración debía atemperar su actividad, como si dichos preceptos no existieran. Este fue su conflicto y ésta su solución, cuya corrección sustancial no puede ofrecer duda alguna. Por aquí se explica ese sentido restrictivo que usualmente se da al carácter revisor de la jurisdicción y que sólo en este contexto es admisible. La jurisdicción es revisora en general porque exige un acto administrativo previo que haga posible su pronunciamiento sobre las cuestiones que se planteen a propósito de dicho acto, y es, además, especialmente revisora, en el sentido que a esta expresión da una cierta jurisprudencia, cuando el acto impugnado está excluido en cuanto al fondo de toda fiscalización, porque en este caso su competencia se limita a revisar en sentido estricto si la Administración ha observado las formas establecidas por la Ley, ya que todo otro juicio le está expresamente vedado.

La restringida y singular interpretación del carácter revisor de la jurisdicción, según el cual ésta es fundamentalmente inspectora de la

(37) Sobre los actos separables en el Derecho francés, véase, en general, AUBY y DRACO, *Traité*, cit., tomo II, págs. 440 y sigs. Acerca de la "traducción" del concepto al Derecho español y su aplicabilidad a los contratos de la Administración sujetos al Derecho civil, véase GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. II, 3.ª ed., págs. 81 y sigs.; GARCÍA-TREVIJANO, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel "Andalucía Palace", de Sevilla*, en el número 28 de esta REVISTA, págs. 147 y sigs., y BOQUERA, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963. El artículo 18 de la nueva Ley de Contratos del Estado, da estado legal a la "separabilidad" de las cuestiones de competencia y procedimiento y a su sujeción al Ordenamiento jurídico-administrativo en todo caso, solución a la que había llegado el Tribunal Supremo (auto de la Sala 4.ª, de 17 de octubre de 1961), comentado por GARCÍA-TREVIJANO, *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en el número 36 de esta REVISTA, págs. 227 y sigs.

regularidad de la actuación administrativa y debe detenerse ahí cuando observe la existencia de un defecto formal, sólo tiene sentido y justificación en estos casos en que el enjuiciamiento del fondo de la cuestión está vedado. En los demás casos, la Ley no sólo permite decidir todas las cuestiones que el acto plantee, sino que formalmente obliga a ello, o pena de incongruencia, a menos que, como ya se ha visto, el vicio de forma haga imposible materialmente decidir el fondo en las condiciones de seguridad y prudencia que la actividad judicial exige (38).

El primitivismo de las exclusiones de la cláusula general de competencia, carentes de toda justificación institucional en la actualidad, nos transporta a la época primitiva, a los orígenes mismos del contencioso-administrativo, y como en este ámbito excepcional la situación del Juez sigue siendo la misma que en aquella época primera lo era con carácter general, son igualmente aplicables los dogmas, principios y técnicas entonces aplicados, porque en la esfera de las excepciones el reloj del tiempo sigue marcando la misma hora.

(38) Es realmente abrumador el juego que la jurisprudencia viese sacando a algo tan inocente en sí mismo como el carácter revisor de la jurisdicción, que no significa otra cosa que la exigencia de un acto previo de la Administración, sea cual sea su contenido, que haga posible la impugnación. No es ahora el momento de detenerse en el examen de todas y cada una de sus aplicaciones —cuestiones nuevas, falta de pronunciamiento concreto de la Administración sobre uno de los extremos del debate, petición de pronunciamientos sustitutivos de los contenidos en el acto recurrido, etc.—, que requeriría un análisis detallado de la jurisprudencia sobre esta cuestión. Baste simplemente recordar, en lo que atañe más directamente a nuestro tema, el problema de los actos en que el órgano que los emana se declara incompetente, problema al que se ha referido CLAVERO ARÉVALO, *El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto*, en el número 42 de esta REVISTA, págs. 217 y sigs. En contra de la doctrina tradicional allí combatida merece citarse la *sentencia de 20 de enero de 1967* (Ponente, CERVIL), que se refiere a un supuesto muy frecuente: una resolución de la Dirección General del Tesoro que se declara incompetente para resolver un problema de pensiones. En estos casos la vía administrativa es larguísima, dada la interferencia de la económica-administrativa, y el resultado que suele obtener el recurrente después de ella y del recurso contencioso es, por el contrario, muy parco, puesto que se reduce, en el mejor de los casos, a anular el acto y a declarar la competencia del Centro autor del mismo, para que éste produzca un acto nuevo desestimatorio, que el jubilado recurrente, si es que aún vive y tiene ánimos bastantes —cosa que no suele suceder con frecuencia—, repita la suerte. La citada sentencia corrige esta doctrina tradicional y situando en sus justos términos el carácter revisor de la jurisdicción, afirma lo siguiente:

“Omisión que debe suplirse jurisdiccionalmente y sin que quepa entenderse que la Administración no se ha pronunciado sobre tal extremo, puesto que, siendo una, *basta que el acuerdo se haya tomado, aunque sea erróneamente y con incompetencia de facultades para que exista acto administrativo recurrible, que procede declarar nulo con posibilidad jurisdiccional de conocer del fondo de la cuestión, sin exigir nueva declaración administrativa sobre ello*”.

La confusión con que en la jurisprudencia se manejan estos viejos dogmas, convertidos en mitos por falta de una reflexión adecuada sobre el curso de la evolución del contencioso, resulta de no haber advertido los principios del cambio, de no haber sabido distinguir la regla general, el ámbito común del contencioso, y la excepción a la regla, el ámbito excepcional de la jurisdicción, en el que siguen siendo aplicables como principios institucionales los dogmas iniciales, que fuera de ese ámbito de excepciones no son hoy sino injustificados y perturbadores mitos.

Tras lo dicho no resta, por el momento, sino precisar algunas cuestiones de detalle que inmediatamente derivan de lo anterior. En lo que a las materias excluidas se refiere, la actividad del Juez del contencioso se reduce a examinar el cumplimiento regular del procedimiento. El presunto carácter de orden público de éste o, si se quiere, el empleo mismo de esta expresión en estos casos, no supone otra cosa que poner de relieve lo que se justifica por vía de una interpretación *uti valeat*, sin necesidad de ninguna otra explicación adicional: la posibilidad de entrar a enjuiciar el aspecto formal o externo del acto de que se trate, sin perjuicio de la incompetencia para conocer sus aspectos internos.

En realidad, el empleo de la expresión «orden público» es en estos casos equívoca y perturbadora, porque parece aludir a algo más que en rigor no existe. Al enjuiciar los aspectos externos del acto excluido, el Juez *no pasa sobre* su propia incompetencia, *sino que actúa dentro* de una competencia limitada estrictamente a esos aspectos. Se detiene ahí porque no puede ir más allá, y declara la nulidad del acto impugnado, única y exclusivamente por esta razón. Para hacerlo no exceptúa las reglas de competencia y mucho menos las de admisibilidad en general, que es lo que la expresión «orden público» evoca de inmediato, sino que actúa una competencia excepcional por reducida, lo que es radicalmente distinto.

La cuestión quedará absolutamente clara en los matices, si se acude a ejemplos en que esta competencia reducida y, por tanto, excepcional, viene determinada, no ya implícitamente a través de una *interpretación uti valeat*, sino explícitamente por una Ley que se ha hecho eco de esa competencia implícita general y le ha dado por ello expresión formal. En el caso, por ejemplo, de los acuerdos de los Jurados Territoriales Tributarios «adoptados con quebrantamiento o vicio de cualquiera de los trámites del procedimiento», previsto en el artículo 152-3-a) de la Ley General Tributaria, en el que se permite expresamente la impugnación a partir de una regla general de exclusión de dichos actos, en cuanto afectantes a cuestiones de hecho, la competencia expresamente

deklarada por la Ley no difiere en nada de la competencia implícita en la misma Ley y desvelada a través de una interpretación *uti valeat* de la misma. En ambos casos es una competencia excepcional por su ámbito educido, y, anulando el acto, el Juez no pasa sobre su propia incompetencia según la expresión usual, sino que actúa dentro de su propia y educida competencia. Si aquella expresión se emplea, ello es porque en el propio proceso se alega, sin fundamento, la incompetencia de la jurisdicción por desconocer que esta competencia viene establecida implícitamente por la Ley y ello produce la impresión de que al desechar la excepción de incompetencia se está pasando sobre ella, cuando lo cierto es, como sin dificultad se comprende en el ejemplo propuesto, que se está actuando una competencia de ámbito limitado.

4. *Materias excluidas y vicios de forma: Las peculiaridades del tratamiento de los defectos formales en estos casos.*

Una última cuestión es necesario analizar aún, una vez decidida la cuestión de la competencia de la jurisdicción contenciosa, para revisar la regularidad formal o externa de los actos cuyo contenido es legalmente infiscalizable, y ella es la de la valoración de los defectos formales en estos casos. En este aspecto la cuestión puede resumirse en esta pregunta: ¿Deben aplicarse aquí los mismos criterios de valoración que los examinados, o es lícita una valoración más rigorista?

Inicialmente está claro que no todo defecto puede justificar una decisión anulatoria en todo caso, puesto que muchos de ellos son manifiestamente o, si se quiere, clara y notoriamente intrascendentes. En principio parece evidente que debe tratarse de vicios o defectos relativos a trámites esenciales. El artículo 152 de la Ley General Tributaria antes citado ofrece un ejemplo muy significativo en este sentido, al referir el vicio de quebrantamiento o vicio de cualquiera de los trámites del procedimiento susceptible de posibilitar el recurso jurisdiccional contra los acuerdos de los Jurados Territoriales Tributarios, a aquellos casos «que hayan producido indefensión al contribuyente o hayan lesionado los derechos de la Administración». El criterio inicial de valoración de los vicios de forma es, pues, el mismo: la esencialidad de los trámites y la indefensión que los presuntos vicios hayan podido producir.

Este criterio inicial, que tiene a su favor la naturaleza instrumental misma de las formas, no puede aceptarse como definitivo sin matizarlo adecuadamente. Lo contrario sería desconocer la importancia misma de la garantía jurisdiccional, sustancialmente recortada en la medida en

que la decisión de fondo es irrevisable. Esta reducción excepcional de la garantía incide sobre el tema de la valoración de los defectos formales en la misma medida en que ya hemos visto que la garantía plenaria incidía en el sentido de reducir la eficacia o virtualidad de dichos vicios en el ámbito general del contencioso. Si la garantía judicial plena era un factor de reducibilidad del vicio de forma, en cuanto que la propia mecánica del proceso aportaba nuevas posibilidades de audiencia, defensa y prueba (incluso diligencias para mejor proveer practicadas a iniciativa del Juez) que, correlativamente, disminuían el grado de indefensión del administrado hasta hacerlo intrascendente en muchos casos, es evidente que al faltar estas nuevas posibilidades el recurso jurisdiccional no puede operar como factor de reducibilidad del vicio de forma. El criterio de la indefensión seguirá siendo el criterio aplicable, pero la indefensión determinante de la trascendencia del vicio se producirá *antes* y no podrá reducirse *después*. La audiencia no concedida en el expediente administrativo originario produce en sí misma una indefensión que, si no se remedia en el recurso administrativo previo a la vía jurisdiccional, no podrá remediarse en ésta más que anulando el acto viciado, porque el contenido del mismo no puede ser ya sustituido ni valorado. Otro tanto puede decirse de la falta de prueba, que tampoco podrá ser subsanada.

Estándole vedado al Juez el conocimiento del fondo de la cuestión planteada por el acto impugnado, no resulta posible una valoración de la trascendencia del vicio de forma a la vista de la decisión de fondo, y no siendo posible este decisivo contraste, no cabe subordinar la declaración de nulidad por razón del defecto formal a la presunta corrección, no susceptible de comprobación por el Juez, del contenido mismo del acto.

El criterio de valoración sigue siendo el de la indefensión, pero ésta hay que medirla por los datos que ofrezca el expediente aportado al proceso, ya que no pueden aportarse en éste otros datos distintos. Al suprimirse la garantía judicial en cuanto al fondo, la garantía procedimental, es decir, la que ofrece el procedimiento administrativo cuya regularidad se examina, es la garantía única, y por serlo y siendo también inevitable la imposibilidad de llevar a sus últimas consecuencias el carácter instrumental de las formas, éstas adquieren una mayor prestanta sustantiva al producir de inmediato su infracción una indefensión no remediable.

Nuevamente aquí encuentran justificación, en lo que al ámbito hoy excepcional de este contencioso se refiere, los viejos y tópicos argumen-

tos de la primera doctrina jurisprudencial, carentes de sentido en lo que a la esfera general de la garantía plenaria se refiere, pero fundamentalmente correctos en lo que hace a este dominio excepcional que en los primeros tiempos fue la regla. Nuevamente aquí también está justificado el recordatorio de la fundamental sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1963 (asunto del diario *Pueblo*, de Sevilla), de la que fue ponente el recientemente fallecido Profesor ARIAS RAMOS, con cuyo comentario quise abrir el estudio de la doctrina de los vicios de orden público. Como en dicha sentencia se precisa: «en estos casos, si el Tribunal se limitare a una simple declaración de incompetencia *se produciría el inaceptable efecto de dejar indefenso al particular frente a resoluciones tomadas por organismos o autoridades que no eran los llamados o facultados legalmente para tomarlas, por estar atribuida tal función a otras esferas de la Administración; o bien, podría darse el caso, no menos inaceptable, de una duplicidad de medidas sancionadoras de carácter puramente administrativo, aplicadas a un mismo acto por órganos de diferentes esferas de la Administración*».

VI

LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CUESTIONES SEPARABLES EN LAS MATERIAS AJENAS A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Con el fin de aludir de alguna manera a todos los supuestos relativos a los defectos formales, parece conveniente terminar haciendo una breve referencia a los mismos en el caso de materias ajenas a la jurisdicción contencioso-administrativa, por tratarse de actuaciones de la Administración sometidas a otros Ordenamientos distintos del suyo específico.

El artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa refiere la competencia de ésta a los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo. Todos los demás actos de la Administración [art. 2-a)] son ajenos a la competencia de la jurisdicción especial.

Como en el caso de las materias excluidas en el que ahora se aborda, el principio contenido en los preceptos citados es susceptible de matices, concretamente de los matices propios de la definición de los límites del Derecho administrativo en relación a los demás Ordenamientos que la Administración puede utilizar instrumentalmente. Prescindiendo de detalles que no son del caso, basta constatar aquí que la utilización ins-

trumental del Derecho privado por la Administración tiene un límite mínimo irreductible, definido por un núcleo último de cuestiones a las que la instrumentalidad aludida no alcanza. Pacíficamente se admite que la competencia y el procedimiento, en cuanto soportes estructurales de la propia organización en que la Administración consiste, acotan un núcleo inabordable, en cuanto anterior ontológica y cronológicamente a lo que la organización como tal pueda hacer o decidir con arreglo a normas de una u otra clase. En un plano de abstracción superior al usual; GARCÍA TREVIJANO ha explicado en forma satisfactoria esta cuestión, considerando que la Administración Pública, no en cuanto tal, sino en cuanto estructura organizativa, está sometida a un rígido principio de articulación, según el cual actúa a través de competencias predeterminadas (39). En cuanto grupo organizado, el Derecho no toma en cuenta solamente sus manifestaciones externas de voluntad, sino que penetra a través de éstas, interesándose también por las distintas fases previas que contribuyen a su formación y exteriorización. Considerada como grupo organizado, su situación y actuación se regulan por el Derecho público, al menos hasta la exteriorización misma de la voluntad imputable al centro organizativo, sin perjuicio de que en lo demás y por razones instrumentales le sea permitido utilizar el Derecho privado.

Pacíficamente se admite también como secuela de lo anterior la desintegración del proceso previo a la manifestación de voluntad, esto es, la separación de los aspectos previos regulados por el Derecho público, de los posteriores, eventualmente regidos por el Derecho privado. La competencia y el procedimiento en sus distintas fases, regulados siempre por normas de Derecho público, son, por tanto, cuestiones separables y, en cuanto tales, revisables por la jurisdicción especializada, dentro de cuyo ámbito competencial quedan como sujetos que están al Derecho administrativo, que es el criterio definidor de la competencia.

El concepto de actos *détachables*, surgido en Francia sobre una base subjetiva de determinación en estrecha relación con el recurso paralelo, se ha objetivado sustancialmente hoy, rompiendo los lazos que le ligaban con su origen y apuntando con esta objetivación a una ampliación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no sólo a un nuevo criterio de reparto entre los distintos tipos o clases de recursos contenciosos (40).

(39) *Contratos y actos...*, cit., pág. 154.

(40) Sobre el valor actual y la evolución de la teoría de los actos *détachables* hacia la objetivación de los mismos en el Derecho francés, véase AUBY y DRACO, *Traité*, cit., tomo II, págs. 446 y sigs., y bibliografía que citan.

Tiene interés subrayar aquí, prescindiendo de otras cuestiones, cómo la *separabilidad* de las cuestiones de competencia y procedimiento ha sido una idea muy temprana en nuestro contencioso-administrativo, en el que, como ya se ha visto, la jurisprudencia ha venido afirmando tradicionalmente su competencia para decidir en todo caso acerca de la regularidad del procedimiento, en ejercicio de sus facultades revisoras.

La consideración del procedimiento como una cuestión de orden público venía así a ser expresión de la existencia en todo caso de aspectos jurídico-administrativos, valorables siempre por la jurisdicción administrativa, con independencia de que la cuestión de fondo fuera, por su naturaleza, institucionalmente ajena. Como en el caso de las materias excluidas, la jurisdicción actuaba aquí no al margen de su propia competencia, es decir, pasando sobre su incompetencia para entender de actos cuyo contenido estaba sujeto al Derecho privado, sino en ejercicio de una competencia reducida, limitada en su ámbito a los aspectos externos y preparatorios a la declaración de voluntad contenida en el acto mismo, *separables*, en fin, de dicho acto.

La apreciación y enjuiciamiento en vía contenciosa de las cuestiones relativas a la competencia y el procedimiento suponen, pues, en el ámbito de las materias «*excluidas*» y de las materias «*ajenas*» el ejercicio por el Juez de una competencia excepcional por reducida, limitada en el primer caso —materias «*excluidas*»— por el propio legislador, y en el segundo —materias «*ajenas*»— por la propia configuración de la jurisdicción especial. En el primer caso, la invocación al orden público sólo se explica por el deseo de tender un puente sobre la alegación de la excepción de incompetencia, pero es en sí misma innecesaria e improcedente; en el segundo, puede encontrar explicación en la justificación tópica del carácter de orden público, desde el momento en que se plantea la concurrencia de normas de Derecho público —las que regulan la competencia y el procedimiento— y de Derecho privado, utilizado instrumentalmente por la Administración —las que regulan el fondo, contratos privados, por ejemplo—, explicación que sólo en este caso es admisible, porque sólo en él se produce la concurrencia aludida.

El error radicó, sin embargo, en no distinguir estos diversos planos, en aludir con el empleo de la expresión «orden público», a una actuación excepcional en sus manifestaciones y en generalizar al ámbito general de la competencia jurisdiccional lo que sólo era propio de estos ámbitos singulares, sin darse cuenta de que la limitación de los pronunciamientos y la detención en los vicios de procedimiento no era exigencia natural

derivada del procedimiento mismo e impuesta por éste, sino simple consecuencia de la limitada competencia que en ciertos casos se actuaba.

En materia de contratación, la «separabilidad» de las cuestiones de competencia y procedimiento, resuelta inicialmente por la jurisprudencia (41), tienen hoy estado legal en el artículo 18-3 de la Ley de Contratos del Estado (42), según el cual, sea cualquiera la regulación de fondo aplicable en cada caso, en las cuestiones relativas a la competencia y a procedimiento, habrán de observarse siempre los principios establecidos en dicha Ley, criterio que el Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 reitera en su artículo 4-3, desarrollándolo luego minuciosamente en los artículos 7.º, 13 y 40 y siguientes. Así, el artículo 13 establece que, no obstante la competencia de la jurisdicción ordinaria para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos excluidos del Ordenamiento jurídico-administrativo, «se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la competencia y el procedimiento de contratación [que], en consecuencia podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y también anulados de oficio, como todos los demás actos administrativos, anulación que «llevará consigo la del contrato que entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria» (43).

Con independencia de los problemas relativos a la existencia misma de los contratos administrativos como instituto específico y a la dualidad de jurisdicciones (44), y partiendo de ambos datos, la solución aportada:

(41) Es obligado recordar aquí el famoso caso del *Hotel Andalucía Palace*, comentado por GARCÍA-TREVIJANO en los trabajos citados en las notas anteriores y, concretamente, el auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961, que resolvió la cuestión previa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y la excelente sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 13 de noviembre de 1962 confirmada en apelación por la de 4 de febrero de 1965, de la que fue Ponente el hoy Magistrado de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, don Miguel CRUZ CUENCA. Con anterioridad, en el mismo sentido, las sentencias de 20 de diciembre de 1955 y 25 de marzo de 1961.

(42) La Ley de Contratos del Estado es aplicable directamente a los organismos autónomos con las especialidades previstas en la disposición final segunda y también las Corporaciones Locales en lo no previsto en el Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953, según establece la disposición adicional segunda del mismo.

(43) Se acoge así la tesis sostenida con anterioridad por GARCÍA-TREVIJANO (*Principios sobre los contratos de la Administración, con especial referencia a la esfera local*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 87, págs. 301 y sigs.), y que BOQUERAS (*La selección de contratistas*, cit., págs. 207 y sigs.) estimaba insostenible.

(44) En este punto me remito a PARADA VÁZQUEZ, que es quien más ha insistido en respecto. Véase *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963; *La lucha de las jurisdicciones por la competencia de los contratos de la Adm.*

por el nuevo Ordenamiento contractual resulta irreprochable y no podría ser combatida si no es combatiendo directamente aquellos datos, cuestión ésta que no hace al caso ahora.

Únicamente debe plantearse aquí una última pregunta: ¿Cuál debe ser el tratamiento de los vicios de procedimiento en estos casos? La respuesta a dicha pregunta no tiene por qué ser distinta de la que se ha dado desde una perspectiva general, y no lo es, desde luego, en el Reglamento General de Contratación, cuyas fórmulas son perfectamente generalizables a otros ámbitos distintos. El artículo 41 del Reglamento determina que los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación serán nulos de pleno derecho en los casos previstos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y a continuación enumera como nuevos supuestos de nulidad radical infracciones que no son sino concreciones de los tipos generales de nulidad absoluta, tales como la falta de consignación presupuestaria o extrapresupuestaria debidamente aprobada o la adjudicación realizada en favor de empresarios incurridos en alguna prohibición o incompatibilidad, casos fácilmente reconducibles al tipo genérico de incompetencia manifiesta.

El artículo 45 del Reglamento regula, por su parte, los supuestos de anulabilidad, con remisión explícita al artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, excluyendo expresamente el incumplimiento de los «meros requisitos formales». En estos términos, la influencia de los defectos de procedimiento en los actos separables no es difícilmente interpretable si se atiende a las determinaciones contenidas en el artículo 7.º del propio Reglamento que señala las reglas relativas al procedimiento que son aplicables a toda clase de contratos: la preparación del contrato en expediente donde constarán las cláusulas administrativas y técnicas del negocio a celebrar y la aprobación del gasto; la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, salvo imposibilidad o inconveniencia para los intereses públicos, y la formalización del contrato en documento notarial o administrativo. Si se omite el expediente o se prescinde improcedentemente de las exigencias de publicidad y concurrencia, se estará ante un caso de nulidad de pleno derecho del

nistración: sus orígenes en el Derecho francés, en "Estudios en homenaje a Jordana de Pozas", I. E. P., Madrid, 1961, tomo III, vol. I. y *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en el número 47 de esta REVISTA, págs. 397 y sigs. También GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, en el número 41 de esta REVISTA. En contra de la dualidad de jurisdicciones en materia de contratos GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en el número 34 de esta REVISTA, págs. 304 y sigs., y los trabajos citados de PARADA.

artículo 47-1-c) de la Ley de Procedimiento Administrativo; si esas exigencias se cumplen defectuosamente o se infringen otros preceptos o reglas específicas, eventualmente aplicables, habrá que estar a los criterios que marca el artículo 48-2 de la propia Ley, es decir, a la existencia de indefensión o a la carencia de los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin propio de todo contrato celebrado por la Administración, que no es otro que la satisfacción de las necesidades públicas en los términos más ventajosos. Para ello la valoración de los vicios de forma exigirá también un estudio del fondo, aunque con carácter incidental o prejudicial (*incidinter tantum*) en los mismos términos que para la valoración de los defectos de fondo establece el artículo 45-2 del Reglamento de Contratación, es decir, en función de que de la existencia de aquellos vicios «se deduzca razonablemente que, de no haber existido, el órgano administrativo no debería haber realizado la adjudicación o la hubiere debido hacer en favor de distinto empresario».

A la vista de esta regulación, parece claro que han quedado resueltos la mayor parte de los reparos formulados por un sector de la doctrina (45) y que con las medidas articuladas a lo largo de la misma se ha asegurado una valoración adecuada de los vicios de procedimiento (46) y un estimable grado de equilibrio, puesto que el licitador defraudado puede obtener la anulación del contrato, el adjudicatario la restitución de sus aportaciones y la Administración, que ya está a cubierto de sus propios errores carentes de trascendencia real, según lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento, queda también a cubierto de los errores ajenos en los términos del artículo 47 del mismo.

(45) BOQUERA, *La selección de contratistas*, cit.

(46) La rotunda crítica de BOQUERA, *La selección...*, cit., págs. 200 y sigs., a la anulación de oficio de los procedimientos de selección de contratistas, se inscribe en la misma línea problemática de este trabajo, pero es excesiva en su formulación. El problema no radica en el hecho mismo de la actuación *ex officio* del Juez, que es legítima cuando se plantea una cuestión de *orden público*, sino en la extensión desmesurada del ámbito de las cuestiones de orden público en nuestra jurisprudencia tradicional y en el hecho de haber venido considerando tales los vicios de forma *in genere*, en contra de lo que resulta de la configuración dogmática de los mismos, según se ha tratado de demostrar aquí. El problema inmediato será, pues, determinar qué clase de cuestiones merecen el carácter de orden público, una vez demostrado que dicho carácter no es predicable sin más de las cuestiones de procedimiento. El análisis separado de este problema demostrará cómo el orden público y la actuación *ex officio* del Juez, cuando realmente proceda, no sólo no atenta ni perjudica a la seguridad jurídica, sino que encuentra en ella singular apoyo.