

LA CONFIGURACION DEL RECURSO DE LESIVIDAD

Por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. LOS ORIGENES DE LA INSTITUCIÓN. 1. *El falseamiento de la historia del recurso. Inexistencia del recurso en las primeras regulaciones de lo contencioso. 2. La aparición del recurso y su configuración: el Real Decreto de 21 de mayo de 1853. a) La lesividad como depuración del beneficio de restitución. b) Limitación de los actos a que el recurso afecta; la discrecionalidad revocatoria de los actos administrativos de los inferiores jerárquicos. c) El arbitrio del recurso dentro del sistema de la justicia retenida; el principio de la autoimpugnativa.*

II. LA TRANSFORMACIÓN SUBSTANCIAL DE LA INSTITUCIÓN. 1. *Imbricación de los motivos de nulidad con los de lesión en el fundamento material del recurso. a) La pugna de esta nueva tendencia con la concepción original del recurso. b) El renacimiento de la primitiva concepción del sistema, con la facultad anulatoria de oficio, a partir de 1876, especialmente en el régimen local. c) La irrupción de las leyes de 1881 y 1888: equiparación entre el recurso de la Administración y el del administrado. El recurso de lesividad como recurso de nulidad. d) El requisito de la lesión patrimonial como residuo de la primera configuración del recurso. La primera interpretación de la lesividad como motivación interna de la impugnación. Evolución hacia la lesividad como fundamento propio del recurso. Hibridación de los motivos de nulidad y de lesión. Atipicidad de tal acción. 2. La separación entre los conceptos de firmeza y causar estado. a) La extensión de la lesividad a los actos de instancia por la Ley de 1881 como medida de desconcentración de la Administración financiera. b) La vuelta al antiguo sistema en la Ley de 1888. c) La definitiva extensión de la lesividad a los acuerdos de instancia por virtud de la reforma de lo contencioso de 22 de junio de 1894. La omisión del texto refundido de la Ley de 8 de febrero de 1952. 3. La limitación del plazo para declarar lesivos los actos a impugnar. 4. El traspaso del recurso a la justicia delegada y la elevación del proceso a cauce exclusivo y necesario con indisponibilidad extra-procesal de las partes.*

I

LOS ORIGENES DE LA INSTITUCION

1. La historia del recurso de lesividad está falseada. Paulatinamente, y sin responder a un propósito consciente, han sido envueltos a través de un siglo los autores y la jurisprudencia en una dialéctica singular que

llevaba con naturalidad a ir restringiendo las facultades administrativas, y al final, cuando el proceso está ya recorrido en su integridad, una mirada atrás apenas permite descubrir el lento pero inexorable aluvión que ha llevado a este resultado, que en rigor «nadie ha querido», por lo menos de un modo directo y deliberado. He aquí por qué los autores remiten la responsabilidad del sistema, tal como puede ser ahora contemplado, a las primeras regulaciones de lo contencioso en España (1),

(1) El extremado procesalismo de GUAITA le lleva a sostener últimamente que la jurisdicción contencioso-administrativa no se instaura en España hasta la Ley de 1888, dado que el sistema anterior de «jurisdicción retenida» no es propiamente jurisdiccional: *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, págs. 29-30. Naturalmente, sobre convencionalismos terminológicos es vano discutir, pero bueno sería indicar: 1.º, que el sistema de la «jurisdicción delegada», ni en España ni en ningún país, ha surgido de la nada, y que la evolución que ha llevado a ella es toda la historia del Derecho administrativo, que no debe volatilizarse alegremente; 2.º, que por lo demás, posiblemente el sistema de la jurisdicción retenida haya sido en la práctica muy superior al sistema inaugurado en 1888, tanto en el orden doctrinal (por ejemplo, apenas un año después de atribuirse el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos, el Consejo Real reconocía la posibilidad de un recurso objetivo o motivado en un mero «interés legítimo» —así expresado—: Real Decreto-Sentencia de 30 de junio de 1847, solución ratificada a través del arbitrio del «derecho a las formas» —sic— por otra de 27 de julio de 1848, y aún inédita hoy, un siglo después, para nuestro Tribunal Supremo), como en el propio terreno de la eficacia, en el que justamente pretende situarse la superioridad del sistema de la justicia delegada; en efecto, según nos informa ALFARO, sólo en una ocasión se permitió un Ministro apartarse de la propuesta de Sentencia elevada por el Consejo de Estado (S. ALFARO, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág. 47); algún tiempo después, en 1888, BRAVO eleva esta cifra a «tres o cuatro» como definitiva en el momento del cambio de la jurisdicción, observando que el apartamiento del gobierno en estos casos no produjo «género alguno de duda respecto a la justicia que las inspiraba, y nadie por este motivo exigió a los Ministros ningún género de responsabilidad, a pesar de tener abiertas las puertas a los recursos legales que las leyes establecen para depurar estos hechos»: J. BRAVO, *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1888, pág. 43. Solamente cuatro proyectos de Sentencias fallidas, tomando la cifra superior, en tantos años del sistema, y dejando aparte la posibilidad de la justicia de los casos, aludida por el último autor citado, no parece número excesivo, sobre todo si lo comparamos con el de las Sentencias perfectamente firmes, pero no ejecutadas, dictadas desde 1888 a la actualidad. Las calificaciones formales tienen estos inconvenientes: el sistema inaugurado en 1888 será perfectamente jurisdiccional, pero es lo cierto que la Administración se reserva un «placet» a la ejecución de las Sentencias que en la práctica ha significado un condicionamiento de los fallos de los Tribunales contenciosos bastante superior, y también mucho menos responsable, que el que afectaba al Consejo de Estado en el sistema de la justicia retenida. JORDANA DE POZAS dice que en la época de la jurisdicción retenida «el Consejo español fué adqui-

concretamente a los Reglamentos de 1845 y 1846 (2). Esta afirmación es rigurosamente inexacta.

La confusión ha venido de identificar «los negocios que se entablen a instancia de la Administración», previstos en los Reglamentos de los Consejos Provinciales de 1 de octubre de 1845, y del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846 (arts. 21 y 50, respectivamente), con los juicios de lesividad que hoy se presentan con normalidad. He aquí el primer ejemplo de aquella denunciada extrapolación histórica. En efecto, las primeras regulaciones de lo contencioso preveían un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propia Administración, pero esta posibilidad no estaba dirigida, en modo alguno, a restringir las libres facultades que la Administración tenía para revocar sus propios actos irregulares.

Hay que partir forzosamente, para intentar una comprensión del sistema, del hecho de que la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en aquellas primeras regulaciones no tenía el perfil neto y la función definida con que hoy la contemplamos. En primer lugar, no faltaba la intención de erigirla en un fuero especial propio de la Administración, sin consideración a la finalidad estricta revisora que hoy es su rasgo esencial (3). Se concebía por ello un recurso contencioso-administrativo en que no fuese parte la Administración, es decir, un contencioso trabado

riendo una autoridad creciente que ganó la confianza de los Gobiernos y el respeto y confianza de los administrados», «y es muy probable —añade— que si no se hubiera truncado su normal desenvolvimiento hubiera llegado a conquistar un puesto semejante al que ocupa el Consejo de Estado francés» (*El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, Madrid, 1953, págs. 23 y 24, y en el *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, París, 1952, pág. 531). Sería tema para considerar seriamente el de si la Ley de 1888 no implicó un positivo y grave retroceso para el Derecho administrativo español, incluso en el orden del sistema efectivo de garantías, teniendo en cuenta que su gran aportación técnica, que fué el criterio de «cláusula general» en la definición de competencia, en sustitución del «sistema de lista» o casuístico, lo toma de la Ley CAMACHO de 31 de diciembre de 1881, y que en la práctica, con la definitiva subjetivización del recurso, por ejemplo, pudo significar una restricción a las garantías hasta entonces disponibles.

(2) Así, por ejemplo, los últimos autores que se han ocupado del tema: GONZÁLEZ PÉREZ. *La declaración de lesividad*, en el núm. 2 de esta REVISTA, 1950, pág. 58, y GUAITA, op. cit., págs. 30-31.

(3) Art. 9.º de la Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales: «Entenderán por último los Consejos Provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la Administración civil para los cuales no establezcan las leyes Juzgados especiales.» Como observa CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, I, Zaragoza, 1902, pág. 72, merced a tal principio esta Ley «mezcló cuestiones puramente civiles con otras verdaderamente administrativas».

entre partes privadas (4). Por último, no debe olvidarse que los Consejos Provinciales, además de como Tribunales contencioso-administrativos propiamente tales, fueron concebidos alguna vez, siguiendo el modelo francés, como Tribunales correccionales a los que se atribuía competencia en materia de faltas e infracciones de policía, carácter que, no obstante su disimilitud esencial con la función contencioso-administrativa, no fué siempre exactamente deslindado de ésta al establecer sus reglas de procedimiento (5).

Una vez establecidas estas precisiones, comienza a no sorprender la posibilidad de un recurso contencioso interpuesto por la propia Administración. Dejando aparte el caso de la acción penal que habría de ejercitar normalmente cuando los Consejos Provinciales actuasen como Tribunales correccionales, un examen atento de los textos lleva a establecer dos supuestos típicos de un recurso por iniciativa de la Administración. El primero está determinado por toda la materia de la contratación, materia perfectamente civil para la doctrina unánime de la época y para la propia *mens legislatrix* (6), y cuya atribución de conocimiento a la

(4) Según se deduce «a contrario» de estas expresiones del Reglamento de 1 de octubre de 1845: «Cuando la demanda se dirija contra la Administración» (art. 27), «en los negocios en que sea parte la Administración» (art. 37). Lo confirma PELÁEZ DEL POZO, que enuncia como una de las posibilidades de los pleitos contenciosos la de «un particular con otro disputándose sobre inteligencia de un acto administrativo» (*Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849, págs. 166 y 186). Una materia característica a este respecto era la de litigios entre contratistas de obras públicas y particulares sobre incidencias derivadas de la construcción.

(5) Cfr. la proposición de Ley de Francisco Agustín SILVELA sobre Consejos de Provincia, dictaminada por el Congreso en 1839, arts. 26 y 48, 19, 20, 21 y 22, recogida en su obra *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas, o Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, págs. 181 y ss; DÍAZ UFRANO, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1866, págs. 78 y 85, con referencia a la Ley para el gobierno y administración de las provincias de 25 de septiembre de 1863, arts. 82, núm. 14 («la represión de las contravenciones a los reglamentos de caminos, navegación y riego, construcción urbana o rural, policía de tránsito, caza y pesca, montes y plantíos») y al Reglamento contencioso para los negocios de la Administración de Ultramar, de 4 de julio de 1861, art. 27, núm. 8 («la aplicación de las ordenanzas o reglamentos generales de policía de aguas, caminos, ferrocarriles, montes y demás objetos de policía urbana o rural y también sobre su parte penal mientras el hecho no constituya delito»). Véase sobre el modelo francés de estas atribuciones represivas de los Consejos de Prefectura (en España, Consejos Provinciales); H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 13.^a ed., Paris, 1933, página 1146.

(6) SILVELA, op. cit., págs. 218-219; PELÁEZ DEL POZO, op. cit., págs. 12-13; DÍAZ

jurisdicción contencioso-administrativa se justifica en razones de simple utilidad que hacen jugar a esta jurisdicción a la manera simple de un fuero especial, pero sin que ello implique la alteración de la naturaleza jurídico-privada de estas relaciones (7). De ahí que en estas materias la Administración deba tomar la iniciativa de accionar siempre que le incumba esta carga según el derecho material civil, rigurosamente aplicable (8). Es curioso, sin embargo, que pronto va a comenzar la Administración a reservarse en los pliegos de condiciones de sus contratos la facultad de decisión ejecutoria, que terminará extendiendo a la generalidad de las posibles incidencias con el contratista (interpretación, aplicación, anulación, rescisión) (9), de modo que esta materia que comienza

UFANO, op. cit., pág. 61; COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, 3.ª ed., II, Madrid, 1865, págs. 95 y ss., etc. La tesis continúa, prácticamente sin discrepancias, hasta nuestros días, y está recibida en el propio texto de la Ley de lo contencioso vigente, cuyo artículo 5.º comienza: «Continuarán, *sin embargo*, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos...» El adverbio «sin embargo» se refiere indudablemente al artículo anterior, núm. 4, que exceptúa de la jurisdicción «las cuestiones de índole civil» entre las que se considera «aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica», supuesto en el que entrarían para el legislador los contratos administrativos. Vid. sobre esto mi artículo *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en el n.º 10 de esta REVISTA, 1953, págs. 269 y ss., y mi trabajo *La substantividad del contrato administrativo en Derecho español*, que aparecerá próximamente. GUAITA, no obstante, entiende que el «sin embargo» del art. 5.º de la Ley de lo contencioso hace excepción al art. 1.º de la misma, que determina que sólo son impugnables en la vía contenciosa las «resoluciones» o actos unilaterales, carácter que no tienen los contratos administrativos. Olvida GUAITA que lo que se impugna en materia de contratación no es nunca el contrato directamente, sino precisamente «resoluciones» unilaterales y ejecutorias de la Administración que le preceden, aplican, interpretan o extinguen; el contrato juega en lo contencioso no como un acto impugnabile, sino como el título de los derechos cuya vulneración se atribuye al acto ejecutorio que directamente se impugna. Esta confusión de GUAITA pesa en su tratamiento del problema de la lesividad en la materia; cfr. *infra*, nota 10.

(7) Por todos, COLMEIRO, op. cit., pág. 110: «La defensa de los intereses públicos, la exactitud y celeridad del servicio, la economía en los gastos y otras mil causas semejantes recomiendan la jurisdicción administrativa con preferencia a la ordinaria.» Es doctrina unánime.

(8) En la proposición SILVELA citada en la nota 16, al enumerar («sistema de lista») los casos de competencia de la jurisdicción contenciosa, el art. 47, núm. 17, establece: «La nulidad o validez de los remates e interpretación y ejecución de las condiciones de las contrataciones para obras públicas de toda clase, con facultad de decretar la precisión pedida por el empresario o por la Administración...», etc. PELÁEZ DEL POZO, loc. últ. cit., observa que en materia de contratos «el Estado... tiene que litigar como los demás, en la manera y forma que por el derecho civil se halla establecidos».

(9) Sobre el sistema de nuestro derecho de construir las particularidades «exorbi-

siendo la prototípica respecto a la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por demanda de la Administración, va a concluir siendo precisamente la excepción más notoria contra esta posibilidad una vez que ésta se ha generalizado a través del sistema del recurso de lesividad; en el régimen actualmente vigente, en efecto, una de las pocas excepciones en que la Administración puede unilateralmente declarar la nulidad de una relación que la liga, e incluso la rescisión por simples motivos de oportunidad, es precisamente la de los contratos administrativos, de modo que en ella la Administración no está gravada con la carga de pedir estas declaraciones a los Tribunales a través del recurso de lesividad (10).

El segundo caso típico de un recurso interpuesto por la propia Administración en el sistema de las primitivas regulaciones de lo contencioso era el del ejercicio de la tutela sobre las Corporaciones locales. La Administración central, con un respeto que sorprende desde las directrices de estricta centralización que dominan la legislación local del XIX, debe acudir a los Tribunales contenciosos para obtener la anulación o reforma de actos de las Administraciones locales, y también someter a estos mismos Tribunales la decisión final sobre una suspensión o disolución de las Cor-

tantes» del contrato administrativo a través de reservas contractuales o pliegos de condiciones, fundados, en cuanto cláusulas del contrato, en el principio dispositivo de la autonomía de la voluntad, vid. mi artículo citado *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, págs. 248-249.

(10) Vid. sobre esta materia el resumen crítico de GONZÁLEZ PÉREZ, *Los contratos administrativos y el proceso de lesividad*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 71, 1953, págs. 696 y ss., cuyas conclusiones ratifico plenamente. Sobre todos los argumentos expuestos en este trabajo, deben añadirse como fundamentales el reconocimiento expreso del privilegio de ejecutoriedad, además de en los pliegos, en el art. 62 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, y la explícita previsión de una declaración administrativa de nulidad de los contratos en el art. 60 de la misma Ley, párrafo 3.º, y en el art. 16, núm. 5.º, de la Ley orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944. La distinción entre el contrato propiamente tal y los actos particulares que le preceden o que toman causa del mismo, a que GONZÁLEZ PÉREZ se refiere (cfr. también *supra* nota 6), recuerda la teoría francesa de los «actes détachables» (DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1953, pág. 379) que tiene precisamente en la determinación de la vía jurisdiccional de los contratos un relieve especial: los «actes détachables» pueden ser recurridos por «excès de pouvoir», en vez de necesariamente en el recurso de plena jurisdicción. (G. DEBEYRE, *Le recours pour excès de pouvoir et le contrat*, en «Revue de Droit Public», 1938, págs. 223 y ss.)

poraciones adoptada en principio y provisionalmente, aunque ejecutoriamente, por la propia Administración central (11).

Quedan, por otra parte, sin considerar especialmente otros supuestos ordinarios de Administración demandante y que no suscitan cuestión con relación a nuestro tema: Administraciones locales que demandan contra acuerdos de la Administración central, y Administraciones locales y central que recurren providencias y sentencias de los propios Tribunales contencioso-administrativos. Se concluyen así todas las posibilidades de «negocios contenciosos que se entablen a instancia de la Administración». Ni una sombra, como se ve, del actual recurso de lesividad.

2. ¿Cómo surge, por consiguiente, la idea del recurso de lesividad? Ante todo conviene establecer una precisión que es, a mi juicio, fundamental: la lesividad, como remedio judicial para ir contra actos firmes del propio demandante, surge precisamente dentro del ramo específico de la Hacienda pública. Es el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 la primera piedra de la historia del recurso de lesividad (12), y merece la pena pararse en su doctrina. Este Real Decreto, contrasinado por el Ministro de Hacienda don Manuel BERMÚDEZ DE CASTRO, se refiere a «los negocios en que se versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares», limitación de objeto que presenta una importante significación, y viene a establecer, en definitiva (13):

(11) Art. 48, 26 del proyecto SILVELA, cit.; arts. 67 y 69 de la Ley de Ayuntamientos de 8 de enero de 1845, y 62, 63, 64 y 65 de su Reglamento; Tit. IV de la Ley de Gobierno y Administración Municipal de 24 de junio de 1856. Cfr. COLMEIRO, ob. cit., I, págs. 243 y 271. El sistema se hace general, con mayor o menor extensión, en la legislación local del siglo pasado y penetra hasta las regulaciones orgánicas de este siglo, llegando por último a la vigente. Vid. también *infra* nota 37.

(12) Entre los autores modernos, así lo acepta GASCÓN HERNÁNDEZ, *La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración*, en «Revista de Estudios Políticos» núm. 7, 1942.

(13) He aquí el texto de sus tres primeros artículos: «Art. 1.º En los negocios en que se versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares, causarán estado las resoluciones que en Mi nombre adopte el Ministro de Hacienda, y sean revocables por la vía contenciosa a que podrán recurrir contra ellas tanto el Gobierno como los particulares si creyesen perjudicados sus derechos.—Art. 2.º Las resoluciones de los Directores generales que dependan del Ministerio de Hacienda podrán revocarse por la vía administrativa, y no darán lugar a la contenciosa sino cuando tengan carácter de definitivas y causen estado con arreglo a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos especiales.—Art. 3.º El recurso contencioso, de que tratan los dos artículos anteriores, deberá intentarse en el plazo improrrogable de seis meses contados desde

1.º, que los acuerdos de todos los órganos y autoridades inferiores al Ministro son revocables en la vía administrativa por su respectivo superior jerárquico, sin limitación de motivo (tanto por razones de legalidad como por las de oportunidad, por consiguiente), de plazo, ni de procedimiento.

2.º, sólo los acuerdos del Ministro («las resoluciones que en Mi nombre —en el de la Corona— adopte el Ministro de Hacienda») se entienden firmes o que causan estado, y en tal sentido son los únicos recurribles en vía contenciosa, así como los únicos irrevocables de oficio por la propia Administración.

3.º, cuando la Administración juzgue que un acuerdo ministerial de estos «causó algún perjuicio», deberá intentar su revocación en vía contencioso-administrativa; para la interposición de este recurso, la Administración cuenta con el mismo plazo preclusivo que el particular, seis meses, pero que empieza a contarse, así como para el particular desde la notificación, para la Administración desde el día que entienda perjudicial el acto en cuestión.

La doctrina de este Real Decreto de 21 de mayo de 1853, formulada únicamente para la Hacienda, como se ha visto, se generalizó a todos los Ministerios por el Real Decreto de 20 de junio de 1858, haciéndose de este modo general. Hasta las leyes de 1881 y 1888 éste es el régimen vigente en la materia, y es oportuno, por consiguiente, examinarlo con alguna atención.

a) En primer lugar, debe analizarse la determinación del objeto, «negocios en que se versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares», pues es él el que determina exactamente todo el régimen a aplicar en materia de revocación que tan circunstanciadamente esta norma regula. Un entendimiento literal de esa expresión «recíprocas obligaciones» podía llevar con facilidad a sostener que se está contemplando únicamente el supuesto de los contratos, y a lo más el de los conciertos

el día en que se haya hecho saber en la forma administrativa a los interesados la providencia que motiva el recurso. Respecto de los negocios que se hallan hoy fenecidos, se contará el mismo plazo desde la fecha del presente Real Decreto. Sólo correrá para el Estado, en todos los casos, desde el día en que la Administración activa entienda que una providencia anterior causó algún perjuicio y ordene que se provoque su revocación por la vía contenciosa» («Gaceta» del 26 de mayo de 1853).

o concordatos tributarios (14), que son los únicos casos de obligaciones recíprocas para la Hacienda y los particulares, ya que en el caso ordinario de la tributación se está en presencia de una obligación *ex lege* de una parte, sin reciprocidad. Ahora bien, esta interpretación, que facilitaría notablemente nuestra tesis, no parece, sin embargo, ajustada a la realidad. Se trata, sin duda, de una expresión indebida del artículo 1.º del Real Decreto, y parece que en ella se comprende en la intención legal todo género de resoluciones de la Hacienda que sean declaratorias de derechos u obligaciones de los particulares, que más que recíprocos son correspondientes a obligaciones o derechos, respectivamente, de la propia Hacienda. La idea del convenio o del contrato ha surgido aquí característicamente por lo mismo que esas resoluciones han creado una determinada situación de naturaleza patrimonial —liquidación de créditos en contra o a favor, normalmente a favor, de la Hacienda— en cuya firmeza han colaborado las dos voluntades: la de la Administración porque de ella ha partido la resolución constitutiva, pero también del particular afectado en cuanto al no haberla recurrido —supuesto de la hipótesis de la revocación de oficio, o del recurso de lesividad— la ha aceptado, la ha «consentido» (15). No debe olvidarse tampoco la idea clásica de la naturaleza privada de las relaciones patrimoniales con el Fisco, incluso las derivadas de la tributación, una vez que el acto de poder que es el impuesto se ha concretado en un simple crédito (16).

Ahora bien, interesa inmediatamente determinar en qué casos se gra-

(14) Sobre este tema, vid. MUELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, págs. 16 y ss.; TERRANOVA, *Il concordato tributario*, Napoli, 1947; COCIVERA, *Il concordato tributario*, Milano, 1948.

(15) La expresión «acto consentido», referida a un acto administrativo no recurrido, es común en nuestro derecho, sobre todo en las declaraciones jurisprudenciales. Cfr. J. L. VILLAR PALASI, *La doctrina del acto confirmatorio*, en el núm. 8 de esta REVISTA, 1952, pág. 17 y ss. La idea del contrato o del convenio por el hecho del aquietamiento procesal, no tiene relieve, sin embargo, más que en el supuesto de estos actos financieros de contenido exclusivamente patrimonial y por la naturaleza especial del acto de liquidación —concreción, fijación, «accertamento», «Feststellung», que es de donde surge inmediatamente el deber tributario —naturaleza constitutiva del acto de liquidación—. Cfr. sobre esto ZANORINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 3.ª ed., 1944, pág. 328; D'ALESSIO, *Corso di diritto finanziario*, Napoli, 1938, pág. 286; VICINOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel Diritto amministrativo*, Milano, 1950, págs. 209 y ss. Contra, A. D. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto tributario*, 4.ª ed., Milano, 1953, páginas 144 y ss.

(16) MAYER, *Le droit administratif allemand*, I, Paris, 1903, págs. 60 y ss.

va a la Administración con la carga de impugnar judicialmente sus propias resoluciones de esta naturaleza. El artículo 3.º del Real Decreto se refiere explícitamente al supuesto en que «la Administración activa entienda que una providencia anterior causó algún *perjuicio*» (17). Más estrictamente, es aquí donde se forja el concepto de «lesividad»; se contemplan las resoluciones *lesivas* para la Hacienda. ¿Qué quiere decir esto? El concepto de lesión, como el más vulgar de «perjuicio», tiene un perfil exacto en el Derecho y se refiere concretamente, no a un supuesto de invalidez objetiva de un acto por infracción formal de las normas, sino, por el contrario, a un acto perfectamente válido, pero que, sin embargo, implica la consecuencia de un perjuicio económico para una de las partes (18); es lo que expresa con toda nitidez el artículo 1.290 del Código civil: «*Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley.*» Así resulta claramente que cuando se impone a la Administración la carga de la acción contenciosa no se está contemplando el caso ordinario de la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, sino específicamente el de declaraciones administrativas de liquidación de créditos que, siendo perfectamente válidas, han producido, sin embargo, una lesión económica en contra de la Hacienda por motivos que son típicos de la lesión, error —de hecho, o incluso de derecho— o engaño (19).

(17) No puede omitirse que el art. 1.º del Real Decreto, que se ha transcrito en nota 13, *supra*, equipara en fundamentos del recurso al particular y a la Administración y habla aquí de que los dos «creyesen perjudicados sus derechos». El término «perjuicio» parece emplearse, efectivamente, en otro significado del que luego se indica en el texto y la citada expresión, y el rasero común que se establece entre Administración y administrados, podrían justificar una interpretación distinta a la que a continuación se sostiene. Esto no obstante, debe insistirse en ésta, tanto por los datos que más adelante se aportan en su apoyo, como porque a mi juicio esa equiparación entre Administración y particulares debe situarse en la intención legal, no tanto en la impugnación por motivos de legalidad como precisamente en la impugnación por lesión patrimonial, supuesta la existencia de un recurso privado por típica lesión patrimonial y no por legalidad en la materia tributaria, como se indicará en su lugar. Aunque se emplee la expresión «perjuicio en sus derechos», no debe entenderse, según esto, «violación de sus derechos», formalmente, sino lesión de la integridad patrimonial que el derecho protege.

(18) Cfr. P. OSSIPOW, *De la lésion*, Lausanne-Paris, 1940; F. GÓMEZ ACEBO, *Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica*, en «Revista de Derecho Privado», junio de 1950, págs. 507 y ss., con bibliografía.

(19) El Real Decreto-Sentencia de 12 de febrero de 1862, por ejemplo, refiere este supuesto como ordinario del recurso de lesividad: una resolución que «entiende

Conviene recordar, para la perfecta calificación del recurso de lesividad así surgido, una particularidad histórica importante: el hecho de que la Hacienda tradicionalmente venía gozando como un singular *privilegium fisci* del beneficio de la menor edad, que traía aparejado la *in integrum restitutio*, que es una acción rescisoria por lesión, como es sabido. Esta observación es capital. No se trata, como sería fácil de imaginar, de un argumento más o menos arqueológico. Por el contrario, el privilegio de la menor edad a favor de la Hacienda está vigente y con plena efectividad en nuestro Derecho hasta la promulgación del Código civil, en virtud de la expresa determinación de la Ley 10, Tít. XIX de la Partida 6.ª, cuyo epígrafe dice: «Como las Egleſias, e los Reyes, e los Concejos, pueden demandar restitución, por aquellas mismas razones que los menores», y que comienza así: «Porque los bienes de las Egleſias, de los Reyes, e de los Consejos, se pierden, o se menoscaban por culpa de los que las han de procurar o por engaño de los otros. E por ende fué establecido antiguamente que tales bienes ayan aquel privilejo e aquella mejoría que han las cosas de los menores de veynte e cinco años.» Este *privilegium fisci* siguió jugando su papel una vez iniciado el régimen administrativo en nuestra patria (20). Pues bien, parece claro que

la Administración que la es gravosa porque las diligencias posteriores hayan mostrado que se dictó con error o engaño».

(20) Se menciona el beneficio de la restitución *in integrum* a favor de la Hacienda en el Real Decreto-Sentencia de 11 de noviembre de 1885, a que luego aludiremos. La Administración trató de utilizar el privilegio de la menor edad para obtener la rescisión de Sentencias firmes de lo contencioso-administrativo, pero le fué negado por la especialidad de esta vía (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1873); igualmente le fué negada esta aplicación del privilegio a las Juntas de Aguas (Reales Decretos-Sentencias de 18 de diciembre de 1865, 10 de junio de 1868 y 23 de noviembre de 1874). Finalmente, se negó a los administrados la aplicación en contra de la Administración del beneficio de la restitución que pudiera ampararles, por la razón de que la Hacienda gozaba del mismo privilegio (Reales Decretos-Sentencias de 4 de marzo de 1876 y 15 de febrero de 1884). Todo esto se refiere a la vía contencioso-administrativa, no a la civil, donde sin duda el privilegio de la menor edad del Fisco ha de haber jugado también. GUTIÉRREZ (*Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, I, 3.ª ed., Madrid, 1871, pág. 806), cita una Sentencia civil de 22 de junio de 1849, con esta doctrina: la omisión de un trámite necesario de un recurso por parte del legítimo representante de la Hacienda pública o del Estado puede ocasionar a éste perjuicio, y a fin de evitar que llegue a realizarse, le asiste el beneficio de la restitución para que se repongan las actuaciones al período en que se hallaban antes del acto o providencia con que haya podido perjudicarles. Puede perfectamente explicarse la falta de utilización directa en lo contencioso del beneficio de restitución por su carácter subsidiario o de *ultimum auxilium*, que lo hace aplica-

lo que se consagra en el Real Decreto de 1853 no es, como ya hemos dicho, una acción de nulidad, sino este antiguo beneficio de la rescisión, por causa de lesión por consiguiente y no por motivo objetivo de legalidad, adaptándolo a la nueva técnica administrativa. A la vez, y esto sí es singular, se ha extendido el plazo para interponer esta acción rescisoria: en las Partidas era de cuatro años (de treinta en la *laessio enormissima* o *ultra dimidium*) y aquí se ha quitado toda limitación temporal, de modo que la Administración puede ejercitar esta acción en cualquier momento, desde que se aperciba del perjuicio sufrido. El razonamiento para esta extensión del privilegio es el siguiente: el plazo de cuatro años para interponer la acción rescisoria se cuenta en los menores desde su mayor edad, por suponerse que sólo entonces, al gobernar su patrimonio ya personalmente, podrán apercibirse de las lesiones y perjuicios sufridos en la anterior gestión de sus guardadores; ahora bien, la Administración no adviene nunca a esta mayoría de edad, por cuanto perpetuamente su patrimonio es regido por «guardadores»; no puede suponerse, por tanto, que de existir perjuicio ha de haberlo apercibido en plazo corto, y debe por ende permitírsele la invocación del perjuicio en cualquier momento (21). La identidad de naturaleza entre la antigua *resti-*

ble, según su régimen específico, sólo en defecto de otro remedio de derecho; el recurso de lesividad precisamente privaba de aplicación, en cuanto necesariamente previo, al remedio restitutorio propiamente tal en la vía contencioso-administrativa, aunque continuasen otras aplicaciones del beneficio de la menor edad. Puedo decir, por mi parte, y ya a título personal, que todavía he encontrado vivo el recuerdo de esta doctrina de la Administración como menor de edad en el Consejo de Estado actual, a través de sus miembros **más antiguos**.

(21) Esta doctrina está implícita en la exposición de motivos del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, aunque no la exponga desde la perspectiva del beneficio de la restitución, sino con la preocupación de integrar la institución en el sistema de lo contencioso; desde este punto de vista, se dice, no existe desigualdad entre el plazo para recurrir otorgado al particular y el que se reconoce a la Administración: «una vez que el plazo principia a contarse para los particulares desde que se les hace saber la providencia, porque desde entonces conocen si los perjudica en sus derechos, debe por analogía establecerse para la Hacienda que los seis meses se cuentan desde que tiene legalmente el mismo conocimiento; esto es, desde el día en que la Administración activa entiende que una providencia anterior ha causado perjuicio y ordena se provoque su revocación por la vía contenciosa»; y en otro lugar: «desde el momento en que se hace saber una resolución a un particular, conoce éste si le perjudica o no en los derechos que tiene adquiridos... este plazo [de seis meses para interponer el recurso] no puede, sin embargo, contarse para el Estado desde el momento en que la providencia se dicta. La autoridad que la acuerda pocas veces pedirá su revocación por la vía contenciosa, aunque sea perjudicial al Fisco» («Gaceta» de 26 de mayo).

tutio in integrum en favor de la Hacienda y el nuevo recurso de lesividad, con la única diferencia del plazo de interposición, quedó sancionada por el Real Decreto-Sentencia de 11 de noviembre de 1885, ya citado, en que la jurisdicción declaró que la excepción de prescripción de la acción, procedente si se tratase del beneficio de la restitución *in integrum*, no lo era en el caso, porque la Hacienda se amparaba no en este beneficio, sino en el del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, con lo que acepta por ende que en cuanto al fondo eran ambos intercambiables (22); este razonamiento hubiese sido imposible si el recurso de lesividad hubiese sido, al modo en que hoy se concibe, una acción de nulidad. Por lo demás, más adelante hemos de ver que el criterio de la identidad entre los dos beneficios va a confirmarse con la tendencia a eliminar su única diferencia, reduciendo el recurso de lesividad al plazo de cuatro años, tendencia que se plasma al fin en la Ley de lo contencioso de 1888 y que toma razón precisamente en el plazo propio de la *restitutio in integrum* (23).

Aunque sin argumentar en base al privilegio de la menor edad, es completamente visible en estos párrafos el eco de esta doctrina, tanto en el contraste que se fija entre la capacidad real para percibir los perjuicios que tienen, respectivamente, el sujeto privado y el Estado, como, particularmente, en ese último argumento psicológico sobre la disposición del «guardador» en relación con los perjuicios que haya podido ocasionar su gestión. En la jurisprudencia dictada con ocasión de este problema de los plazos para recurrir la Administración (se entendió que comenzaba a correr el plazo de seis meses desde que se expedía la Orden e instrucciones al Fiscal en el Consejo para entablar la demanda: Reales Decretos-Sentencias de 5 de abril de 1863, 25 de mayo de 1877, etc.) es constante la alusión a esta doctrina. Así, por ejemplo, en el Real Decreto-Sentencia de 30 de enero de 1882 se dice que «nunca puede perjudicar al Estado el error de derecho en que hayan incurrido sus funcionarios», doctrina por cierto que, comparada con la actual en esta misma materia del recurso de lesividad, hace bastante clara la esencial diferencia con que entonces y hoy se concebía esta institución. Posiblemente el tipo de argumento que se usa para no señalar un plazo prescriptorio a la acción de lesividad sea reconducible al principio «contra non valente agere non currit praescriptio», propio de la dialéctica del beneficio de la menor edad.

(22) «La demanda deducida por el Fiscal dentro del plazo legal resulta bien admitida si su procedencia no se fundó en el beneficio de la restitución *in integrum* que disfruta la Hacienda pública, como indica el demandado, sino en el art. 3.º del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, interpretado constantemente en el sentido de que el plazo de seis meses otorgado para promover en vía contenciosa la revocación de las resoluciones gubernativas sólo corre para el Estado desde el día que el Fiscal recibe las instrucciones oportunas para presentar la demanda» («Gaceta» de 15 de febrero de 1886).

(23) J. BRAVO, op. cit., pág. 129: «La ley actual... ha establecido un plazo para

Una experiencia de primer orden que confirma que el recurso de lesividad establecido por el Real Decreto de 1853 no refería ordinariamente una acción de nulidad está en el caso de la venta de bienes nacionales, respecto a cuyas incidencias era competente la jurisdicción contencioso-administrativa (24). No estará de más recordar la importancia que para la Administración del siglo XIX tuvo la vasta operación desamortizadora, uno de los empeños de mayor alcance entre sus empresas y, por supuesto, una de las tareas de mayor volumen y más grande complejidad. Pues bien, *precisamente* en base a esta definición de la materia como materia contencioso-administrativa se dedujo con toda corrección que la Administración podía declarar de oficio resoluciones ejecutorias en todos esos extremos cuya revisión correspondía a los Tribunales contenciosos; la Administración, por consiguiente, y esto es fundamental, declaraba por sí misma la nulidad de estas ventas de bienes nacionales, sin perjuicio de que el particular, *a posteriori*, pudiese instar la revisión contenciosa de esta declaración. En ningún caso se entendió que correspondía a la Administración la carga de impugnar la validez de las ventas mediante un recurso de lesividad, no obstante tratarse de una materia tan específicamente referente a la Hacienda (por su contenido como por sus órganos de gestión) y ser éste, por consiguiente, el campo propio del recurso (25).

que el Estado pueda utilizar este derecho, cuyo plazo se ha fijado en cuatro años, a semejanza del cuadrienio legal concedido a los menores.» CABALLERO Y MONTES. *Estudios sobre el procedimiento contencioso-administrativo. Providencias que causan estado*, Madrid, 1896, pág. 33: «... plazo reducido a cuatro años por la Ley de 1888, en analogía al que se concede a los menores para el beneficio de restitución *in integrum*».

(24) La Real Orden de 14 de junio de 1848 (comunicada a los Jefes políticos por otra Real Orden de 25 de enero de 1849, fecha por la que es comúnmente citada), dictada de conformidad con el Consejo de Estado en pleno, dispuso «que se declare contencioso-administrativo y de la competencia de los Consejos Provinciales y del Real en su caso, todo lo relativo a la validez o nulidad de las ventas de bienes nacionales, a la interpretación de sus cláusulas, a la designación de la cosa enajenada y declaración de la persona a quien se vendió y a la ejecución del contrato». Este precepto pasó luego a la Real Orden de 20 de septiembre de 1852, fundamental en la definición de la materia contenciosa.

(25) Reales Decretos-Sentencias de 17 de abril de 1863 (confirma nulidad declarada administrativamente por defecto en la licitación), de 27 de febrero de 1866 (ídem por tratarse de un bien exceptuado), de 6 de noviembre de 1875, 11 de febrero, 8 de julio y 21 de diciembre de 1877, 29 de enero de 1875, 15 de marzo de 1880, etc. Lo importante no es que confirmen o revoquen la declaración administrativa de nulidad, sino que cualquiera de estos pronunciamientos lo fuese por mo-

Sólo a partir de la nueva Ley de lo contencioso de 13 de septiembre de 1888, y por entenderse que el supuesto entraba dentro de lo que el dogmatismo de esta Ley llamaba actuación de la Administración como persona privada (art. 4.º, 2.º), se determinó que *por ser competentes los Tribunales ordinarios* la Administración carecía de la facultad de declarar unilateralmente la nulidad, y que, por el contrario, venía gravada con la carga de demandar, doctrina que, por cierto, suscitó una grave cuestión entre el Consejo de Estado y el Gobierno, haciendo este último uso de la facultad que la ley le reservaba de revisar las Sentencias mediante el llamado recurso extraordinario de revisión (26). Este ejemplo me pa-

tivos de fondo, presuponiendo, por ende, el privilegio administrativo de la decisión previa. Así es también corriente que los fallos se limiten a cuestiones surgidas sobre la liquidación de la venta anulada (frutos, intereses, etc.), Sentencia de 13 de julio de 1874, Reales Decretos-Sentencias de 22 de diciembre de 1877, de 29 de enero de 1879, etc. El conflicto entre la Administración y los Tribunales ordinarios, cuando se plantea alrededor de este problema, versa precisamente sobre este punto: si es la Administración o son los Tribunales, rogamamente, los que pueden declarar la nulidad, y estos conflictos se resuelven a favor de la Administración (Reales Decretos de Competencia de 30 de diciembre de 1880 y 8 de mayo de 1881). La facultad administrativa de declarar la nulidad se define con la mayor amplitud, por ejemplo, en la sentencia de 16 de noviembre de 1872, que confirma la nulidad de la venta declarada por la Administración *once años después* de firmado el contrato; en general se hace aplicación de la doctrina de la menor edad referida (*supra* nota 21) en esta materia de plazos; así, Reales Decretos-Sentencias de 25 de abril de 1881 y 30 de enero de 1882. La declaración administrativa de nulidad tiene efectos incluso contra terceros adquirentes (Real Decreto de Competencia de 21 de febrero de 1867), y esto aunque hubiesen inscrito los bienes en el Registro de la Propiedad (Reales Decretos-Sentencias de 12 de marzo de 1879 y 27 de junio de 1884). Como se dice en el texto, el fundamento legal que justifica el reconocimiento de esta facultad a la Administración es la atribución de la competencia sobre este extremo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Véase, por ejemplo, este «Considerando» de un fallo: «Considerando que al tenor de varias disposiciones vigentes, entre las cuales se cuenta la Real Orden de 25 de enero de 1849, son de competencia administrativa todas las cuestiones relativas a la validez o nulidad de las ventas de bienes nacionales» (Resolución de 3 de noviembre de 1879, publicada en la «Gaceta» de 22 de noviembre); la Real Orden de 25 de enero de 1849 es la que se transcribe *supra*, nota anterior.

(26) La Sentencia de la Sala 4.ª de 4 de junio de 1889 abrió la tendencia indicada en el texto, declarando la materia relativa a la venta de bienes nacionales de la competencia judicial. El criterio fué sostenido también por el Real Decreto de Competencia de 17 de septiembre de 1890. El Gobierno, apercebido de la importancia del problema, ordenó al Fiscal instar el recurso extraordinario de revisión contra esa Sentencia de 4 de junio de 1889, recurso que el Consejo entendió no haber lugar a él; contra el parecer del Consejo, el Gobierno, en uso de sus facultades,

rece decisivo para comprender la orientación inicial prestada al recurso de lesividad, como acción de lesión y no de nulidad, y también una prueba de primer orden que demuestra el exacto planteamiento con que durante nuestro siglo XIX se entendió este problema capital del régimen administrativo.

b) La segunda observación que hay que formular para situar exactamente el sistema establecido por el Real Decreto de 1853, una vez establecido su supuesto formal, es que esta norma consagra como regla general el principio de la libre revocación (por motivos de legalidad como de oportunidad, por consiguiente) de los actos de todos los órganos administrativos inferiores al grado de Ministro. Se comprende entonces que la limitación de las facultades revocatorias de la Administración que supone el recurso de lesividad afecta sólo a un número ínfimo de sus actos y resoluciones, los actos y resoluciones ministeriales, en cuanto que todos los demás, que constituyen, como es obvio, la inmensa mayoría, son libremente removibles por la Administración. Es curioso que este principio fundamental de nuestro Derecho administrativo se haya igualmente volatilizado completamente de la conciencia de nuestros autores contemporáneos, no obstante haber estado vigente y con plena efectividad hasta 1894, traspasando incluso, por tanto, la ley de 1888. Tampoco su abandono fué postulado nunca por la doctrina ni por la jurisprudencia de un modo abierto y franco, y cuando este abandono se consumó, ni un sólo comentario —que nosotros sepamos— glosó el cambio sustancial que se operaba en nuestro sistema de relaciones jurídico-administrativas. He aquí otro ejemplo del máximo relieve acerca de lo que observábase más atrás sobre la suerte histórica del recurso de lesividad, sobre la falta de un propósito consciente y deliberado en el proceso que ha llevado a la configuración actual de esta institución, y de su contorno complementario y condicionante.

Esta doctrina de la libre revocación de los acuerdos inferiores, que tan claramente expresa el artículo 2.º del comentado Real Decreto de

revisó la Sentencia por el Real Decreto de 22 de noviembre de 1890, volviendo a la antigua doctrina. Posteriormente fué confirmado el criterio impuesto por esta revisión (Auto de 26 de noviembre de 1890, Sentencia de 15-16 de abril de 1891, etc.). Sobre este recurso extraordinario de revisión suprimido en la reforma orgánica de 1904, vid. GONZÁLEZ PÉREZ. *El recurso de revisión contencioso-administrativo*, en el núm. 13 de esta REVISTA.

1853, lo veía la doctrina de la época como una consecuencia del principio de jerarquía. COLMEIRO, por ejemplo, cuya autoridad doctrinal e histórica es sobradamente conocida, dice: «Supuesto que cada Ministro es superior jerárquico de todas las autoridades encargadas del servicio administrativo inherente a su Ministerio, claramente se manifiesta que es una de sus principales facultades vigilar, suspender, reformar o revocar los actos de todos los funcionarios sujetos a sus órdenes, *bien proceda espontáneamente*, bien a petición de los agraviados» (27). La doctrina es neta, pero para resaltar más dónde acaba esta facultad revocatoria del Ministro, COLMEIRO añade: «Puede cada Ministro reformar sus propios actos y los de sus antecesores, salvo si las decisiones o resoluciones hubiesen constituido derechos a favor de tercero», es decir, que únicamente son irrevocables los actos *ministeriales* declaratorios de derechos (28). En otro lugar insiste en esta doctrina al tratar de los actos de los Gobernadores civiles: ellos mismos encuentran ese mismo límite para la autorrevocación de sus actos (29), pero «los actos del Gobernador en materia de Administración pueden ser reformados o anulados completamente por los Ministros de la Gobernación, Hacienda o Fomento, según su naturaleza» (30). Esta doctrina llega hasta el mismo SANTAMARÍA DE PAREDES, autor que, como es sabido, preside doctrinalmente el sistema administrativo de la Restauración, quien glosando el requisito de que la resolución *cause estado* para que el particular pueda impugnarla en vía contenciosa observa: «Una resolución dictada por la Administración en la vía gubernativa (decreto, orden, decisión, providencia), es la causa que motiva la reclamación de la persona que por ella se siente lesionada en sus derechos; pero esa resolución ha de tener el carácter de definitiva, porque mientras no lo tenga todavía puede la Administración dictar otra, en virtud de la facultad que tiene el superior de revocar, suspender y corregir los actos del inferior, sin dar lugar a agravio» (31). Algún eco

(27) Ob. cit., I, pág. 101.

(28) *Ibidem*. No obstante, este texto viene interpretándose en el sentido de que tal límite a la facultad revocatoria afectaba a todos los actos administrativos y no sólo a los actos ministeriales. *Ad ex.* GUAITA, op. cit., págs. 23-4.

(29) *Ibidem*, pág. 135.

(30) *Ibidem*, pág. 136.

(31) SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Madrid, 1894, pág. 788. Al tratar de la jerarquía enuncia como uno de sus contenidos la facultad de superior para suspender o revocar y reformar los actos del inferior.

de esta vieja doctrina alcanza a nuestros mismos días; la Sentencia de la Sala 4.ª de 13 de marzo de 1954 ha declarado excluida del cauce de la lesividad la revocación jerárquica, como incluida en las propias facultades de la jerarquía.

Es este principio cardinal el que alumbra la especialidad, que es en general original de nuestro derecho, de que el particular sólo puede recurrir las resoluciones que causen estado (32), es decir, ordinariamente las resoluciones ministeriales, pues las de los órganos inferiores no son firmes; hay, característicamente, una confusión absoluta entre los conceptos de «causar estado» y «firmeza» de un acto, conceptos que hoy vemos perfectamente separados. Carece de firmeza el acto de las autoridades inferiores porque puede ser reformado en cualquier momento por

facultad que, citando a TROLLEZ, entiende que «es el principio mismo de la jerarquía, base y requisito esencial de toda Administración» (pág. 98). Con referencia concreta del sistema a la disposición que estamos comentando, ALFARO Y LAFUENTE dice: «El artículo 2.º del Real Decreto de 21 de mayo de 1853 establece que las resoluciones del Ministerio de Hacienda podrán revocarse por la vía gubernativa y no darán lugar a la contenciosa sino cuando tengan carácter de definitivas» (op. cit., página 259). DÍAZ UFANO justifica el requisito de que sólo son recurribles los actos ministeriales («causar estado», vid. más adelante en el texto), por la misma razón de que los actos de autoridades inferiores pueden ser confirmados o revocados por los Ministros (op. cit., pág. 101).

(32) YERRA E. SERRANO GUIRADO cuando, en magnífico artículo *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, afirma que «es general en los ordenamientos de la justicia administrativa para que pueda interponerse y admitirse procesalmente el recurso, exigir que la resolución impugnada tenga carácter final, que cause estado» (en el núm. 10 de esta REVISTA, 1953, página 117). Ha tenido presente, sin duda, para esta afirmación el caso de Italia, que es, en efecto, idéntico al nuestro. En Francia, prototipo de régimen contencioso-administrativo y modelo histórico único, desde luego, para el nuestro, no se exige el carácter definitivo de la resolución impugnada, y el recurso jerárquico es meramente facultativo (R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration, au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París, 1926, págs. 149 y ss. HAURIQU, *Précis de Droit Administratif*, 12 ed., París, 1933, págs. 83 y ss.), y prácticamente no se utiliza nunca (BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, París, 1943, pág. 314); incluso en los casos en que explícitamente la ley establece un recurso de alzada respecto de una materia determinada, el Consejo de Estado y la doctrina interpretan que, salvo expresa mención legal, tal recurso no condiciona la interposición del recurso contencioso directamente (Nota de JÈZE sobre *arrêt* de 3 de marzo de 1944, «Société pour la fabrication d'aliments», en «Revue de Droit Public», 1945, págs. 265-6). Es el fondo del Derecho francés, sobre el que se forja nuestro Derecho administrativo en el siglo XIX, el que permite comprender la originalidad de la creación histórica del requisito de «causar estado».

las superiores, tanto de oficio como a instancia de parte (33). De aquí que de estos actos no pueda decirse que causen agravio —deduce la jurisprudencia— por su misma infirmeza, ya que sólo el acto superior y firme «causa estado», es decir, llega a un resultado definitivo (34). El sistema implica, por consiguiente, la libertad de revocar por el superior sin limitación de plazo, conclusión que acepta constantemente la jurisprudencia y la doctrina (35). Esta posibilidad va a entrar en cuestión en el momento en que se establezca un plazo preclusivo para la interposición del recurso de alzada por los particulares, pues es ahora cuando comienzan a distinguirse frente al particular los conceptos de firmeza y causar estado. La primera disposición que conozco en este sentido es la Real Orden de 30 de marzo de 1867, también para el Ministerio de Hacienda, que establece un plazo de sesenta días para alzarse contra los acuerdos de las Direcciones. Pues bien, ante esta innovación, que pone a prueba, en

(33) La Exposición de Motivos de la disposición que comentamos, el Real Decreto de 21 de mayo de 1853, no puede ser más expresa: «La forma en que se redactó el núm. 1.º del art. 1.º del Reglamento de 30 de diciembre de 1846 pudo al principio ofrecer alguna duda acerca de si procedía recurrir a la vía contenciosa contra las decisiones de los Directores de la Administración civil; pero la jurisprudencia, interpretando este artículo de una manera conforme a la buena doctrina, admitió sólo el recurso cuando las decisiones causan estado en virtud de algún Reglamento especial, y le negó en todos los demás casos, porque aquellos funcionarios son más bien agentes que Autoridades administrativas, y al Ministro responsable como jefe inmediato corresponde la facultad de confirmar o revocar sus acuerdos, siempre que por excepción no tengan carácter de definitivos». Y en otro lugar, luego de haber establecido el criterio de la necesidad de la vía contenciosa para revocar los actos ministeriales, se añade: «Pero semejante declaración no puede hacerse sin conservar a los Ministros las atribuciones que les son propias, guardando el orden jerárquico establecido en la organización administrativa del Estado» («Gaceta» de 26 de mayo de 1853).

(34) Esta es la explicación del giro característico de nuestro derecho «causar estado», que efectivamente carece de sentido en cuanto se acepte como hoy que actos de órganos inferiores alcancen firmeza. Por no haber notado este origen la doctrina actual encuentra el nombre inexplicable. Cfr. SERRANO GUIRADO, op. cit., págs. 125-6.

(35) Aquí se reconduce la limitación a las facultades revocatorias administrativas en el caso de que el acto administrativo *causase estado*, formulada por la antigua jurisprudencia y la doctrina, y que por inercia, y ya sin ningún sentido, repiten hoy todavía algunos autores. *Ad ex.* JORDANA DE ROZAS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, pág. 59: «respecto a la revocación se admite que es posible siempre, a no ser que el acto cause estado...» Una referencia general, en GUAITA, op. cit., pág. 24. Vid. la crítica que desde el derecho hoy aplicable formula GONZÁLEZ PÉREZ, *La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española*, en el núm. 1 de esta REVISTA, 1950, pág. 156.

cierto modo, el sistema, la jurisprudencia seguirá admitiendo ilimitadamente la facultad revocatoria de oficio del Ministro, con lo que se comprende que el supuesto del recurso de lesividad continuará siendo limitadísimo, al afectar sólo a las resoluciones ministeriales (36).

c) Una última observación debe ser formulada a propósito del recurso de lesividad que instaura el Real Decreto de 1853, y es que, en definitiva, en un régimen de justicia retenida, que era el vigente a la sazón en nuestro contencioso, el sistema de la Administración demandante carecía de la especial gravedad que cobra en cuanto la jurisdicción se hace independiente o delegada. Cuando la sentencia emana de ella misma, la demanda de la Administración ante sí propia encubre difícilmente una ficción que atiende realmente a un puro interés de garantía interna o procedimental antes de dictar una solemne declaración revocatoria. Esta garantía se dirige a atender fundamentalmente dos principios: audiencia de la parte privada interesada y consulta de un órgano técnico en derecho, el Consejo de Estado. Esta observación cobra especial signi-

(36) El fundamento de esta jurisprudencia está en la reserva que dicha Real Orden de 30 de marzo de 1867 formula al concebir la revocación ministerial como una especie de alzada interna (sobre esto, vid. más adelante en el texto y nota 38), ya que entiende que el plazo de sesenta días que comienza a contarse para el particular desde la notificación, se inicia para la Administración «desde que entienda que una providencia anterior causa perjuicio», en virtud del mismo razonamiento que para el recurso de lesividad vimos más atrás, nota 21. He aquí un resumen de esta doctrina jurisprudencial, que define la facultad administrativa de revocar los acuerdos inferiores: «la prohibición de revocar los acuerdos de las Direcciones se limitó (por la Real Orden de 30 de marzo de 1867) a ellas mismas y no al Ministro, no introduciéndose en dicha Real Orden otra novedad en cuanto a las facultades que a aquél concedía el art. 2.º del Real Decreto de 21 de mayo de 1853, que la de fijar el término dentro del cual debía ejercitarlo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1871; coinciden las de 27 de noviembre de 1873, 27 de diciembre de 1873, 7 de marzo de 1874, etc.). «Considerando, con respecto al primero de los extremos expresados, que la Real Orden impugnada no ha anulado ninguna resolución ministerial dictada anteriormente sobre el mismo asunto, puesto que los acuerdos de la Dirección de Propiedades de 8 y 22 de mayo de 1868, que los demandantes citan calificándolos de Reales Ordenes, no tienen semejante carácter, y podrían, por tanto, revocarse, según se revocaron, por el Ministro de Hacienda, como superior jerárquico del Centro directivo que los dictó. Considerando que el término de sesenta días fijados para recurrir al Ministro contra los acuerdos de las Direcciones debe contarse para la Administración desde el día en que ésta entienda que una providencia anterior causa algún perjuicio, y que en el caso actual la resolución ministerial que dejó sin efecto la primera de las liquidaciones practicadas al Marqués de V. se expidió en seguida de conocerse los perjuicios que originaba a la Hacienda» (Real Decreto-Sentencia de 14 de febrero de 1877).

ficación si se recuerda que originalmente el supuesto tópico residenciado en el recurso de lesividad es el de una rescisión y no el de una nulidad, puesto que entonces el fallo del recurso se concretará ordinariamente, o en una liquidación pura y simple de la relación rescindida, con arreglo a las normas de la posesión de buena o mala fe, o en la reconstitución *ex novo* de la relación que se rescinde, de ser legalmente necesaria, en forma que evite su lesión futura para la Hacienda. Estos dos pronunciamientos, por su índole, poco acorde en general con la que es propia de los fallos contencioso-administrativos, justifican el cuidado de una garantía, que se ha agudizado disponiendo la audiencia del Consejo de Estado en sede jurisdiccional y no consultiva, por la mayor solemnidad de sus formas. La utilización de los Tribunales contenciosos como órganos consultivos no es anómala en la legislación del siglo XIX (37). Así como vimos que la revocación jerárquica se concebía como una suerte de alzada interna (*supra* nota 36), así también la revocación de las resoluciones definitivas es instrumentada como un recurso igualmente interno de la Administración ante sí misma; son simples ficciones que tienden a una finalidad de garantía, pero en las que sería vano buscar un fundamento de naturaleza procesal. En definitiva, podemos ver hoy todavía, y esto

(37) Por ejemplo, la Ley de 1 de mayo de 1855, que decretó la desamortización general, dispuso en la regla 9.ª del art. 2.º, entre las excepciones del estado de venta: «los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa declaración de serlo hecha por el Gobierno oyendo al Ayuntamiento y Diputación respectivos»; y añade: «cuando el Gobierno no se conformase con el parecer en que estuvieren de acuerdo el Ayuntamiento y la Diputación provincial, *oírá previamente al Tribunal contencioso-administrativo*, o al Cuerpo que hiciere sus veces, antes de dictar resolución». El art. 30 de esta misma Ley «autoriza al Ministro de Hacienda para que, *oído el Tribunal contencioso-administrativo*, y con acuerdo del Consejo de Ministros, fije las reglas de tasación y capitalización», etc. El art. 53 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855, que es un reglamento ejecutivo de esta ley, insiste en la consulta al «Tribunal Supremo contencioso-administrativo». Es de notar que el art. 20 de esta última Instrucción establecía que «cuando en los expedientes gubernativos se mezclen puntos de derecho se oírá el dictamen del Asesor general de Hacienda», con lo que está claro que la consulta al Tribunal contencioso se instituye como consulta de especial solemnidad. La Ley de 20 de junio - 11 de julio de 1856, art. 43, contiene una fórmula análoga («oyendo previamente al Consejo de Estado o al Tribunal contencioso-administrativo»). Es cierto que la supresión del Consejo Real o de Estado hacía imposible por aquellas fechas residenciar la consulta en este organismo en cuanto consultivo, pero en todo caso el ejemplo pone claramente de manifiesto el carácter «propio» o interno de los Tribunales contenciosos en el sistema de la justicia retenida y la posibilidad de utilizarlos a instancia de la Administración como simple garantía interna de procedimiento.

es decisivo, que la revocación de oficio (especialmente la que se actúa por motivos de legalidad) es construída teóricamente por un sector de la doctrina, al justificarla como facultad administrativa propiamente tal, sobre el concepto precisamente de la autoimpugnativa: es la Administración quien impugna ante sí misma el acto administrativo (38). Desde esta perspectiva podría entenderse sin violencia que el recurso de lesividad fué en su origen una mera formalización de esta concepción de la autoimpugnativa, que remite, por ende, en su fondo a una verdadera facultad de revocación de oficio.

II

LA TRANSFORMACION SUBSTANCIAL DE LA INSTITUCION

En virtud del Real Decreto de 20 de junio de 1858, como ya hemos dicho, el sistema establecido por el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 se generaliza, haciéndose extensivo desde la materia de la Hacienda a la de toda la Administración del Estado. Al hilo de esta generalización, y en virtud de una tendencia oscura e informada, que comienza entonces y concluye casi en nuestros días, la institución del recurso de lesividad va a ser objeto de un proceso de transformación radical, tanto, que al final puede hablarse sin hipérbole de una transubstanciación pura y simple. Queda indemne apenas el nombre (por cierto, como una muestra más del notorio desplazamiento que la institución ha sufrido), pero tras de su fachada todo ha cambiado, y cuesta incluso reconocer en él los trazos originales que le prestaron su primera figura. Esta transformación se opera alrededor de cuatro puntos principales:

1.º, involucración de los motivos de nulidad en los motivos de lesión como fundamento del recurso;

2.º, extensión de su campo de aplicación a los acuerdos inferiores o de instancia, que se tornan irrevocables;

(38) CAMMEO, *Corso di Diritto amministrativo*, III, Padova, 1914, pág. 1306; ZAVOBINI, *Corso*, cit., I, págs. 356 y ss.; LESSONA, *La cessione dei crediti degli appaltatori di opere pubbliche*, en *Studi in onore di CAMMEO*, II, Padova, 1933, pág. 77; FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952, pág. 153. Vid. las apreciaciones críticas de ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, págs. 212 y siguientes.

3.º, limitación del plazo para recurrir, y

4.º, integración formal del recurso en el sistema de la justicia delegada.

Procede estudiar separadamente cada uno de estos extremos.

1. Acaso la misma idea de generalizar el recurso de lesividad a otras materias que no fuesen las de la Hacienda pública implicase ya de suyo una desnaturalización de esta institución como acción rescisoria por lesión económica, que en realidad (excluida la contratación, según se ha indicado) sólo en el campo patrimonial que es el propio de la Hacienda podía tener una aplicación estricta. En todo caso es un hecho que una vez decretada esa generalización se abre en nuestro derecho una tendencia marcadísima que intenta reducir al mismo régimen de la lesividad las pretensiones revocatorias administrativas fundadas en motivos formales de legalidad y no ya de lesión; la acción de rescisión se extiende así paulatinamente hacia supuestos que en realidad encubren una acción de nulidad. No es difícil imaginar que a esta tendencia coadyuva poderosamente el afán de los particulares de encajar las facultades administrativas de declarar la nulidad de sus propios acuerdos en la garantía que para ellos significaba el sistema del recurso de lesividad, sistema que les relevaba de la carga de accionar que ordinariamente les corresponde en las relaciones administrativas, y que, correlativamente, desplazaba esta carga a la Administración, dejando a los administrados en la envidiable situación de judicialmente protegidos.

Toda la abrumadora distancia que separa a un supuesto de *lesión* económica de un supuesto de *nulidad* estricta va a ser cubierta por esta tendencia a través de la substantivación dogmática del concepto formal de *revocación* de los actos administrativos (39), figura cuyo régimen legal va luego a unificarse por el rasero del primero de aquellos dos supuestos, el de la lesión; es decir, se trata de un típico procedimiento de abs-

(39) Sobre el problema teórico de la revocación se tratará más adelante. Baste ahora señalar, para mejor comprensión de lo que sigue, que la retirada del acto por motivos de oportunidad («revocación» *stricto sensu*, según la terminología dominante) es algo en esencia distinto de su declaración de nulidad, o retirada por motivos de legalidad («anulación», según la misma terminología). El tratamiento no ya unívoco, sino extrañamente imbricado de estos dos diversos supuestos es lo que constituye la tendencia que se expone en el texto y que más adelante se analizará en detalle.

tracción jurídica, con sus dos tiempos: primero, formalización de la revocación por lesión en la revocación pura y simple, por cualquier motivo; segundo, este concepto así formalizado, pero que arrastra, sin embargo, el régimen legal propio de su punto de partida, se aplica sin más a la llamada (formalizando en absoluto el término) revocación por nulidad.

Esta tendencia, movida, como se dice, por intereses bien concretos, llegó a alcanzar sin duda cierta respetabilidad por un motivo que no puede dejar de advertirse: la ausencia de una definición legal clara y genérica —no para supuestos concretos— de esa facultad de la Administración de anular sus propios actos, y, por otra parte, muy substantivamente, la falta de una regulación explícita que configurara el caso con un mínimo de garantías. Estos motivos fueron sin duda los determinantes de que la jurisdicción contencioso-administrativa diese pábulo a esa tendencia unificadora propugnada por los particulares, teniendo en cuenta el carácter tuitivo que la propia jurisdicción tenía atribuida respecto de la Administración activa, y esto no tanto por su condición de jurisdicción retenida, como, muy particularmente, por estar integrada en un Consejo de Estado con hábitos consultivos predominantes (40). En cualquier caso, esta tendencia a incluir en la carga del recurso de lesividad los motivos de nulidad, al lado de los de lesión simple, no se abrió paso en la propia

(40) Esta razón me parece fundamental. Este carácter tuitivo está todavía presente, como se sabe, en las jurisdicciones delegadas atribuidas a los Consejos de Estado, que se permiten por eso ser jueces no sólo de la legalidad, sino también de la oportunidad y aun de la moralidad. Esto es patente en el caso ejemplar del Conseil d'Etat francés, del que dice HAURIUO que «añade a los poderes propiamente contenciosos del juez los poderes de policía jurídica de un administrador superior. De ahí el carácter pretoriano de la jurisprudencia del exceso de poder, debido a una mezcla de jurisdicción y de poder discrecional»; el Consejo —añade— «no reconoce tanto el derecho subjetivo de las partes como sienta una regla de derecho objetiva y disciplinaria» (*Précis*, cit., págs. 404-405). El propio HAURIUO observa (pág. 405, nota) que históricamente el recurso contencioso fué considerado en sus comienzos «como un medio de buena administración», en el que los recurrentes jugaban el papel de Ministerio público que ponía en marcha una fiscalización superior y jerárquica. concepción que concretamente fué la que impulsó el desenvolvimiento de la institución en el Segundo Imperio (*contra* SERRANO GUIRADO, op. cit., pág. 113, nota que critica una afirmación mía en sentido análogo). Por cierto que este carácter del Consejo de Estado como «ciencia y conciencia de la Administración» (HAURIUO, *ibidem*, pág. 162), al que debe el sistema francés sus espléndidos logros, es lo que fatalmente se evapora cuando se delega la jurisdicción en un Tribunal puro, por técnicos que sean sus miembros.

jurisprudencia sin dificultades. Es indudable que la tendencia avanza (41), pero es también visible la persistencia del criterio opuesto y la dificultad con que el Consejo de Estado se resiste a un sacrificio definitivo de las facultades administrativas (42). Es oportuno que historiemos esta pugna con algún detalle.

a) Pasaremos ahora sobre los dos grandes reductos que mantienen íntegro el principio de la anulación administrativa de oficio, el de la contratación pública y el de la venta de bienes nacionales, a los que nos hemos referido más atrás. En el resto de la actuación administrativa el mismo principio goza de frecuentes ratificaciones jurisprudenciales. Así, el Real Decreto-Sentencia de 25 de noviembre de 1867 decide con toda corrección que no existe motivo para impugnar una providencia gubernativa si en su parte resolutoria no contiene un perjuicio o agravio o si éste se ha reparado antes de intentarse su reclamación; con la primera razón apunta a la esencia de la anulación de oficio, que acertadamente enjuicia entrando en su fondo —si ha sido o no procedente, si ha causado o no agravio—, sin desautorizarla *a limine* por su procedimiento, como haría la doctrina de la irrevocabilidad, para la cual la anulación atenta contra el derecho del particular *sólo* por haber sido declarada de oficio, aunque en cuanto al fondo fuese procedente. En el Real Decreto-Sentencia de 20 de enero de 1876 podemos percibir claramente la pugna entre las

(41) A través del principio general de la irrevocabilidad de los actos que causan estado, que se extiende incluso sobre anulaciones por motivos de legalidad: Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1869, 16 de diciembre de 1871, 29 de abril de 1872, 28 de diciembre de 1872. Reales Decretos-Sentencias de 14 de febrero de 1876, 6 de abril de 1879, 4 de enero de 1884, etc. (¿Es en el período en que por la unificación de fueros tuvo el Tribunal Supremo atribuida la jurisdicción contenciosa cuando se consagra formalmente la tesis?)

(42) A. GONZÁLEZ, *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1891, pág. 111, afirma gratuitamente que sólo dos sentencias anteriores a la de 1888 aceptaron la revocación administrativa de actos declaratorios de derechos, la de 25 de noviembre de 1876, a que nos referimos en el texto seguidamente, y la de 30 de enero de 1877, en que la revocación afectaba a una resolución no notificada. Esta afirmación es inexacta. Recordamos que la doctrina de la libre revocación de los actos de instancia se mantiene, como luego subyaremos, incluso después de promulgada la Ley de 1888, hasta la reforma de 1894. Respecto de los acuerdos que causan estado, nosotros mismos, que no podríamos decir que hayamos hecho un estudio exhaustivo del período, podemos, sin embargo, aportar más y mejores ejemplos a favor del reconocimiento de la facultad administrativa de anular sus acuerdos, en la propia jurisprudencia, aparte de la experiencia extensísima de las declaraciones de nulidad en las operaciones desamortizadoras, a que ya nos hemos referido.

dos tendencias que vamos exponiendo, a través de la declaración de que «los acuerdos dictados en vía gubernativa que causan estado no pueden revocarse sino en la vía contenciosa, *ni aún en el caso de contener algún vicio de nulidad*», mención que, aunque contraria al criterio de anulación de oficio, demuestra que este criterio no había sido todavía, como lo fué más tarde, definitivamente sofocado, en cuanto que requiere una expresa y específica atención.

§ b) Pero el triunfo más neto de este antiguo criterio que hacía libre la facultad administrativa de declarar la nulidad de sus actos va a venir por otro lado, y aunque no jurisprudencialmente, sí también amparado en la propia autoridad del Consejo de Estado, que, como se sabe, ostentaba entonces la jurisdicción contenciosa. A raíz de 1876 se producen una serie de Reales Ordenes ordinariamente resolutivas de alzadas en materia de Administración local, en que, acogiéndose el dictamen (en vía consultiva) del Consejo de Estado, se declara con toda claridad la facultad de los Ayuntamientos de volver sobre sus actos nulos. La primera de estas Reales Ordenes es la de 31 de diciembre de 1876, que ha alcanzado gran notoriedad atribuyéndosele un rango normativo de que en verdad carece, ya que es simplemente la resolución de una alzada (43). En el dictamen del Consejo en que esta Real Orden funda su fallo se declara que, siendo ejecutorios los acuerdos municipales, se deduce «que no pueden revocarse por la autoridad que los dicta, *mientras no adolezcan de vicios que los invalide*», con lo que es claro que en esta última hipótesis acepta la revocación o anulación de oficio. Con mucho mayor vigor se

(43) Véase la «Gaceta» de 29 de enero de 1877. El reconocimiento de rango normativo a esta Real Orden de 31 de diciembre de 1876 ha venido determinado sin duda por el resumen que de la doctrina del dictamen del Consejo en que se basa su fallo, y que la «Gaceta» publica íntegro, hizo el *Diccionario* ALCUBILLA, incluyéndolo entre la legislación y no en el repertorio de jurisprudencia. De este modo la doctrina de este singular recurso ha jugado como efectivamente legal, motivando, según luego veremos, una exención de la carga del recurso de lesividad a favor de las Administraciones locales, sancionada repetidas veces por la jurisprudencia hasta nuestros mismos días, por encima incluso de la legislación municipal. Todavía, entre los autores modernos, S. ROYO-VILLANOVA la menciona en su supuesto carácter de norma, dándola como vigente, en su libro *Problemas de régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, págs. 44 y ss. Es más pintoresca todavía la suerte de esta resolución si se observa que la doctrina que se ha imputado a la supuesta norma que se le ha atribuido es una doctrina incidental dentro del dictamen del Consejo, y que ni siquiera se considera para el fallo del asunto.

pronuncia en el mismo sentido la Real Orden de 15 de julio de 1878, del mismo carácter que la anterior, resolutoria de una alzada, en la cual el dictamen del Consejo en que funda afirma que el principio de irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos quiebra «cuando contienen alguna infracción manifiesta de la ley o dimanen de un supuesto que luego resulta falso, porque en tales casos el respeto a la ley escrita, los principios de justicia y las buenas reglas de la Administración *le imponen el deber de no mantener lo que es nulo en su origen*». Repárese en que esta Real Orden no se limita solamente a consagrar la facultad administrativa de anulación de oficio, sino que impone esta anulación como un deber de la Administración (44). La doctrina se reitera en la misma vía, y con el mismo origen de dictámenes del Consejo de Estado, en las Reales Ordenes de 15 de noviembre de 1879 y 16 de marzo de 1888. En esta última se afirma «que a nadie puede perjudicar el exacto cumplimiento de la ley», en una ajustada valoración del problema.

Atribuimos a la doctrina de estas resoluciones la máxima importancia como índice de que en el propio seno del Consejo de Estado, frente a anteriores vacilaciones, se había abierto paso de nuevo la primitiva y acertada concepción que distinguía correctamente los supuestos de revocación por oportunidad o lesión, y de anulación por vicios de legalidad, reservando el sistema del recurso de lesividad para el primero de ellos y reconociendo en el segundo el libre juego de la ejecutoriedad administrativa. En una Sentencia de esta misma época se da paso a esta tesis, que señala así un retroceso en la tendencia expansiva del recurso de lesividad y un último renacimiento de los criterios originales que habían inspirado su construcción en nuestro derecho. En el Real Decreto-Sentencia de 7 de noviembre de 1884 se afirma categóricamente que «a la Administración corresponde exclusivamente la revisión, ora en la vía gubernativa, ora en la contenciosa, de sus propios actos, y por consiguiente, la confirmación, reforma o anulación de los mismos, sin que en modo alguno puedan ser sometidos a la apreciación y fallo de los Tribunales de justicia, aun dado que hayan producido contratos u obligaciones de orden puramente civil». La distinción de la facultad de revisar, «ora en la vía gubernativa, era en la contenciosa», puede aludir a la distinción de supuestos que estamos contemplando: anulación por vicios de legalidad

(44) Sobre este problema de la anulación como obligación administrativa hablaremos más tarde, en la parte crítica.

—vía gubernativa— o revocación por causa de oportunidad o de lesión —vía contenciosa—, puesto que en definitiva la sentencia reconoce la validez de una declaración de nulidad de un remate en un procedimiento de apremio hecha precisamente de oficio en la vía gubernativa. Es de observar, además, la amplitud que se da a la tesis general al extenderla a la propia materia civil, lo que por cierto corrobora nuestra interpretación de que al aludir a la facultad de revisión en vía contenciosa la sentencia está aludiendo a la restitución por lesión, que, efectivamente, desde esta perspectiva del derecho civil entraña un positivo beneficio respecto de los sujetos ordinarios.

En este momento casi puede tenerse por establecido en la doctrina del Consejo de Estado el reconocimiento de la facultad administrativa de anular sus actos viciados de legalidad, excluyendo con decisión el supuesto de la carga de accionar que el sistema de la lesividad representaba. Se trata, sin embargo, de un canto de cisne. Cuando el criterio jurisprudencial estaba de este modo maduro, una irrupción legislativa, operada muy probablemente sin conciencia del caso, o a lo sumo con la conciencia puesta en un restringido sector de la Administración, va a alterar radicalmente la esencia del recurso de lesividad y a extenderlo con ello hacia esta hipótesis de la anulación como a su supuesto precisamente típico.

De este esfuerzo último del Consejo de Estado por encauzar rectamente el problema que nos ocupa, va a resultar, sin embargo, una consecuencia definitiva, aunque paradójica: la pervivencia de la tesis de la facultad administrativa de anulación en el régimen local. mientras que la Administración central se verá gravada con la carga de postular de los Tribunales la decisión anulatoria, discriminación de régimen que, como se comprende, va contra el orden natural de las cosas en cuanto que reconoce facultades superiores a la Administración local, ordinaria y necesariamente tutelada, que a la Administración central. Es sabido, en efecto, que como consecuencia de la doctrina del Consejo plasmada en las resoluciones citadas, y especialmente en la de 31 de diciembre de 1876, a la que se va a atribuir indebidamente fuerza normativa, el Tribunal Supremo ha aceptado con cierta reiteración la facultad de los Ayuntamientos de anular de oficio sus propios actos viciados de ilegalidad manifiesta, aun posteriormente a la ley de 1888 y hasta nuestros días, sobreponiendo esta doctrina, por consiguiente, a la legislación común conten-

cioso-administrativa, e incluso a la propia legislación municipal (45). Este islote, hoy incongruente en medio de la marea expansiva e incontenible del régimen de la lesividad, proclama, en definitiva, más expresivamente que ningún otro argumento, cuál era el exacto enjuiciamiento del problema para nuestro derecho anterior a 1888 y la transformación radical que de sus bases llevó a cabo esta última ley.

c) Ahora bien, la Ley de 1888 tiene en este punto de la lesividad un exacto precedente. Como en los orígenes de la misma idea de la lesividad, así otra vez su transformación radical va a ser obra de la legislación de la Hacienda. Nuestra Hacienda de la segunda mitad del siglo XIX pasaba por una crisis grave en su ordenación administrativa. La trascendental reforma de MON en 1845, que acertó a sentar las bases del sistema fiscal sobre el que todavía hoy vivimos, había supuesto un cambio de métodos y de procedimientos verdaderamente radical (46). Si a esto añadimos el vasto empeño de la tarea desamortizadora, y aun la financiación de las guerras civiles, no sorprenderá que nuestra Administración financiera se encontrase en los años de la Restauración casi al borde de la parálisis, anegada de expedientes, incidencias y reclamaciones. Un autor contemporáneo (47) asegura que en algunas Direcciones generales esperaban resolución de treinta a cuarenta mil reclamaciones. Los intentos de ordenación, muchas veces iniciados, no cuajarou hasta la Ley CAMACHO de 31 de diciembre de 1881, de bases, términos y procedimientos para la tramitación de todos los asuntos, reclamaciones y expedientes del ramo de Hacienda, ley desarrollada en un Reglamento de la misma fecha que constituye un verdadero Código procesal. Esta ley, obra de

(45) Vid. *supra* nota 43. Entre las sentencias que sancionan esta facultad municipal pueden citarse las de 10 de enero y 21 de junio de 1911, 6 de octubre de 1928, 3 de enero de 1930, 22 de enero de 1935, 8 y 23 de abril de 1936, 24 de octubre de 1942, 9 de abril de 1949 y 23 de febrero de 1951. S. ROYO-VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, loc. cit., da esta doctrina como establecida, en base, como indicamos, al supuesto valor normativo de la Real Orden de 31 de diciembre de 1876. GUAITA expone incompletamente esta tendencia como un supuesto casuismo que en ocasiones ha atenuado o desviado la doctrina de la irrevocabilidad, que él postula y da como establecida sin excepción (op. cit., págs. 24-6, nota).

(46) Sobre esta reforma MON, no existe otro trabajo de conjunto que el aún inédito de F. ESTAPÉ, presentado como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de Madrid en diciembre de 1953.

(47) F. ABELLA, *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de Hacienda*, Madrid, 1882, págs. 361 y ss.

extraordinario aliento y de mérito indiscutible, va a jugar un papel de primer orden en nuestra historia de lo contencioso, constituyendo el modelo seguido en la determinación de la materia contenciosa que de un modo general habría de formular más tarde la Ley de 13 de septiembre de 1888. En el tema concreto de la lesividad, la Ley CAMACHO va a ser decisiva. Por de pronto, en lo que hace al punto que estamos examinando, los fundamentos materiales del recurso, es precisamente esta ley la que consagra de un modo formal en nuestro derecho su naturaleza de acción de nulidad, por la cual la Administración postula una declaración judicial de nulidad de un acto suyo. La base 5.ª de esta ley, tras determinar las condiciones generales de los actos administrativos para ser recurribles por los particulares, que son sensiblemente las mismas que adoptaría luego el artículo 1.º de la Ley de 1888 (48), establece a continuación: «*En las mismas condiciones* podrá el Estado someter a revisión en la vía contencioso-administrativa las providencias de primera instancia que por Orden ministerial se declaren lesivas en los derechos de aquél» (49). Con este simple párrafo se ha variado absolutamente la naturaleza del recurso de lesividad, que de referir un beneficio de rescisión se ha convertido en una simple acción de nulidad, a través de esa equiparación material que se establece («en las mismas condiciones») con el recurso interpuesto por los particulares, fundado típicamente en motivos de legalidad.

Hay que observar, en primer lugar, que el criterio que consagra esta

(48) He aquí el texto íntegro de la base 5.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1881: «La vía contencioso-administrativa procederá contra las providencias administrativas de segunda instancia, sin excepción alguna, siempre que el asunto sobre que versen constituya materia contencioso-administrativa y aquéllas causen estado, lesión en derecho perfecto e infrinjan algún precepto legal.

»Procederá asimismo la vía contencioso-administrativa contra las providencias de trámite dictadas o confirmadas en segunda instancia siempre que resuelvan la cuestión pendiente haciendo imposible todo recurso administrativo.

»En las mismas condiciones podrá el Estado someter a revisión en la vía contencioso-administrativa las providencias de primera instancia que por orden ministerial se declaren lesivas a los derechos de aquél.

»La declaración de que una providencia es lesiva de los intereses del Estado no podrá hacerse transcurridos diez años desde que fué dictada.»

Más adelante analizaremos otras innovaciones, aparte de los fundamentos del recurso a que se alude en el texto, aportadas por esta ley a la institución de la lesividad.

(49) Esta base 5.ª de la Ley de 1881 está articulada casi en sus mismos términos por los arts. 276 y 277 del Reglamento dictado para su ejecución, de la misma fecha, 31 de diciembre de 1881.

ley de tal manera difiere en esencia del criterio sostenido por aquella tendencia, incluso jurisprudencial, que buscaba integrar en el régimen propio del recurso de lesividad las revocaciones por motivos de nulidad o anulaciones propiamente tales. En esta tendencia se trataba de una extensión del recurso a ese supuesto estricto, pero respetando su primitiva aplicación a la restitución por lesión. La Ley CAMACHO hace algo totalmente distinto: trasmuta la naturaleza del recurso, reduciéndolo únicamente a ese supuesto de la nulidad y negando su aplicación a las pretensiones restitutorias por lesión en cuanto que requieren en todos los casos «las mismas condiciones» de ilegalidad en el acto que legitiman los recursos contenciosos de los administrados. Con ello se confirma una curva evolutiva completa: el recurso de lesividad comienza siendo un recurso por lesión, se extiende más adelante a pretensiones de nulidad y concluye restringiéndose sólo a la nulidad (luego veremos el papel que cumple el presupuesto de la declaración de lesividad). Se ha desplazado íntegramente la naturaleza del recurso desde sus orígenes.

¿Respondió esta innovación a un propósito claro? Personalmente me permito dudar. Cabría interpretar el precepto dentro de los motivos generales que dieron lugar a la reforma general llevada a cabo por la Ley CAMACHO, y ver en él un intento de restringir las actividades litigiosas de la Hacienda que, según vimos, embarazaban gravemente sus posibilidades de gestión ordinaria. Pero parece más fácil pensar que, como resulta de varios extremos, y especialmente de la pervivencia del requisito de la lesividad (a que nos referiremos a continuación), los autores de la fórmula legal no se apercibieron claramente de su virtud revolucionaria, y que esa equiparación entre los fundamentos del recurso de lesividad y el recurso ordinario de los administrados obedecía acaso a un simple afán de simetría o sistematización lógica en la caracterización general de los recursos contenciosos, sin propósito ninguno de fondo. La adopción por esta ley del sistema de «cláusula general» en la determinación de la competencia contencioso-administrativa, en sustitución del «sistema de lista» o casuístico que hasta entonces había privado en nuestro derecho, pudo, efectivamente, haber formado ese afán de abstracción. Es esa una impresión que confirma el hecho de que tan trascendental innovación no motivase —que nosotros conozcamos— ningún comentario en la doctrina y haya sido hasta la fecha ignorada por ésta (50).

(50) No puede menos de sorprender, y es otra muestra de esa falta de conciencia

El modelo así ofrecido por la Ley de 1881 fué recogido por la Ley de 13 de septiembre de 1888, que al transcribir, más depurada, la «cláusula general» de competencia de la jurisdicción en su artículo 1.º, igualó ya definitivamente los fundamentos del recurso de lesividad con los del recurso ordinario interpuesto por los particulares, al declarar: «El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse *por la Administración* o *por los particulares* contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes», y, como único fundamento material, naturalmente, el que enuncia el requisito 3.º, la vulneración de la legalidad. El recurso de lesividad queda así consagrado en la generalidad de nuestro Derecho administrativo como un recurso de legalidad, cuyo efecto es, por consiguiente, anulatorio y no rescisorio.

d) Ahora bien, algo ha quedado en la institución que rememora todavía su antigua y original configuración, y es el presupuesto que para la interposición del recurso significa la previa declaración de la lesividad económica de la resolución que ha de recurrirse. En el derecho anterior a la Ley CAMACHO no había propiamente una declaración formal de lesividad, sino sencillamente una orden interna transmitida al Fiscal para que éste promoviera la acción contenciosa (51). La apreciación de la lesividad del acto de que se trataba era propiamente el objeto del juicio en cuanto presupuesto único del efecto rescisorio: *minor non restituitur tanquam minor sed tanquam loesus*. La Ley de 1881, para los asuntos de la Hacienda, y la de 1888, ya general de lo contencioso, al convertir el recurso en un recurso sobre la legalidad, siguen, sin embargo, requiriendo la circunstancia de que el acto impugnado haya causado una lesión económica, y destacan este requisito como presupuesto mismo del proceso

de lo que llevaba en sí la fórmula legal, que el Real Decreto-Sentencia de 7 de noviembre de 1884, ya citado más arriba en el texto, siga reconociendo tres años después de la Ley CAMACHO la facultad administrativa de anulación en un asunto precisamente en que tal ley era aplicable por tratarse de un asunto de Hacienda. El efecto innovador de la ley fué realmente retardado, y la configuración definitiva del recurso de lesividad en base a los elementos con que está definido en esta ley y en la de 1888 no se ha operado hasta muy recientemente.

(51) Vid. *supra* nuestra exposición del sistema del Real Decreto de 21 de mayo de 1853 y nota 21.

(52) Alfonso GONZÁLEZ, por ejemplo, nombre nada sospechoso precisamente de parcialidad hacia los poderes administrativos, sostiene expresamente que la lesión de intereses es de apreciación de la Administración y no deben entrar en ella los Tribu-

exigiendo una declaración previa de la lesividad del acto. El artículo 7.º de la Ley de 1888, y más tarde el 4.º del artículo 2.º del texto refundido de 22 de junio de 1894, hablan efectivamente de una declaración formal de la lesividad del acto como base para su impugnación contenciosa. Los primeros comentaristas, apercibiéndose de que para el juego del recurso, tal como había sido configurado por la ley, este requisito de la lesividad era incongruente, entendieron que se trataba de una simple motivación de la decisión administrativa de acudir a la impugnación, y en tal sentido sostuvieron que se trataba de una declaración discrecional que en sí misma estaba exenta de ser examinada dentro del proceso, jugando únicamente como un presupuesto formal previo del que únicamente cabía constatar si se había producido o no (52).

Pero la dialéctica interna de la ley habría de jugar en adelante para desvirtuar esta conclusión estrictamente lógica. La Ley de 1888, siguiendo a la de 1891, como ya hemos notado, trabajaba sobre una idea tradicional del recurso de lesividad como recurso rescisorio, y posiblemente, como hemos dicho de la Ley CAMACHO, no fué tampoco consciente de la reforma radical que su nueva regulación aportaba (53). De ahí que, in-

nales, los cuales sólo entienden de vulneración de derechos, es decir, del fondo del recurso en cuanto recurso de legalidad (op. cit., págs. 374-5).

Igualmente CABALLERO Y MONTES, luego de hacerse cargo de la posible interpretación del objeto «lesión de intereses» como habilitante de una acción rescisoria de actos válidos, y de rechazar esta posibilidad en base al art. 1.º de la ley, añade con toda nitidez: «cosas distintas la declaración de lesiva y la interposición del recurso, no pueden ni deben ser consideradas sino en relación con el principio que las informa y el fin a que obedecen. La Administración es árbitro para declarar que ha sufrido perjuicio en su resolución y buscar la reparación mediante el recurso. La ley, al reconocer tal facultad, no hace más que proclamar las atribuciones que a la Administración incumben, respetándolas mientras no invadan atribuciones propias de otros organismos... Atribución de los Tribunales ordinarios o especiales la aplicación del derecho a los hechos, incumbe a ellos hacer declaraciones en derecho, y porque les incumbe, la ley exige que un derecho se alegue en el recurso. Sólo con tal alegación permite la ley la interposición del recurso, por lo mismo que es función exclusiva del Tribunal decidir si existe o no la vulneración alegada»: op. cit., pág. 626. Es de observar la violencia que la naturaleza híbrida del recurso de lesividad, a que se alude inmediatamente en el texto, proporciona para su recta comprensión, incluso por los comentaristas más afines al sistema.

(53) Otra demostración de que en los legisladores de 1888 está presente la antigua naturaleza rescisoria del recurso está en la expresa invocación de la *restitutio in integrum* en que justifican la fijación del plazo de cuatro años para la declaración de la lesividad. Extremo al que ya se ha aludido más arriba (nota 23) y que se examinará también más adelante.

congruentemente desde su nueva concepción del recurso, pero de acuerdo con su probable intención conservadora, siguiere manteniendo el requisito de la lesión. El propio nombre de la institución, *lesividad*, está aludiendo a esta idea. Es natural que los administrados buscasen inmediatamente el nuevo apoyo que este requisito les proporcionaba como cumulativo del requisito ordinario de ilegalidad, y que la jurisprudencia ante lo terminante de la ley, y desde la curiosa perspectiva de valorar el recurso de lesividad como un privilegio, concluyese por aceptar esta doctrina. El resultado ha sido la singular exigencia de dos requisitos de fondo para que pueda prevalecer la impugnación pretendida por la Administración: lesión económica (54) del acto y, además, ilegalidad o vulneración de derechos perfectos, requisitos los dos sobre los que no sólo el Tribunal «puede» conocer, sino que constituyen precisamente el objeto propio del proceso. La Administración tiene la carga de alegar y probar tales dos requisitos cumulativos, y sobre ninguno de ellos decide nada la previa y formal declaración administrativa de la lesividad del acto (55).

La sorprendente evolución del recurso de lesividad en nuestro derecho ha dado con ello un giro nuevo y ya definitivo. El traspaso del recurso desde el contenido rescisorio al anulatorio no había concluido toda la transformación que la institución podía cumplir. El recurso no instrumentará precisamente una acción de nulidad pura y simple, como tampoco, en modo alguno, una acción de lesión. La verdadera naturaleza de la acción material a que el recurso sirve es en verdad incalificable

(54) Que la lesión legitimadora del recurso sea precisamente una lesión económica o patrimonial está establecido por una abrumadora serie de sentencias, cuyo catálogo puede verse en GUAITA, op. cit., págs. 61 y ss., con rarísimas excepciones.

La doctrina sanciona en general esta precisión. La Ley de Régimen Local la ha recogido como doctrina establecida, sancionándola legalmente, art. 391: «Las autoridades y Corporaciones locales podrán interponer ante el Tribunal provincial de lo contencioso recurso contra sus propias decisiones, previa la correspondiente declaración de lesividad para los intereses económicos de la Corporación local respectiva.»

(55) La doctrina puede considerarse establecida. Por todos, GUAITA, op. cit., páginas 54 y ss., con amplias referencias de jurisprudencia y autores. Sobre los efectos de la declaración administrativa de lesividad, especialmente GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración*, cit., págs. 74 y ss. «Los efectos de declaración de lesividad son muy limitados. Como presupuesto del proceso contencioso de lesividad, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación del mismo; pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe o no lesión». La primitiva doctrina, referida en nota 52, *supra*, ha sido una vez más, como en toda la historia del recurso de lesividad, olvidada.

con las categorías jurídicas al uso. Se trata de una singular hibridación de la nulidad y la lesión sin paralelo posible. Es únicamente la zona común a las dos figuras la que alcanza a cubrir nuestro originalísimo recurso de lesividad. Pero con ello, y con su propio nombre, ya apenas sin sentido, está denunciando el falseamiento radical a que se ha visto sometido a lo largo de una singular evolución.

2. La segunda alteración del recurso de lesividad, tan trascendental como la operada en sus fundamentos materiales que acabamos de estudiar, es la extensión del mismo a las resoluciones de los órganos inferiores o de instancia. Vimos más atrás que desde el momento de su configuración positiva en nuestro derecho el recurso de lesividad sólo tenía aplicación respecto a los actos ministeriales, en tanto que era un principio firmemente establecido en nuestro derecho que los actos administrativos de todos los órganos inferiores al Ministro podían ser libremente revocados y anulados por los superiores jerárquicos en régimen de plena y absoluta discrecionalidad. En la economía del recurso figuraba, naturalmente, en primer lugar esta estricta limitación de su propio supuesto, que en cierto modo compensaba la rigidez que su régimen traía con la extrema libertad que explícitamente consagraba respecto a la revocación de los demás actos no comprendidos en el mismo. Este conjunto, que es preciso ver globalmente como un sistema unitario, no había sido en verdad controvertido. La doctrina lo corroboraba unánimemente, justificando aquella discrecionalidad revocatoria y anulatoria desde la teoría de la jerarquía (56), y la jurisprudencia, según vimos también, lo aplicaba sin grave cuestión. La rectificación fundamental que consiste en negar aquellos poderes de revocación y anulación a los superiores jerárquicos y en constreñir, por otra parte, las pretensiones anulatorias de la Administración sobre estos actos inferiores al régimen extraordinario del recurso de lesividad, va a advenir súbitamente por vía legislativa, aunque escalonando su efectividad en dos tiempos, y consiguiendo así una nueva y sorprendente amortiguación que hace otra vez que transformación tan radical en todo el régimen de nuestro Derecho administrativo pase apenas percibida por la doctrina.

(56) Vid. *supra* las referencias a COLMEIRO, DÍAZ DE UFRANO, ALFARO, e incluso SANTAMARÍA, y notas 27 a 32.

a) El origen perfectamente situado de esta innovación está en la misma Ley CAMACHO a que nos hemos referido en el apartado anterior, y que, como se habrá observado, distinguía en su texto claramente que así como la acción contenciosa de los particulares se dirigía contra los actos superiores o de segunda instancia, el recurso de la Administración afectaba a «las providencias de primera instancia». Aquí sí que es preciso ver una especialidad determinada por las particularidades de la Hacienda, y en concreto por las circunstancias a la sazón dominantes y que habían dado lugar a la importante reforma administrativa de 1881. A mi juicio se trata pura y simplemente de una clara medida de desconcentración, en cuanto implica el reconocimiento de la facultad de dictar actos firmes a los órganos inferiores, facultad de que antes carecían. Sin duda los particulares multiplicaban sus alzas, e incluso las harían virtualmente normales en casos importantes, con el único objeto de lograr a través de una confirmación ministerial la firmeza de los acuerdos que les afectaban cuando éstos habían sido dictados por los órganos inferiores, lo cual es ciertamente lo ordinario en toda la materia de liquidación fiscal y tributaria. El reconocimiento directo de firmeza a estos acuerdos inferiores, sin necesidad de su confirmación ministerial, era una medida de primer orden con vistas a la finalidad fundamental de la ley, que era la de hacer expedita la gestión y despejarla de incidencias y reclamaciones permanentes. El precio pagado por este beneficio inmediato fué ciertamente elevado: la privación de la facultad administrativa de anulación (y revocación) de oficio y la consiguiente extensión de la carga de impugnar en vía contenciosa la supuesta invalidez de sus acuerdos inferiores a través del recurso de lesividad. A partir de este momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los conceptos de «firmeza» y de «causar estado»: un acto administrativo que no «causa estado» por proceder de los órganos inferiores de la jerarquía, alcanza, sin embargo, «firmeza», tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace, desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable.

b) La Ley de 13 de septiembre de 1888 no siguió por esta vez el precedente que la Ley CAMACHO le brindaba en punto tan fundamental, y, por el contrario, después de promulgada se entendió que seguía establecido el sistema anterior que aceptaba la libre revocación y anulación de los acuerdos inferiores a través del requisito de que el acto objeto de

la impugnación por lesividad hubiera causado estado, requisito común a los recursos de los particulares, según el artículo 1.º, núm. 1, de la Ley. Los comentaristas, y entre ellos, con su autoridad, SANTAMARÍA DE PAREDES, siguen enunciando, en efecto, ya en vigor la Ley de 1888, ese antiguo criterio (57), y exponiendo como interpretación de la nueva ley la antigua doctrina jurisprudencial dictada precisamente en el mismo sentido de aceptar la libertad revocatoria y anulatoria del superior jerárquico, y a la que hicimos alusión más atrás (58).

c) Sin embargo, la fuerza expansiva de la institución, que, como vemos, va presidiendo totalmente su singular evolución, habría de invadir pronto este último reducto que se le oponía. Esta será la obra de la reforma de lo contencioso llevada a cabo por la Ley de 22 de junio de 1894, que, en efecto, introduce un párrafo nuevo en el artículo 2.º de la Ley refundida, en el que expresamente se establece que «la Administración podrá someter a revisión en la vía contencioso-administrativa las *providencias de primera instancia* que por orden ministerial se declaren lesivas de los intereses del Estado».

La Exposición de Motivos de la ley justifica así la innovación: «Entre las cuestiones más importantes que se ofrecieron a la Comisión figuraba en primer término ésta. Sin alterar la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos, y, por tanto, sin pretender que asunto alguno de los que hoy están sometidos a su conocimiento dejen de estar atribuidos, ¿se podrá fijar y determinar, de acuerdo con la jurisprudencia establecida, y dicho se está por tanto que con la ley, algunos casos en que se ha ofrecido duda racional acerca de si corresponde o no su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa? Tres son los casos a que la Comisión se refiere: ... 3.º el que previó el párrafo segundo de la base 5.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1881... En cuanto al 3.º la propuesta de la Comisión no entraña novedad alguna en nuestro derecho. Como se deja indicado, constituía el párrafo segundo de la base 5.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1881; y su necesidad es tanta

(57) Vid. *supra* en el texto y nota 31.

(58) Así, J. ROBLES POZO, *La Ley y la jurisprudencia vigentes del procedimiento contencioso-administrativo en la Península y Ultramar*, Madrid, 1891, págs. 57 y ss.; R. MACAYA Y ANGUERA, *Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativo*, Madrid, 1893, págs. 28 y ss.

y tan por todos conocida, que, aun cuando se omitió en la Ley de 13 de septiembre, la Administración ha venido reclamando en vía contenciosa la revocación de acuerdos que no habían causado estado por ser susceptibles de reclamación en la vía gubernativa; los particulares emplazados no han opuesto excepción de incompetencia, y el Tribunal, aunque pudo declararla de oficio, no sólo no lo hizo así, sino que revocó muchos de aquellos acuerdos de primera instancia reclamados. Si, pues, la omisión de aquel precepto no ha producido perjuicios al Estado por la prudencia manifiesta de todos, es bien que el derecho de la Administración no esté al amparo de esta circunstancia, por su naturaleza variable, sino que derive de un precepto claro y terminante.»

Como se observa, una vez más, alteración tan radical en nuestro régimen jurídico-administrativo como la de consagrar la firmeza absoluta de los acuerdos de los órganos inferiores respecto de los superiores, se realiza sin conciencia exacta del problema, de su magnitud y de su gigantesca repercusión. Esta falta de conciencia es tan completa, que curiosamente, como se habrá visto, la extensión de la carga del recurso de lesividad al ámbito inmenso de los actos de instancia, en el que antes dominaba la facultad administrativa de la decisión previa, es vista como un privilegio que se establece a favor de la Administración y en su beneficio. Como se comprende, se trata de todo lo contrario, en cuanto que su antigua y consagrada facultad de decisión se ha convertido en una simple pretensión procesal frente a un administrado, pretensión que no sólo otro órgano juzga y decide, sino que también se encuentra extraordinariamente restringida en sus motivos legitimadores de fondo, en su plazo, en su procedimiento, en relación con la antigua y extensa discrecionalidad. Esta sorprendente calificación como privilegio administrativo de lo que en realidad fué una drástica y casi brutal restricción de facultades ha seguido curiosamente presente en la doctrina, hasta nuestros días (59). La segunda transformación radical del recurso de lesividad mediante su extensión a todos los actos administrativos de cualquier orden ha sido de

(59) Así, CABALLERO Y MONTES, *Procedimiento contencioso-administrativo*, cit., páginas 37-8; N. ALCALÁ-ZAMORA, *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, páginas 62 y ss.; GUAITA, op. cit., pág. 114 (este último observa, sin embargo, «que este privilegio de la Administración redundaría igualmente en favor del mismo particular», pág. 121).

esta manera cumplida sin deliberación y sin la menor conciencia del problema y de su magnitud.

Una última prueba todavía de que esta actitud sigue presidiendo la manipulación de la lesividad está en el hecho de que el reciente texto refundido de la ley de lo contencioso, aprobado en 8 de febrero de 1952, ha suprimido aquel párrafo último del artículo 2.º de la ley que había traído la reforma de 1894. Es evidente que esta supresión se ha realizado sin propósito de volver al sistema anterior a esta última reforma, y especialmente al anterior a la Ley CAMACHO, que aceptaba la libre revocación y anulación en vía administrativa de los acuerdos inferiores, sistema totalmente olvidado, tanto histórica como sistemáticamente, y que no se reconoce por eso como la alternativa de la lesividad sobre los actos inferiores. Es también más que dudoso que la refundición, que tan pocos arrestos ha tenido (60), haya intentado privar a la Administración de lo que la doctrina antes citada entendía como uno de sus exorbitantes «privilegios» y restablecer la supuesta equidad rota, haciendo con ello definitivamente irrevocables, incluso en vía contenciosa, los actos de los órganos inferiores. Más fácil es pensar, y así lo han corroborado los comentaristas (61), que se trata de una simple omisión sin significación innovadora. Es decir —añadimos nosotros—, una muestra más de que aquella falta de conciencia del problema de la lesividad sigue actuando fatalmente, en cuanto que con tanta facilidad se ha volatilizado un precepto que tan honda significación tuvo, no va sólo respecto a la extensión del recurso de lesividad, sino también, y sobre todo, en cuanto a las relaciones materiales en todo nuestro Derecho administrativo.

3. La tercera gran modificación que del régimen del recurso de lesividad fué consagrada por el nuevo derecho hace alusión al establecimiento de un plazo para que la Administración pueda recurrir. Ya vimos más atrás la ingeniosa, y en el fondo bastante exacta, justificación con que el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 explicaba la inexistencia de plazo para recurrir de que se beneficiaba la Administración, y la

(60) Vid. mi artículo *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en el núm. 6 de esta REVISTA, 1951, págs. 279 y ss.

(61) GONZÁLEZ PÉREZ, *El texto refundido en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en el n.º 7 de esta REVISTA, 1952, pág. 68; GUAITA, op. cit., pág. 122; SERRANO GUIRADO, op. cit., pág. 126, nota.

integración lógica del razonamiento dentro del privilegio de la menor edad. Para pugnar con este régimen va a echarse mano en seguida de uno de los argumentos perfezidos, como más tarde veremos, para la valoración de la lesividad, que es el de su comparación con el régimen de recursos de los particulares. Desde esta perspectiva, naturalmente, o mejor, aparentemente, la Administración es titular de un nuevo «privilegio» verdaderamente irritante, dados los cortos plazos de caducidad que condicionan la interposición del recurso por los administrados. Así lo harán notar los autores «tardíos», los que, generalmente desde la palestra de la abogacía y ya en la Restauración, sustituyen a las primeras y espléndidas promociones de administrativistas y enfrían la pasión de gobierno que éstos, desde JAVIER DE BURGOS a COLMEIRO, habían puesto en las primeras construcciones de nuestro Derecho (62). La crítica fué recogida en la tantas veces citada Ley CAMACHO de 31 de diciembre de 1881 (63), que fijó en su base más atrás transcrita (64) el plazo de diez años para la declaración administrativa de lesividad que abre la puerta del proceso. De aquí parte el artículo 7.º de la Ley de 13 de septiembre de 1888, que, acordándose ahora, y a estos solos efectos, de los orígenes de la institución como beneficio de la restitución *in integrum*, estableció, a imagen de lo establecido para este beneficio (65), el plazo de cuatro años, que aún continúa. De la significación de este plazo y de su valoración crítica hablaremos más adelante. Sólo interesa resaltar aquí, en el estudio de la notable historia del recurso, la definitiva pérdida de aquella primitiva y singular aplicación del *ius post-liminii*, que quebraba los plazos en beneficio de la Administración, y que constituía uno de los tem-

(62) Entre los autores que recogen esta crítica del recurso, GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, págs. 430 y ss.; ALFARO, op. cit., pág. 270. Sobre el espíritu de los primeros administrativistas, vid. mi prólogo a la edición de OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, Colección «Civitas», 1954.

(63) Ya antes la Ley de 25 de septiembre de 1863 había establecido una limitación temporal del recurso y más estricta, la de un año; pero la significación de esta medida no es general, pues se limitaba únicamente a la Administración local. No obstante, a su precedente se acoge GUAITA para patrocinar ahora una nueva reducción del actual plazo de cuatro años al de un año (op. cit., pág. 145). Más adelante se examinará substantivamente esta cuestión de los plazos de la lesividad.

(64) *Supra* nota 48.

(65) Vid., sobre esta motivación de la fijación del plazo de cuatro años, *supra* nota 23.

peramentos más eficaces que contrapesaban la efectiva carga que la institución misma del recurso implicaba para ella.

4. La última de las transformaciones sustanciales sufridas por el recurso de lesividad es su traspaso desde el antiguo régimen de justicia retenida, en que surgió, al régimen de la justicia delegada, que acertó a consagrar definitivamente la Ley de 1888. Ya vimos más atrás cómo en un sistema de justicia retenida el sedicente recurso interpuesto por la Administración, en cuanto era en definitiva ante sí misma, no significaba más que un tecnicismo convencional que, aparte de referir la construcción teórica de la «autoimpugnativa», encubría como única finalidad real la del otorgamiento de una garantía interna a los administrados, sobre todo en cuanto al hecho de la liquidación consecuente al efecto rescisorio en que el recurso se concretaba. Trasladar íntegro el recurso de lesividad así concebido en cuanto al fondo, al sistema de la justicia delegada equivale a substatar aquel convencionalismo o *fictio iuris*, y en definitiva a modificar con ello la propia naturaleza y, desde luego, la función del recurso mismo.

Por de pronto, la Administración se convierte en la parte actora de un proceso judicial real y auténtico, en el que el demandado es un particular (66). Pero ¿qué es en realidad lo que se pide del demandado? Todo proceso, con excepción del proceso penal, es un medio subsidiario de subvenir a la ausencia de una determinada actitud de las partes (67), lo que justifica la erección del acto de conciliación en presupuesto procesal ordinario. El proceso contencioso-administrativo no es excepción a

(66) Sobre los problemas de la localización del demandado en el proceso de lesividad, y las oscilaciones de la jurisprudencia y aun de la doctrina respecto del caso, vid. la exposición de GUAITA, op. cit., págs. 77 y ss. La extraña figura procesal que compone el recurso de lesividad se ha manifestado en este punto, habiéndose entendido en alguna ocasión que la Administración era a la vez demandante y demandado, o que eran las personas físicas titulares del órgano que dictó el acuerdo impugnado quienes debían designarse como demandados, hasta que, finalmente, y por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1940, ya en nuestros mismos días, por tanto, se concretó que debía entenderse demandado el administrado favorecido por el acto que se impugna.

(67) Cfr. L. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal*, t. I, Madrid, 1952, páginas 30 y ss.; V. FAIBEN, *Acción*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», II, Barcelona, 1950, pág. 201. En los procesos civiles, la única excepción es la de los procesos referentes al estado civil de las personas, y esto podría explicarse porque en los mismos es parte el Ministerio público, y el único cauce para su actuación válida es el proceso.

este principio que acantona a la institución procesal como *última ratio* en defecto del acuerdo de las partes. Pues bien, de este carácter general del proceso entre partes es excepción precisamente el proceso de lesividad. El demandado no podría dar satisfacción extraprocesal (68) a la pretensión administrativa manifestada en un recurso de lesividad.

El emplazamiento del particular favorecido por el acto que se impugna tenía en el sistema de la jurisdicción retenida la única significación de sancionar su derecho de audiencia en el procedimiento, pero desde el momento en que este procedimiento se ha transformado en un proceso judicial, el intento de considerar demandado ordinario a ese particular falla desde la perspectiva de fondo que seguimos, dada su falta de disponibilidad sobre el objeto del proceso. Este último concepto, transformación de un procedimiento interno *ad solemnitatem* en proceso judicial, explica en realidad por qué el proceso de lesividad es lo que nunca es un proceso entre partes, un cauce necesario y exclusivo para la producción de un efecto jurídico material determinado. Obsérvese que no se trata de que el proceso de lesividad sea un proceso constitutivo, que da lugar a una sentencia constitutiva, pues, en primer lugar, esto será o no será accidentalmente, según se trate de declarar la anulación o la pura nulidad del acto (69), y, en segundo lugar, la generalidad de los efectos constitutivos que surgen de los procesos de este carácter pueden generarlos por sí las partes extraprocesalmente. En este caso se trata, por consiguiente, de una extrema substantivación de la institución procesal, cuyo único paralelo posible es el del proceso penal (70). Así como

(68) ¿Y procesal? GUAITA, op. cit., pág. 172, acepta la eficacia del allanamiento del demandado para extinguir el proceso de lesividad, pero es dudoso, dada su falta de disponibilidad sobre el objeto del proceso, que el parecer del demandado vincule al Tribunal. En todo caso, esto sería accesorio respecto a lo que se aduce en el texto.

(69) Como se sabe, la doctrina acepta que la declaración judicial de la nulidad plena de un acto jurídico implica una Sentencia declarativa, en tanto que sería constitutiva la que da curso a su anulabilidad. Vid. J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, 2.ª ed., Madrid, 1948, págs. 337-338. Sobre la aplicación de estos conceptos a lo contencioso-administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, *La pretensión procesal administrativa*, en el núm. 12 de esta REVISTA, 1953, págs. 92 y ss., y ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milán, 1953.

(70) PRIETO CASTRO, op. cit., pág. 30, establece precisamente este paralelo entre el proceso penal y el proceso de lesividad, y su común excepción al principio de subsidiariedad del proceso. Cfr. ahora M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, en *Estudios dedicados al profesor GARCÍA OVIEDO*, I, Sevilla, 1954, pág. 236.

el papel de éste se expresa en el principio *nulla poena sine iudicio*, así también la posición del recurso de lesividad deberá expresarse: *nulla revocatio sine iudicio*. No se trata ya de que se extreme más o menos la fiscalización jurisdiccional de la actividad administrativa, sino justamente de subrogar una actividad administrativa por una actividad judicial, directamente y no por vía de fiscalización eventual. Se comprende que la judicialización de la materia administrativa llega con ello a su extremo teóricamente más alto.

JURISPRUDENCIA

