

LESIVIDAD Y EXPROPIACIÓN

POR

ALEJANDRO NIETO

Ayudante de Derecho administrativo
en la Universidad de Valladolid.

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Inseguridad de la doctrina jurisprudencial aplicable.—3. Tesis de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO.—4. Tesis de J. A. GARCÍA-TREVIJANO.—5. Tesis de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y desenvolvimientos a partir de la misma.—6. Tesis del Consejo de Estado.—7. Conclusiones.

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1959 (cuya doctrina se reitera luego en las de 18 de junio y 24 de noviembre del mismo año) ha ocasionado un movimiento de inquietud y alarma en la literatura jurídica, y más aún en la práctica administrativa, pues se teme que de insistir en el criterio allí sentado, se produzca un grave entorpecimiento en toda la mecánica de la determinación de justiprecios en la expropiación forzosa o, mejor dicho, en la posibilidad de que la Administración recurra contra los justiprecios acordados por los Jurados Provinciales de expropiación.

La doctrina en cuestión, surgida concretamente del Tribunal Provincial de lo contencioso-administrativo de Madrid (1) interpreta el artículo 126, 2 (2) de la Ley de Expropiación de tal manera que considera insuficiente el requisito de la lesión por entender que el recurso

(1) En el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, de mayo-junio de 1958, Luis TORMOS Y CUBILLO llama ya la atención sobre la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1958, en la que se plantean por primera vez los razonamientos que se repetirán posteriormente con pocas variaciones.

(2) «Asimismo ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. En este caso el recurso deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno».

de lesividad precisa—según reiterada y firme doctrina jurisprudencial—, además de una lesión económica, una violación jurídica. Conforme a su terminología: «el concepto de lesividad administrativa está constituido por dos elementos: a) la lesión, como hecho en sí; b) la lesión, como violación jurídica; suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica, que debe hacerse por la propia Administración..., y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión con violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en el patrimonio, debe ser contraria a la Ley y, por tanto, antijurídica».

Es obvio, que de imponerse este criterio, las consecuencias han de ser muy graves, ya que se priva prácticamente a la Administración de la posibilidad de recurrir contra los justiprecios, haciéndose con ella letra muerta el texto literal del artículo citado. La razón es muy sencilla: hay que suponer que ordinariamente las valoraciones no vienen afectadas de ningún vicio jurídico (su composición y procedimiento pueden ser impecables); lo único que sucede es que el resultado de su valoración excede del sexto a la propuesta por la Administración. En este caso no se trata de ninguna infracción jurídica, la Administración no tiene ninguna pretensión en este sentido. Se recurre sencillamente contra el resultado material de la valoración, jurídicamente irrepachable, pero que puede producir una lesión económica a la Administración. Es éste un fenómeno fácilmente imaginable y de hecho se está produciendo a diario; precisamente por ello fué previsto por la Ley de Expropiación. No obstante lo cual, el Tribunal Provincial de lo contencioso administrativo de Madrid pretende cerrar este camino exigiendo a la Administración un requisito no previsto por la Ley, absolutamente imposible de cumplir en los casos (frecuentes) en que no hay infracción jurídica de ninguna clase. Es más, cuando tal infracción se produce, lo pertinente será por contrario la acción de ilegalidad a que se refiere el propio artículo 126, 3, de la Ley de Expropiación, y en modo alguno por la acción de lesión del párrafo anterior, que no está montada para tales supuestos.

Obsérvese, además, que con tal criterio queda la Administración en una postura desventajosa con relación a los particulares. Para los particulares rige sin aditamentos de ninguna clase el artículo 126, 2 de la Ley de Expropiación, y basta la simple lesión económica para que el expropiado pueda recurrir, mientras que a la Administración se impone otro requisito (el de la infracción jurídica), de que está liberado el particular. La razón dogmática de esta extraña distinción del Tribunal,

estriba en que para el expropiado se aplican las normas del recurso contencioso-administrativo ordinario y para la Administración las tradicionales y convencionales del recurso de lesividad, en cuya naturaleza pretenden descubrirse de modo inseparable los dos elementos acumulativos de lesión e invalidez. En este sentido el Tribunal Provincial de lo contencioso-administrativo de Madrid ve en el artículo 126, 2—por lo que afecta a la Administración—una norma errada e incompleta, que debe integrarse mediante la adición del requisito de la lesión jurídica.

Puede comprenderse con esto la alarma causada por esta doctrina jurisprudencial. No se trata ya de la indefensión que se produce en la Administración en casos concretos ni de los perjuicios económicos que esto acarrea, sino que, en un plano más elevado, la inferioridad jurídica de la Administración es algo que repugna, no sólo al llamado régimen administrativo, sino a cualquier sistema jurídico. No es difícil imaginar que de consolidarse y prolongarse esta situación, pudiera provocarse una violenta reacción legislativa en defensa del patrimonio estatal, que a su vez viniese a trastornar los firmes principios jurídicos en que se basa la vigente Ley de Expropiación. Es lógico comprender que la Administración se sienta defraudada por su esfuerzo y sacrificio de renunciar a su anterior privilegio de decisión previa y unilateral del justiprecio por el Gobernador civil y remitir la decisión de este importante extremo a un órgano paritario como el Jurado de Expropiación, en cuyo seno no tiene mayoría (3). Esta generosidad de colocarse bajo el yugo de un órgano neutral y de los tribunales al mismo nivel que los particulares, la han aprovechado inmediatamente éstos para abusar de ella y colocarse en una situación de auténtica ventaja que es de lamentar que los Tribunales contenciosos se muestren propicios a sancionar. Naturalmente que la cuestión que ahora se estudia es, ante todo, un problema técnico, pero con independencia de que un criterio técnico de la interpretación es también no llegar a resultados prácticos absurdos, nunca hay que desechar la posibilidad de que la Administración, colocada en un verdadero callejón sin salida, fuerce éste de alguna manera, si no se acude antes con un remedio técnico que proporcione una salida natural.

(3) Vid. sobre esto GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 128 y ss. y 139, donde se refiere al «importante sacrificio de la facultad administrativa de la decisión previa en la fijación del justiprecio que ha consumado la Ley y la definición correlativa de la carga de impugnar judicialmente esa fijación».

2. Como era de esperar, no faltan, en efecto, salidas o remedios técnicos, alguno ofrecido expresamente para este caso y otros aplicables de la doctrina general. Pero antes de analizar el valor de ellos, importa aclarar un punto que tiene la mayor importancia: en realidad la situación no es aún tan grave como podría deducirse de los párrafos anteriores. Analizando cuidadosamente la jurisprudencia puede afirmarse que la doctrina anteriormente aludida no procede del Tribunal Supremo, sino del Tribunal Provincial Contencioso-administrativo de Madrid y que, en realidad, el Tribunal Supremo no se ha decidido aún terminantemente sobre la cuestión. Lo cual nos brinda la esperanza de que el día en que lo haga expresamente sea de un modo más acertado que el tribunal inferior y que, además, evite el que deba darse a la doctrina citada el rango de jurisprudencia, incluso reiterada. Es de confiar, por ello, que la reconocida prudencia de nuestro más alto Tribunal sepa, cuando llegue el caso, desembarazarse de la errada doctrina del Tribunal Provincial y afirme una doctrina más congruente y acertada.

No puede negarse que el Considerando 2.º de la sentencia de 23 de abril de 1959 acepta «substantialmente, por estimarlos pertinentes, los razonamientos expuestos en los Considerandos que han servido de base al fallo del Tribunal Provincial»; pero esto no desvirtúa el hecho de que tales razonamientos (los transcritos en el epígrafe anterior) proceden directamente del Tribunal Provincial y, además, que no condicionan necesariamente la base del fallo. Tales razonamientos constituyen, por ello, diríamos utilizando el conocido tecnicismo anglosajón, *obiter dicta*, sin valor jurisprudencial ninguno por no constituir la verdadera *ratio decidendi*.

En efecto, el fallo de ambos Tribunales no está determinado por la ausencia del elemento invalidez, sino estrictamente por la falta de la declaración previa de lesividad. Esta observación es muy importante, porque constituye el último eslabón de la cadena lógica y base del fallo (4).

(4) La Sentencia apelada dice así: «Que de todo lo expuesto cabe deducir que en el presente caso, desde el momento en que la Administración no declaró lesivo su propio acuerdo, requisito previo a la interposición, procede declararlo inadmisibile». Y la Sentencia superior: «... omitiendo la previa declaración de lesividad, que debió figurar en el expediente administrativo presentado con la demanda, es manifiesto que se ha infringido el precepto contenido en el artículo 57, número 4..., lo cual constituye un defecto de forma, que entraña *causa de inadmisión del recurso*, establecida en el artículo 82. apartado f) de la misma Ley, cuya *causa es, sin duda, la que ha tenido en cuenta la sentencia de primera instancia*, aunque no haya sido debidamente especificada me-

Se ilustra esta actitud con la conducta seguida a este respecto por la Administración y por los Tribunales, tanto por entonces como posteriormente. Uno de los muchos argumentos manejados en la sentencia para avalar su criterio de que es precisa la previa declaración de lesividad estriba en el examen de la propia conducta de la Administración, que en repetidas ocasiones ha declarado la lesividad de los justiprecios antes de interponer recurso contra los mismos.

Atendiendo a esta evolución, para determinar con toda exactitud la doctrina del Tribunal Supremo sobre este punto, se ofrecía ya un camino seguro: puesto que los anteriores recursos habían sido inadmitidos porque faltaba la declaración previa de lesividad, y puesto que la Administración—escarmentada—procedía ya a realizar estas declaraciones previas, se trataba ahora de esperar a que llegase un recurso al Tribunal Supremo en estas condiciones (es decir, con declaración administrativa de lesividad) para saber si se atenía a la doctrina que ahora combatimos (la del doble requisito lesión-invalidez) para desestimarlos, habida cuenta de que esta doctrina implica la desestimación de un recurso, aun cuando se presente precedido de la declaración de lesividad, si el Tribunal no aprecia en el acto impugnado el dato de la invalidez o vicio jurídico.

Este caso tuvo lugar por fin con la sentencia del 2 de abril de 1960, y dió resultado positivo: es decir, que el Tribunal Supremo (el caso procedía del Tribunal Provincial de La Coruña) no mentó para nada la doctrina sustentada por el Tribunal Provincial de Madrid. En este asunto, tratándose de la expropiación de unos terrenos para la instalación de un campo de prácticas agrícolas del Centro de Enseñanza Media Profesional de Betanzos, antes de interponerse el recurso, se cuidó el Ministerio de Educación Nacional de declarar por Orden (y cumpliendo Acuerdo de Consejo de Ministros) la lesividad de las resoluciones adoptadas por el Jurado Provincial de Expropiación. En estas circunstancias para nada citó el Tribunal Supremo la doctrina de la lesión-invalidez. Lo cual es muy significativo, pues esta sentencia se preocupó también de esbozar una teoría general del recurso en la que se enumeran los requisitos necesarios para su ejercicio, y que según ella son: «1) que se declare por la Administración la lesividad a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza del acto o resolución

diante la conveniente cita de los preceptos que la rigen». Si el motivo considerado hubiese sido el de la ausencia de invalidez o lesión jurídica, el fallo no declararíala inadmisión del recurso, sino su desestimación.

administrativa, que se pretende anular y ello dentro del plazo de cuatro años, a contar desde la fecha en que hubiere sido dictado o acordado; y 2) que el recurso contencioso-administrativo sea utilizado dentro del improrrogable plazo de dos meses» (5).

3. Sea ésta o no la doctrina del Tribunal Supremo, conviene, en todo caso, salir al paso de ella para intentar evitar el error y los males que, según queda dicho más arriba, pueden producirse. La primera de las soluciones de posible aplicación a este caso nos la ofrece Cirilo MARTÍN-RETORTILLO.

Este autor ha publicado recientemente un artículo (6) en el que se hace exponente de la alarma a que se ha aludido al principio. En él se hace una crítica de mano maestra de la doctrina jurisprudencial y, en vista de la enojosa situación a que ella da lugar, propone como solución la exclusión de estas materias del recurso de lesividad para encajarlas en el recurso ordinario contencioso-administrativo. De esta manera, aparte de salvarse la insuperable dificultad creada por la doctrina jurisprudencial, quedarían «ambas partes» (como dice el artículo 126 de la Ley de Expropiación) en situación de igualdad, y, por último, se lograría una mayor celeridad en el procedimiento, al sujetarle a los breves plazos del trámite ordinario.

Esta conclusión, así como buena parte de las bases en que se apoya, son seguramente impecables desde la lógica interna de los preceptos que las fundamentan y responden a un loable esfuerzo por dar una mayor elasticidad a la vida administrativa; pero no pueden aceptarse ni en su generalidad ni en buena parte de sus particularidades:

A) Los argumentos del autor no logran quitar su fuerza a las razones esgrimidas en la sentencia criticada en favor de la exigibilidad de la previa declaración de lesividad, y que pueden resumirse así:

a) imperativo del artículo 56, 2 de la Ley de lo contencioso;

b) el cual es aplicable también a los procedimientos de expropiación, ya que el artículo 126 de esta Ley se remite al procedimiento con-

(5) El recurso fué precisamente desestimado por haberse interpuesto la demanda con posterioridad a este plazo de dos meses. Con lo cual, ciertamente, aún queda sin saberse con seguridad el verdadero criterio del Tribunal Supremo sobre este punto. Es de advertir, además, que la jurisprudencia revisada para preparar este trabajo sólo llega hasta el 31 de diciembre de 1960.

(6) *La declaración de lesividad del justiprecio acordado por el Jurado Provincial de Expropiación*, en esta REVISTA, núm. 30, 1959.

tencioso-administrativo en bloque, sin establecer modificaciones del mismo;

c) por el criterio general que exige la jurisprudencia tradicional y es aceptado por la propia Administración, de que cuando ésta se proponga revocar sus propios actos por la vía jurisdiccional, sea necesaria una resolución de la Autoridad del Departamento respectivo que lo autorice;

d) por la propia actuación de la Administración, aun después de promulgada la Ley de Expropiación y aun después de planteado este problema concreto, según se ha visto más arriba.

B) Cirilo MARTÍN-RETORTILLO quizá no interprete bien la jurisprudencia que critica, al atribuirle algo que realmente no ha dicho. Según este autor, estas sentencias exigen el doble requisito lesión-invalidez para que la Administración pueda declarar la lesividad previa. A mi modo de ver, esto no es exacto. Esto no lo ha exigido nunca la jurisprudencia (7). Esta sólo les exige ordinariamente dentro del recurso, no para la declaración previa de lesividad. Y este ha sido su criterio tradicional, que modernamente no ha renovado ni tenía por qué renovar. Las propias sentencias que cita Cirilo MARTÍN-RETORTILLO se vuelven en contra (8): la de 14 de marzo de 1956 dice literalmente «que dentro del recurso se demuestre». El artículo 56, 2, de la LJ es terminante, exigiendo sólo una declaración de lesividad a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza.

C) Tan agudos como razonados son los argumentos manejados por el autor al defender que «el Jurado Provincial de Expropiación no es un organismo de la Administración del Estado con subordinación jerárquica a ningún Ministerio. Se trata de un órgano arbitral autónomo con función administrativa jurisdiccional exigida fuera del área estatal, para decidir las discrepancias surgidas sobre el precio o valor justo de lo que se expropia, con facultad resolutive inapelable en vía gubernativa».

(7) Sí parece hacerlo ciertamente la sentencia del Tribunal Provincial de lo contencioso-administrativo de Madrid de 7 de mayo de 1958; pero en las sentencias posteriores de este Tribunal, concretamente en la de 5 de diciembre de 1958 (que dió origen a la del Tribunal de fecha 23 de abril de 1959), se emplea una terminología muy distinta, según se transcribió más atrás. Ahora bien, el Considerando octavo, *in fine*, de la de 26 de enero de 1959 (confirmada por el T. S. el 24 de noviembre) así se expresa sin dejar la menor duda posible. Todo lo cual justifica, bien es cierto, la razonada alarma de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO.

(8) En la nota de la página 171 de su trabajo. Es ocioso citar otras sentencias concretas, dada su superabundancia.

Efectivamente, en buena lógica, esto había de ser así; pero hay razones técnicas insuperables que imponen otra solución.

a) Los argumentos que esgrime la jurisprudencia para considerar a los Jurados Provinciales de Expropiación como órganos de la Administración son los siguientes: «Mientras no exista una declaración legal, terminante y clara, en el sentido de calificar a tal Jurado como Órgano jurisdiccional independiente de la Administración, no puede menos de considerársele con la naturaleza de ésta, e integrados en ella, atendidos su composición con mayoría de funcionarios públicos, y sobre todo y especialmente su función o materia de su competencia, de carácter o naturaleza típicamente administrativa, cual es la de fijar el justiprecio de las fincas expropiadas, cuyo carácter de naturaleza administrativa no sólo no se desvirtúan por la composición colegiada ni por la especialización de conocimientos de los miembros que integran el Jurado, sino que aparece afirmada y ratificada en el mencionado párrafo 2 del artículo 35 de la Ley vigente sobre expropiación forzosa, al decir que la resolución del Jurado de Expropiación ultimaré la vía gubernativa, y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo, lo cual, por otra parte, confiere a las resoluciones del Jurado la condición de acto administrativo y confirma también desde ese punto de vista el que haya de comprenderse a dichos Jurados, que tienen el carácter de provinciales dentro de los organismos que a los efectos del recurso contencioso-administrativo califica el párrafo 2 del artículo 1.º LJ, como Administración pública».

b) GARCÍA DE ENTERRÍA (9) también es de la misma opinión, al entender que, no obstante la equivocidad a que se presta la terminología de la Exposición de Motivos al hablar de órganos en que se componen las dos funciones pericial y judicial escindidas en el sistema actual, «en definitiva, si el fallo del Jurado no fuese resolución administrativa *strictu sensu*, no sería rescindible ante la jurisprudencia contenciosa, a tenor del artículo 1.º de la Ley de esta jurisdicción. Por otra parte, su incorporación orgánica a los Gobiernos civiles, órgano administrativo prototípico, está determinada claramente en el artículo 33, 4.º. Este carácter, que no se pierde en el caso de la expropiación llevada a efecto por entidades locales o por razón de urbanismo (art. 85, norma 2, *a contrario*), califica inequívocamente al Jurado como órgano de la Administración Central».

De esta manera, si se considera a los Jurados Provinciales de Expro-

(9) *Los principios...*, cit., págs. 137-138.

piación como órganos de la Administración, no cabe otra solución que plantear los recursos contra sus acuerdos por el cauce de lesividad, con lo cual cae por su base la, por otro lado excelente y útil, argumentación de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO.

D) Falta examinar ahora el último argumento del autor: la consideración de que el recurso de lesividad implica unos plazos de actuación, que por su extensión van en contra de la rapidez que preside en la actualidad el desenvolvimiento de la expropiación: por lo pronto, la Administración ya no puede recurrir automáticamente contra los acuerdos del Jurado, sino que ha de esperar a la lenta tramitación de la declaración jerárquica de lesividad. Por otro lado, el plazo de cuatro años que esta posibilidad abre es un período de irregularidad jurídica, con el riesgo, además, de que con el transcurso del tiempo se produzca un estado de insolvencia en el expropiado.

Esta clase de razones no alcanzan a ser convincentes. Es más, los inconvenientes del otro sistema habrían de ser mucho mayores, ya que, aun liberada la Administración (dentro del recurso contencioso-administrativo ordinario) del trámite formal de la declaración previa de lesividad, ello no implicaría la posibilidad del recurso automático, ya que la elaboración interna de la decisión de recurrir había de ser necesariamente prolija, hasta el punto de que muy difícilmente podría resolverse en el escaso margen de tiempo que se concede para la interposición del recurso. En este sentido, la aplicación del recurso de lesividad es aquí una auténtica ventaja para la Administración (10). Por otro lado, como es obvio, el plazo de cuatro años de que disfruta la Administración no supone que haya de ser necesariamente apurado. La práctica diaria demuestra que, al menos en este punto, la Administración obra con cierta rapidez.

Con lo que antecede queda ya aclarado que la interesante tesis de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, por muy sugestiva que sea, no puede ser aceptada, y que la solución al problema planteado no puede resolverse mediante la supresión del recurso de lesividad y el encaje de estas materias en el recurso contencioso-administrativo ordinario.

4. GARCÍA-TREVIJANO ha enunciado modernamente (11) una teoría cuya aplicación a este punto habría de representar una solución radical,

(10) Igual, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios...*, cit., págs. 138-139.

(11) GARCÍA-TREVIJANO. *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, vol. 1. Salamanca. 1961. págs. 203-204.

ya que defiende que el ámbito propio de los Tribunales se refiere a las lesiones económicas, mientras que el remedio de la ilegalidad corresponde, actuando de oficio, a la propia Administración. A esta conclusión llega por una interpretación rigurosa de los artículos 37 de la Ley de Régimen Jurídico y 109 y 110 de la Ley de Procedimiento, que, como es sabido, autorizan en primer término a la Administración para la revocación de oficio de los actos nulos de pleno derecho, y, en segundo término, para la de los meramente anulables cuando «infrinjan manifiestamente la ley». Con ello—afirma este autor—«se ha extendido la opinión errónea de que existe otra clase de ilegalidad «no manifiesta», la cual daría lugar al supuesto tercero de revocación (mediante declaración de lesividad ante y por los Tribunales). Esta graduación de ilegalidades es absolutamente absurda». La conclusión de todo esto es que «el grado de ilegalidad en nuestro ordenamiento administrativo respecto de actos individuales es: a) ilegalidad que conduce a la nulidad absoluta—aparición de acto—y b) ilegalidad que conduce a la anulación cuatrienal por la Administración, con informe del Consejo de Estado. Fuera de esto, el acto no es ilegal. La llamada «lesividad» para solicitar la anulación ante los Tribunales queda para infracciones de otro orden, a mi juicio, lesiones económicas, pero no jurídicas, y vicios de oportunidad, pero en ambos casos sin ilegalidad».

Si se aceptase esta tesis, ¿qué dificultades podría tener el acceso a los Tribunales del recurso de lesión, conforme al artículo 126, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa? Realmente, éste vendría a ser el ejemplo típico ideal del recurso dentro de esta mecánica.

Ahora bien, las afirmaciones de GARCÍA-TREVIJANO, por muy agudas y fecundas que sean, no pueden aceptarse en el momento actual del ordenamiento jurídico español. Debe reconocerse que ésta es seguramente la lógica interna de los preceptos citados; pero esta interpretación no es lícita, por cuanto desconoce sin más—y en bloque—todo el sistema actual de la jurisdicción contencioso-administrativa, uno de cuyos ejes es, a no dudarlo, el número 2 del artículo 83 de su Ley reguladora: «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». GARCÍA-TREVIJANO no se limita a matizar este precepto y a coordinarlo con el resto del Ordenamiento, sino que le suprime lisa y llanamente en el caso de la lesividad, y con ello hace tambalear todo el sistema contencioso-administrativo (por lo que se refiere al recurso de lesividad) desde sus propios

cimientos. Desgraciadamente, quizá, esto no es una solución para el problema que nos ocupa.

LAVILLA ALSINA (12) ha criticado ya serenamente esta actitud, entendiendo, entre otros extremos, que en lugar de la valoración meramente cuantitativa de la infracción (que parece deducirse de la expresión legal), debe operar una valoración cualitativa, según criterio manejado ya por el Consejo de Estado, y que permite tipificar una serie de ilegalidades cuya remoción sólo puede conseguirse ante los Tribunales mediante el recurso de lesividad, aparte de los casos de procedencia de éste cuando el Consejo de Estado no dé su informe «favorable», como pide la Ley, a la existencia de motivos de anulación de oficio.

5. Una vez desechadas las posibles soluciones ofrecidas por las tesis de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO y GARCÍA-TREVIJANO para resolver esta aparente dificultad técnica de encajar un típico recurso de lesión en el cauce de un recurso que parece exigir los requisitos conjuntos de lesión y de invalidez, corresponde ahora examinar una nueva tesis, la de GARCÍA DE ENTERRÍA, que va a ofrecernos una indudable posibilidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que los elementos conjuntos de lesión-invalidez no se encuentran en la esencia del recurso de lesividad; es más, que esto contradice a su naturaleza histórica y aun formal (lesión = invalidez): la situación actual (1955), que enlaza indisolublemente ambos elementos, es un simple azar histórico, montado sobre una grave confusión. La auténtica entraña del recurso de lesividad es de carácter rescisoria, pura lesión, como se comprueba al rastrear su origen y buena parte de su evolución. Concretas razones históricas llegaron a enturbiar un día esta naturaleza, equiparando primero, y luego acumulando anormalmente los conceptos de lesión y nulidad. Pero como se trata de una pura contingencia histórica, de una posición obtenida jurisprudencialmente en base a un equívoco derivado de un entendimiento literal de una Ley mal redactada, es siempre posible—y aun deseable—que una necesaria depuración de los principios técnicos en juego, y mucho más una aclaración legislativa, vuelvan a separar estos elementos conjuntos de la lesión y de la invalidez que es absurdo hacer marchar unidos.

El intérprete no está, pues, forzado a mantener, por una equivocada fidelidad a la naturaleza de la institución, una vez que la Ley nada imponga sobre este extremo, la exigencia cumulativa del famoso doble re-

(12) LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, en esta REVISTA, núm. 34, 1961.

quisito, que ha sido no sólo una ocasionalidad histórica, sino también una verdadera anomalía técnica.

En sustancia, lo que propugna GARCÍA DE ENTERRÍA es la desarticulación del binomio lesión-invalidez para hacer operar independientemente a ambos elementos, adscribiendo, en último extremo, a la esencia de la lesividad precisamente el elemento lesión. El resultado viene a ser, pues, en cierto modo, similar al que llega GARCÍA-TREVIJANO. Pero, como va a verse seguidamente, el camino y los efectos de ambas tesis son completamente diferentes.

GARCÍA DE ENTERRÍA, con un método característico, se ha lanzado a bucear en la Historia (13) el tipo originario y puro del recurso de lesividad, que le da la clave para la interpretación de su esencia.

El origen de este recurso parece encontrarse en el Real Decreto del Ministerio de Hacienda de 21 de mayo de 1853, en el que se determina que los acuerdos de los Ministros sobre determinados asuntos de Hacienda causan estado y, por tanto, sólo son revocables por la vía contenciosa en el plazo de seis meses. Esta facultad se concede también al Gobierno, pero con la advertencia de que para el Estado dicho plazo empezará a contarse «desde el día en que la Administración activa entienda que una providencia anterior causó algún perjuicio y ordene que se provoque una revocación por la vía contenciosa».

El interés del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA estriba precisamente en que identifica este recurso de lesividad originario no con el que luego se configuró sobre la base de la lesión-invalidez, sino con un puro recurso de lesión o rescisorio. La nulidad está completamente ajena de él. «Cuando se impone a la Administración la carga de la acción contenciosa, no se está contemplando el caso ordinario de 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 e incluso de derecho—o engaño».

Por lo demás, hay sobrados argumentos que prueban esta afirmación: en primer lugar, la identificación de esta figura con el beneficio de la menor edad de que gozaba la Administración, que se concreta en la *restitutio in integrum*: lesión típica. En segundo lugar, a *sensu contrario*, por la observación de que claros ejemplos de nulidad se tratan con una

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, en esta REVISTA, núm. 15, 1954.

mecánica completamente distinta. Así, la venta de bienes nacionales (Reales Ordenes de 14 de junio de 1848 y 25 de enero de 1849), en que la nulidad se declara de oficio por vía administrativa, sin que actúe el sistema de la lesividad. Así, en tales supuestos de nulidad, la jurisdicción contencioso-administrativa opera de un modo bien diferente al actual: aún no se ha privado a la Administración de su privilegio de revocar por motivos de legalidad sus propios actos, para imponerle la carga de acudir a los Tribunales. De esta manera, la Administración les revoca, y es el particular el que debe acudir a la jurisdicción contenciosa para hacer valer *ex post*, como es común en esta vía, su oposición a la decidida previamente por la Administración.

Por Real Decreto de 20 de junio de 1858 se generaliza el sistema anterior a todos los ramos de la Administración. Con el tiempo esta medida había de significar bastante más que una extensión cuantitativa de la institución: su propia naturaleza empieza a desvirtuarse o, para hablar con mayor precisión, en el recurso de lesividad-lesión comienzan a insertarse motivos de nulidad, que se equiparan a los puramente rescisorios, aunque sin confundirse con ellos. Esta tendencia, por lo demás, se fué afirmando oscura y paulatinamente. Buena culpa de ello tendría esta misma extensión de la institución, ya que la figura de lesión es característica de la Administración fiscal, y fuera de ella (y más en el siglo XIX) apenas si tiene aplicación, la contratación administrativa aparte. Es lógico, pues, que en la actividad general del Estado juegue mayor papel la nulidad que la lesión. Esto explica también que el organismo jurisdiccional de la época, el Consejo de Estado—cuyo carácter tuitivo desborda con mucho el frío control legal de los Tribunales de la jurisdicción delegada—se preocupe de extender su control a los actos viciados de nulidad (aunque no estuviera determinado por la Ley) en su afán de proteger los derechos de los particulares, ya que no había un procedimiento de revocación de oficio que ofreciese completas garantías a los particulares. Extremo este que es el talón de Aquiles de todo sistema de revocación de oficio. En cualquier caso los administrados apoyaron y siguieron con alborozo esta evolución, fomentándola con todos los medios, ya que así ellos trasladaban sobre los hombros de la Administración la carga de solicitar la intervención de los Tribunales.

Pero hasta la Ley de 1888 no alcanza este sistema una consagración legal y general. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha preocupado de probar minuciosamente que hasta tal fecha no se trata de una norma fija, sino de una evolución; y ofrece numerosos ejemplos que demuestran hasta la

saciedad que por entonces los motivos de nulidad y los de rescisión—más o menos consciente, más o menos generalmente—siguen actuando por separado.

Por los términos de sus preceptos, y con seguridad sin propósito consciente, la Ley de 13 de septiembre de 1888 pareció alterar este sistema, dando pie a que la jurisprudencia estereotipase la técnica de la lesividad montada sobre el requisito cumulativo (hasta entonces independientes) de lesión-invalidéz, que, sin embargo, no se consagra legislativamente hasta nuestros días (Ley de Régimen Local, art. 391). La Ley de 1888, como treinta años antes, había sido precedida por una Ley financiera, la Ley Camacho, de 31 de diciembre de 1881, en cuya Base 5.^a se eleva a regla el principio de nulidad, a diferencia del sistema anterior, en el que lo único que se había hecho, a lo sumo, era equiparar la nulidad a la lesión. Ahora esta equiparación se rompe. La nulidad y la lesión van a imbricarse entre sí para cubrir sólo la mínima zona común a ambas, no obstante su esencial heterogeneidad; sólo los actos afectados por esa doble y simultánea cualidad podrían ser revocados a través del recurso de lesividad, la persistencia de cuyo nombre es el mejor testimonio de la transformación radical que ha sufrido.

Si nos hemos detenido tan extensamente en sintetizar—aun a costa de la exactitud—en estos párrafos el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, se debe a la trascendencia que dicha investigación histórica tiene como prueba la tesis por él sustentada y que tan excelente encaje tiene en el tema que se está tratando.

La evolución histórica demuestra que el recurso de lesividad ha quedado reducido a una simple técnica formal de procurar, por cualquier motivo de fondo (y estos motivos tienen plena substantividad por sí mismos, con toda independencia de la técnica formal para hacerlos valer), una revocación que la Administración no puede cumplir de oficio. Esta consecuencia implica nada menos que la desarticulación del binomio tradicional lesión-invalidéz. Esto es muy importante, y aun trascendental, porque si el recurso de lesividad contuviera por esencia ambos elementos, es claro que habría de exigirse rigurosamente en toda circunstancia, y que cuando algún precepto legal olvidase uno de estos extremos (como sucede concretamente en el artículo 126, 2, citado, de la Ley de Expropiación Forzosa), habría que entender que se trataba de un defecto y sería inexcusable la integración de la norma, mediante la incorporación del elemento olvidado. Ahora bien, si, por el contrario, el recurso de lesividad, como técnica formal de procurar una revocación no posible

en vía de oficio, no implicase necesariamente la acumulación de estos dos elementos, y teniendo en cuenta que más bien tal acumulación es teóricamente indefendible, habría que atender sencillamente a la contingencia legal, y lo mismo que en 1853 se trataba de una lesividad-lesión, posteriormente de una alternativa lesión o nulidad, y a partir de 1888 de una lesividad sobre el doble vicio acumulado lesión-nulidad, no habría ninguna dificultad en admitir, antes bien lo contrario, que cualquier modificación legislativa implicase una variación de su carácter.

Esto es exactamente lo que ha pasado con la nueva situación legislativa. Por una parte, la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 126, 2, sólo exige la lesión (eliminando la nulidad o remitiendo ésta a otra acción distinta: artículo 126, 3). En segundo lugar, los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo han suprimido el elemento lesión, limitándose a la nulidad, y ello tanto para la anulación en vía de oficio (antes sometida al cauce procesal de la lesividad), como para el propio recurso de lesividad, en la alusión que de él se hace. Por último, el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa acepta ya con absoluta naturalidad que el recurso de lesividad no tenga que apoyarse en una lesión de intereses precisamente económicos, sino en la sola y simple infracción legal; la alusión a «intereses públicos de otra naturaleza» equivale a una prohibición del abuso de derecho, o a recordar el viejo apotegma general «pas d'interêt, pas d'action». Así pues, la artificiosa unidad del binomio lesión-invalidéz ha quedado definitivamente rota. La ojeada histórica que antecede prueba que éste es un fenómeno legislativo que nada tiene de excepcional y que la estereotipación derivada de la Ley de 1888 es una mera contingencia histórica además de una gravísima imperfección jurídica. De esta manera el mismo error representaría exigir en el artículo 126, 2, de la Ley de Expropiación el requisito de la invalidéz, que exigir en los casos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento o en los generales del artículo 56 de la Ley de lo Contencioso el requisito de la lesión económica.

Por otra parte, si la jurisprudencia—a partir de la Ley de 1888—ha venido exigiendo continuamente la concurrencia de los dos requisitos de lesión e invalidéz (la propia abundancia de sentencias en tal sentido nos exime de su cita), merece notarse que aunque con carácter excepcional haya admitido en ocasiones la posibilidad de la estimación de un recurso basado exclusivamente en uno de estos elementos.

Así, la famosa sentencia de 26 de octubre de 1930, en la que se recuerda que «la sentencia de 23 de noviembre de 1918 anula un nombra-

miento no hecho por oposición, estimándolo lesivo para los intereses del Estado, aunque no existe lesión de orden económico y sí sólo de derecho»; y aún más explícita, la sentencia de 22 de enero de 1904 sienta entre sus considerandos la doctrina de que «aunque no existiera lesión de interés, no habría necesidad de acreditarla para acudir a la vía contenciosa contra la disposición objeto de recurso, porque entre los fines de la Administración hay uno primordial y superior a todos los demás, incluso al económico, que es el fin jurídico, y en cumplimiento de los estrechos deberes que éste le impone, la Administración se creyó obligada en el caso de autos a declarar lesiva la disposición, y así lo hizo, existiera o no la lesión en el interés material, porque por encima de esta lesión existía otra más importante, la lesión del orden jurídico producida por las numerosas y graves violaciones de la Ley, contenidas en el expediente, y era ante todo necesario restablecer el imperio del derecho, hondamente perturbado por tantas y tan inexplicables transgresiones; con todo lo cual es preciso concluir que basta la lesión del derecho para que un acuerdo sometido por lesivo a la revisión de la vía contenciosa adolezca de vicio de nulidad y, por tanto, pueda ser revocado» (14).

La configuración de un recurso por invalidez sin lesión—que sirva de contrapunto a la figura del recurso por lesión sin invalidez, y que es la prueba del juego independiente de ambos elementos—no es nada difícil ni en la doctrina ni en la realidad administrativa. Esta figura, que es absolutamente normal, tiene una enorme importancia, aun cuando no vaya acompañada del aparato económico que rodea los actos en que se da lesión. El nombramiento de un funcionario o el otorgamiento de un contrato sin las formalidades legales constituyen una grave irregularidad, con independencia de que el funcionario así nombrado o el contrato así otorgado desarrollen una eficacia económica igual o superior a la que resultaría de un origen jurídicamente correcto.

En principio, el intento de sostener los actos inválidos, es decir, limitar las posibilidades de su revocación a la circunstancia de que produzcan o no lesión, es, dicho sea con toda rotundidad, la negación de la esencia de la Administración y aun del derecho; es la consagración de la arbitrariedad.

Las razones prácticas de esta limitación son claras: puesto que no habiendo lesión no se produce irregularidad en el funcionamiento administrativo, se trata de evitar el desorden producido por la revocación, aun a costa de la injusticia. En este sentido es de aplicación

(14) Cfr. GUAITA, en *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, pág. 59.

la aguda observación de Goethe de que más vale la injusticia que el desorden. Pero esto no puede evitar el contrasentido de esta política, y en repetidas ocasiones la jurisprudencia se ha visto forzada a inventar pretextos o ficciones para crear una lesión que habilite el recurso de lesividad, con el resultado de que prácticamente sólo se exige la violación jurídica para que prospere la demanda. En la sentencia de 25 de octubre de 1930 «el Tribunal Supremo, conociendo que la Ley exige también la lesión de intereses, tuvo que elegir entre desestimar la demanda que alegaba solamente lesión jurídica, o estimarla, por entender que los intereses de que habla la Ley son los jurídicos, con lo que en el caso de autos concurren las dos lesiones que venían exigiéndose tradicionalmente» (15).

En la sentencia de 22 de mayo de 1958 se trata de un Municipio que, habiendo planeado el abastecimiento de aguas con la ayuda de una subvención estatal, se vuelve de su acuerdo por entender que la subvención económica era de cuantía inferior a la que le correspondía, según referencia a la concedida a otro Municipio vecino, que colaboraba en las obras. En este caso el Tribunal Supremo, después de insistir en la doctrina tradicional de que «para que prospere el recurso de lesividad ha de probarse cumplidamente no sólo la vulneración de Leyes o disposiciones, sino el perjuicio patrimonial que de la misma dimanara, requisitos que han de concurrir conjuntamente», encuentra en el terreno jurídico con toda facilidad una causa de desestimación, ya que por tratarse de una subvención estatal que se concede con carácter potestativo hay «ausencia de derecho administrativo a favor de la Corporación». Pero en el momento de buscar un perjuicio económico (que es lo que aquí nos interesa) se encuentra el Tribunal ante una grave dificultad, que resuelve de una manera simplista diciendo: «y si no existe derecho a obtener los auxilios económicos en una determinada cuantía, tampoco cabe deducir perjuicio del hecho de no conseguirlos en la medida deseada». Solución que, bien es cierto, pudiera considerarse técnicamente correcta, pero no, desde luego, desde el punto de vista de la doctrina tradicional de la jurisprudencia.

Esa separación que las nuevas Leyes han consagrado entre los motivos de nulidad y los de lesión como causas de fondo de revocación judicial o de oficio de los actos administrativos es, por lo demás, completamente obvia, aun cuando para la doctrina jurisprudencial tradi-

(15) GUAITA, lugar citado. pág. 61. Posteriormente hace este autor una crítica de la misma sentencia.

cional lo obvio fuese precisamente lo contrario. Baste citar para ello el ejemplo del Derecho civil, cuya doctrina del acto jurídico está mucho más elaborada, y donde marchan perfectamente separadas y sin interferencia ninguna las acciones rescisorias o de mera lesión (art. 1.290 del Código Civil: «Los contratos *válidamente celebrados* pueden rescindir-se»), y las acciones de nulidad (arts. 4.º, 1.300, etc., del mismo Código; el artículo 1.300 es también explícito sobre la total substantividad de esta acción respecto de las fundadas en lesión: «los contratos... pueden ser anulados, *aunque no haya lesión para los contratantes*, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley»). Parece innecesario detenerse a justificar que esto tenga precisamente que ser así en el orden dogmático, bastando con invocar la validez general que ante la ausencia de norma administrativa contraria han de tener para nosotros esas categorías del Código Civil, en virtud del principio de subsidiariedad de su artículo 16.

De todo lo anterior se desprende que la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA es perfectamente plausible, es decir, que no pertenece a la esencia del recurso de lesividad el que los elementos de lesión e invalidez concurran conjuntamente, con el resultado de que no sólo pueden, sino que estos dos elementos deben operar con carácter independiente. Fenómeno que se ha dado en el primer período de la existencia de esta institución (hasta 1888), y que tras corregirse los graves equívocos que han marcado la última fase de ésta (16) vuelve a quedar plena y expresamente justificado al amparo de los nuevos textos de las Leyes de Expropiación, Régimen jurídico, Contencioso-administrativo y Procedimiento administrativo. De esta manera, el recurso tipificado en el artículo 126, 2 de la Ley de Expropiación no constituye algo insólito y hasta incorrecto, que precise ser completado de alguna manera por una corriente jurisprudencial, sino que más bien constituye una expresión más, absolutamente normal, y absolutamente ortodoxa desde los principios jurídicos más estrictos de este modo de operar la lesión, tal como aparece en los orígenes de la institución, según ha demostrado GARCÍA

(16) Además del trabajo citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, vid. también el del mismo autor *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, en el número 20 de esta REVISTA, págs. 69 y ss. Seguramente ha sido esta concluyente crítica doctrinal la que ha determinado la espectacular rectificación legislativa a que nos referimos en el texto, que ha supuesto un enorme progreso en nuestro Derecho en un tema central de la teoría de los actos administrativos y de los poderes de la Administración.

DE ENTERRÍA, vendría con ello a revalorizarse encontrando su mejor y moderna aplicación en el problema que se comenta (17, 18).

6. Aun queda, por último, otra posibilidad, que pudiera llamarse tesis del Consejo de Estado, ya que ha sido este Organismo quien la ha sustentado. Se trata de una solución en cierto modo ecléctica, que, jurídicamente correcta, puede resolver de momento el problema, dando satisfacción a la convencional idea de la lesividad, tal como ha venido entendiéndose por la vieja doctrina.

«Una observación final—dice el dictamen de 9 de febrero de 1961 (expediente número 27.166)—debe hacerse a propósito de la fundamentación de ese recurso contencioso, y es que no es preciso apoyarlo en la doble lesión económica y jurídica como tradicionalmente la jurisprudencia había venido exigiendo en el proceso de lesividad. Esa doble exigencia, a la que faltaban verdaderas razones objetivas haciendo a la Administración de peor derecho no ya sólo que el administrado, sino que cualquier parte ordinaria en un proceso de impugnación civil, donde los motivos de invalidez y los de lesión justifican por sí y separadamente cada uno una acción de impugnación independiente, ha desaparecido en virtud de la nueva regulación de este proceso. Por una parte, el artículo 56 de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956, expresamente refiere la lesión «a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza». Por otra parte, en fin, en el específico recurso de impugnación del justiprecio que habilita el artículo 126, párrafo 2.º de la Ley de Expropiación, para «ambas partes» del expediente expropiatorio, se afirma expresamente que «deberá fundarse en lesión... en más de una sexta parte», sin exigir, por consiguiente, además de esta lesión económica, una infracción de cualesquiera normas jurídicas; la Administración está en cuanto al fondo de este recurso exactamente sobre el mismo pie que el particular, y bastante es que esto se haya producido y

(17) Así ya GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, citada, págs. 138-139.

(18) Junto a este tema aparece íntimamente engarzado el de la revisión del concepto de privilegiado que habitualmente se achaca al recurso de lesividad. La realidad es que tal privilegio no existe, es más, que precisamente se trata de una carga que se impone a la Administración de un modo que está en absoluta contradicción con el régimen administrativo y que la obliga a acudir a los Tribunales para revocar sus propias decisiones. Esto parece ser un efecto reflejo y poco correcto de la elogiada tendencia a aumentar las garantías de los particulares; pero la solución escogida no es la más apropiada. Ahora bien, estas consideraciones—íntimamente relacionadas con el tema—nos llevarían a una problemática, que evidentemente no es de este lugar. Vid. el trabajo citado en segundo lugar en la nota 16.

que se haya privado a la Administración de su privilegio general de la decisión previa desplazando la carga de impugnar al administrado, privilegio que en el sistema de fijación del justiprecio de la Ley anterior de 1789 aún se la reconocía, para que se pretenda todavía rebajar más aún e injustificadamente su *status*».

«Ello no obstante—comenta LAVILLA ALSINA, que es quien ha hecho público ese dictamen (19)—, el Consejo de Estado advierte el importante giro que está imprimiendo a la tradicional configuración del proceso de lesividad, por lo que, dada la evidente razón objetiva que le asiste en los supuestos de expropiación forzosa, señala la posibilidad de invocar conjuntamente la lesión jurídica».

«En todo caso—concluye el Consejo de Estado, y a esto es a lo que queríamos venir a parar—, siempre cabría decir que la norma cuyo restablecimiento se pretende en este proceso es, tanto para la Administración como para el expropiado, la que dispone la justicia de la indemnización expropiatoria (artículos 25 y 36 de la Ley), norma que se viola tanto si la cifra señalada por el Jurado excede como si falta de la objetiva de ese justo valor».

De esta manera, aun eludiendo en cierto modo la cuestión de la corrección de la doble exigencia, y para dar un contenido al elemento de violación jurídica, se acude a esta fórmula general de la «justicia de indemnización expropiatoria», para salvar los obstáculos jurisprudenciales. Es una fórmula hábil, pero en realidad innecesaria, porque esa supuesta norma de integridad patrimonial es la que está consagrada en todos los supuestos de acciones rescisorias por lesión, aunque debe notarse que ello no impide la plena substantividad técnica de éstas respecto de la nulidad o por ilegalidad estrictamente tales.

7. A la vista de lo anterior pueden ofrecerse las siguientes conclusiones:

1) La exigencia jurisprudencial de que en los recursos de lesividad que prevé el artículo 126, 2 de la Ley de Expropiación haya de intervenir también—y conjuntamente—un elemento de transgresión jurídica, puede producir graves trastornos en la vida administrativa y una auténtica indefensión a la Administración, toda vez que es frecuente que en tales casos no aparezca el menor rastro que justifique la invalidez del acto; por otra parte, cuando esa transgresión aparece, lo procedente es la acción del artículo 126, 3 de la misma que presenta plena substantividad frente a la anterior.

(19) En *La revisión de oficio...*, cit., pág. 65.

2) Existen dudas de que sea éste realmente el criterio actual del Tribunal Supremo; se precisarían nuevos fallos más terminantes para determinar cuál sea la doctrina jurisprudencial aplicable al caso.

3) No es aceptable para solucionar este problema la tesis de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO de que estos asuntos deben ser sometidos al recurso contencioso-administrativo ordinario y no al recurso de lesividad.

4) Tampoco parece admisible la tesis de GARCÍA-TREVIJANO de que el recurso de lesividad *debe* aplicarse exclusivamente en caso de lesión, estando facultada la Administración para revocar por sí misma sus propios actos en todos los casos de ilegalidad.

5) La solución estriba en admitir que la lesión y la invalidez son motivos de fondo de la retirada de los actos jurídicos que deben operar independientemente, y que, por tanto, el recurso de lesividad *puede* ser utilizado en caso de lesión, sin que sea necesaria la concurrencia del requisito de invalidez, e inversamente; la historia de esta institución—según la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA—y el Ordenamiento jurídico actual fundamentan esta afirmación; el recurso de lesividad se ha convertido en una simple técnica formal para procurar judicialmente la revocación que la Administración no puede cumplir por sí misma en vía de oficio, debiendo decidir el derecho material en cada caso, y no pretendidos principios propios de la institución, si esa revocación puede fundarse en invalidez o en lesión, motivos que en todo caso actúan con perfecta independencia. La solución de compromiso ofrecida por el Consejo de Estado, que sostiene la invalidez exigida por la jurisprudencia puede basarse en una violación de la justicia de la indemnización expropiatoria, aunque solución de fortuna para poder ampararse en los criterios jurisprudenciales tradicionales, técnicamente es equívoca, pues la violación de esa norma hipotética no convierte a la acción de lesión en acción de nulidad, pudiendo por otra parte señalarse la exigencia de una norma análoga en todos los supuestos de acciones de pura lesión.

JURISPRUDENCIA

