



La función de la declaración de lesividad en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP

Félix Muriel Lorenzo

*Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Raúl Leopoldo Canosa Usera, don Borja Carvajal Borrero, don Nicolás González-Deleito, doña Blanca Lozano Cutanda y don Joaquín Sarrión Esteve.

Extracto

El artículo 107 de la LPACAP contempla, para la revisión de actos administrativos favorables por vicios de anulabilidad, el denominado sistema de la lesividad, en el que la potestad revisora se residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pese a que dicho sistema es una institución histórica de nuestro Derecho, que ha sido objeto de estudio por parte de algunos de los más prestigiosos administrativistas de nuestro país, hasta la fecha se ha prestado poca atención a la justificación de la exigencia misma de la declaración de lesividad en el contexto de tal sistema. Es decir, ¿por qué razón, en este sistema, a la Administración, para obtener de la jurisdicción contencioso-administrativa la revisión de sus propios actos, no le basta con impugnarlos, sino que, con anterioridad, debe declararlos lesivos para el interés público? A ello se dedica el presente estudio, llegándose a la conclusión de que la función de la declaración de lesividad está vinculada a la aplicación del artículo 110 de la LPACAP («límites de la revisión») en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP.

Palabras clave: revisión de actos administrativos; declaración de lesividad para el interés público; límites a las potestades revisoras; ponderación entre intereses.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

Cómo citar: Muriel Lorenzo, F. (2019). La función de la declaración de lesividad en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP. *Revista CEFLegal*, 217, 35-64



The role of the declaration of harmfulness for the public interest within the system for the review of favourable administrative acts established by section 107 of Spain's Public Administrations' General Administrative Procedural Act

Félix Muriel Lorenzo

Abstract

Section 107 of Spain's Public Administrations' General Administrative Procedural Act contemplates the so-called «system of harmfulness» for the review of relatively void favourable administrative acts, in which review powers are attributed to the administrative litigation jurisdiction. Although this system is a historic institution of Spanish administrative law, which has been carefully studied by some of Spain's most prestigious scholars in the field, until now, little attention has been dedicated to the role of the declaration of harmfulness for the public interest within the aforementioned system. I. e., in this system, ¿why does the Administration have to declare that its acts are harmful to the general public prior to their judicial impugnation? The research conducted addresses this issue, concluding that the role of the declaration of harmfulness for the public interest is linked to the implementation of Section 110 of Spain's Public Administrations' General Administrative Procedural Act («limits of administrative review powers») in the aforementioned system for reviewing administrative acts.

Keywords: review of administrative acts; declaration of harmfulness for the public interest; limits of administrative review powers; weighing of interests.

Citation: Muriel Lorenzo, F. (2019). La función de la declaración de lesividad en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP. *Revista CEFLegal*, 217, 35-64



Sumario

1. Planteamiento
2. La declaración de lesividad como decisión sobre la revisión del acto de eficacia aplazada
 - 2.1. Planteamiento de la hipótesis
 - 2.2. Valoración
 - 2.3. Observación adicional acerca de la extensión del enjuiciamiento del órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad sobre el acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP
3. La declaración de lesividad como institución funcionalmente similar al recurso de alzada
 - 3.1. La declaración de lesividad como garantía del funcionamiento jerarquizado de la Administración
 - 3.2. La declaración de lesividad como mecanismo de conciliación preprocesal
4. La declaración de lesividad como manifestación de la legitimación de la Administración para accionar en el proceso de lesividad
5. La declaración de lesividad como garantía de la seriedad del recurso de lesividad
6. El procedimiento administrativo de lesividad como institución auxiliar del proceso de lesividad
 - 6.1. Planteamiento
 - 6.2. Algunas reflexiones acerca del artículo 110 de la LPACAP
 - 6.3. Sobre la exigencia de una efectiva lesión al interés público
 - 6.4. La función del procedimiento administrativo de lesividad y de la declaración de lesividad
 - 6.5. Sobre la forma en la que se ha de aplicar el artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP
7. Conclusión

Referencias bibliográficas

Nota: Este artículo tiene su origen en un trabajo de fin de grado presentado para la obtención del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas de la Universidad Autónoma de Madrid, defendido el 4 de junio de 2018, habiendo sido calificado con un 10/10 y con matrícula de honor. Ha sido director de dicho trabajo de fin de grado el profesor José María Rodríguez de Santiago, catedrático de Derecho Administrativo de la citada universidad, quien me ha ayudado en la realización de esta labor investigadora, con sugerencias y comentarios que me han sido de gran ayuda, motivo por el cual quisiera manifestarle mi máxima gratitud. Naturalmente, los errores que puedan subsistir en el artículo son exclusivamente responsabilidad mía.

1. Planteamiento

La potestad de revisar actos administrativos al margen del sistema de recursos puede residenciarse, en teoría, o bien en la Administración autora del acto (sistema de revisión de oficio), o bien en los jueces y tribunales (sistema de revisión jurisdiccional). Esta última posibilidad es la actualmente vigente en nuestro Derecho para la revisión de actos administrativos favorables por vicios de anulabilidad, bajo la modalidad del denominado como sistema de la lesividad (cauce revisor de los arts. 107 LPACAP y 43 LJCA), que tiene una articulación bifásica: a) una primera fase, administrativa, en la que la Administración autora del acto lo declara «lesivo para el interés público» (procedimiento administrativo de lesividad), y b) una fase posterior, contencioso-administrativa, en la que se resuelve definitivamente sobre la revisión del acto, a instancias de la Administración que lo ha declarado lesivo (proceso de lesividad)¹.

Este sistema de la lesividad es, sin duda, una institución histórica y peculiar del Derecho español². Hasta la fecha, ha sido objeto de estudio por parte de alguno de nuestros más prestigiosos administrativistas. Así, se han abordado cuestiones relativas al sistema de la lesividad en general, tales como su origen (vinculado a la figura jurídico-civil de la rescisión por lesión)³, su justificación teórica (analizándose, en especial, sus relaciones con el principio *venire contra factum proprium non valet*)⁴ y su bondad *de lege ferenda* en comparación con su antagonista, el sistema de la revisión de oficio⁵. Y también se han tratado cuestiones atinentes a algunas de las instituciones particulares de las que se compone este sistema, cual es el caso, singularmente, de la naturaleza de la declaración de lesividad (centrándose el debate en torno a su calificación como acto administrativo)⁶ o el estudio pormenorizado del proceso de lesividad (órgano jurisdiccional, emplazamiento del demandado, etc.)⁷.

¹ Esta explicación del sistema de la lesividad en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de LPACAP. En similar sentido: Carbonell (2017, pp. 2.258).

² Señala Guaita (1953, pp. 181-182) que se trata de «una institución [...] peculiar del Derecho procesal Administrativo español». Por su parte, Escuín Palop (2004, p. 18) expone que «constituye [...] una de las especialidades de los mecanismos patrios de control judicial de la actividad administrativa», calificándola más delante de «originalidad» española.

³ Sobre este particular es clásico el estudio de García de Enterría (1954). También han examinado detenidamente los orígenes de la declaración de lesividad, *v. gr.* Guaita (1953, pp. 29-35) y Escuín (2004, pp. 53-94).

⁴ Así, González Pérez (1950b, pp. 60-62; 1958, pp. 128-133), Guaita (1953, pp. 20-29), García de Enterría (1956) y Escuín (2004, pp. 19-30).

⁵ Por ejemplo, especialmente crítico con el sistema de la lesividad se ha mostrado Bocanegra (1998, pp. 65-75).

⁶ Así, González Pérez (1950b, pp. 63-65; 1958, pp. 141-142), Guaita (1953, pp. 129-130) y Escuín (2004, pp. 111-135; 2005).

⁷ V. González Pérez (1958), Guaita (1953) y Escuín (2004, pp. 95-261).

Sin embargo, hasta la fecha, se ha prestado poca atención a la justificación de la exigencia misma de la declaración de lesividad en el marco del sistema de lesividad⁸. Es decir, en este sistema, ¿por qué razón a la Administración no le basta con impugnar sus actos ante la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener su revisión, sino que, con anterioridad, debe declararlos lesivos para el interés público (previa tramitación del procedimiento administrativo de lesividad)? O lo que es igual, ¿qué función cumple la declaración de lesividad en el contexto del sistema de la lesividad?

La cuestión no es baladí. Por un lado, carente de justificación, la declaración de lesividad sería una mera formalidad, vacía de significado, siendo su exigencia un uso ineficiente de los recursos públicos (contrario a las directrices impuestas *ex arts.* 31.2 CE y 3.1-II-j) LRJSP)⁹. Y, por otro, la adecuada identificación de la declaración de lesividad permite clarificar, tal y como se verá posteriormente, el estudio de alguna *res dubiae* del sistema de la lesividad.

Pues bien, para identificar la función de la declaración de lesividad (y del previo procedimiento administrativo de lesividad), en este trabajo se formulan una serie de hipótesis, examinando si se ajustan al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP. De esta forma, se concluye que dicha función está relacionada con la aplicación del artículo 110 de la LPACAP («límites de la revisión») en el contexto de ese cauce revisor.

2. La declaración de lesividad como decisión sobre la revisión del acto de eficacia aplazada

2.1. Planteamiento de la hipótesis

En el artículo 104 de la LRJPAC («antecesor» del actual art. 108 LPACAP), no se establecía expresamente si la suspensión (cautelar) de la ejecución del acto objeto de revisión en él prevista era posible también en el cauce del artículo 103 de la LRJPAC (hoy art. 107 LPACAP). En ese contexto, quienes negaban que la declaración de lesividad implicase una decisión sobre el fondo del asunto, negaban también que el órgano competente para declarar la lesividad pudiera suspender la ejecución del acto objeto de revisión¹⁰. Así, se

⁸ Salvo error, la única mención (escueta) al respecto ha sido realizada por González Pérez (1950b, 65; 1958, p. 142), a la cual se hará referencia en el apartado 5 de este texto.

⁹ Sobre la eficiencia y los trámites procedimentales innecesarios, v. Vaquer (2011, pp. 116-117).

¹⁰ En la doctrina, v. *gr.*, Cuchillo (1998, p. 384) expuso que «las previsiones del artículo 104 de la LRJPA, relativas a la suspensión, [no] son aplicables al procedimiento de lesividad. Porque responden a la lógica de la institución revisora, fundamentada en la autotutela y su aplicación a la declaración de lesividad, alteraría radicalmente la lógica y la funcionalidad de dicha institución, basada justamente en la ausencia de poderes de tal índole». En igual sentido, Messeguer (2009, p. 122) y Blanco (2013, pp. 643-644).

vinculó la potestad de acordar dicha suspensión cautelar con la potestad resolutoria sobre el fondo del asunto (la revisión). Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta que, a diferencia del artículo 104 de la LRJPAC, el artículo 108 de la LPACAP sí faculta expresamente para «suspender la ejecución del acto» de cuya revisión se trate al «órgano competente para declarar [...] la lesividad», podría pensarse que este órgano también tiene potestad para resolver sobre el fondo del asunto.

Partiendo de este razonamiento, como primera hipótesis, se podría considerar que, mediante la declaración de lesividad, la Administración decide sobre la revisión del acto (el fondo del asunto), suspendiéndose la eficacia de esta decisión hasta su confirmación en el proceso de lesividad (a instancias de la misma Administración), salvo que «perjuicios de imposible o difícil reparación» para el interés general¹¹ aconsejen que la Administración inmediatamente suspenda (cautelaramente), ex artículo 108 de la LPACAP, la ejecución del acto objeto de revisión.

De esta forma, se reforzaría la posición del favorecido por el acto objeto de revisión, de forma congruente con la menor relevancia del interés que postula la revisión –la preservación de la legalidad–, al ser el acto meramente anulable¹². Al favorecido por el acto obje-

En la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 2 de noviembre de 1994, FD 4.º (rec. núm. 41/1992, pte. M. De Oro Pulido-López), se afirmó que la posibilidad de suspender cautelarmente el acto objeto de revisión, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos de revisión, no «se ha aplicado [...] a la declaración de lesividad [...]». Mientras en aquellos [otros] supuestos de revisión [...] es a la propia Administración a la que le corresponde la decisión final, y en consecuencia, ninguna dificultad existe para que, como medida cautelar, pueda decretar la suspensión del acto objeto de revisión, en la declaración de lesividad, por el contrario, la Administración carece de facultad resolutoria, correspondiéndole tan solo efectuar tal declaración para su posterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [...], siendo, por consiguiente, esta y no aquella la que debe decidir sobre la eliminación o no del acto de que se trate, razón por la cual será también la Jurisdicción y no la Administración, la que deberá resolver sobre la suspensión de dicho acto».

En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de LPACAP, se expone, con cita de la sentencia anteriormente reseñada, que, «siendo el órgano jurisdiccional quien debe decidir sobre la eliminación o no del acto de que se trate, es también el único que puede pronunciarse sobre la suspensión de dicho acto».

¹¹ Los «perjuicios de imposible o difícil reparación» que, ex artículo 108 de la LPACAP, legitiman la suspensión cautelar de la ejecución del acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, lo son, lógicamente, para el interés público (distinto del interés en la preservación de la legalidad).

¹² La menor relevancia del vicio de anulabilidad desde la perspectiva del interés en la preservación de la legalidad es admitida por la doctrina (v. Fernández Rodríguez [1969, p. 58], Beladiez [1994, pp. 164-165], Gallego y Menéndez *et al.* [2001, p. 227], Sánchez Morón [2015, pp. 565-566]) y por la jurisprudencia (v. STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 15 de octubre de 2008, FD 3.º [rec. núm. 9670/2004, pte. E. Cancer Lallane]; STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 16 de enero de 2015, FD 2.º [rec. núm. 5212/2011, pte. J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat]; STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, núm. 155/2017, de 2 de febrero, FD 5.º [rec. núm. 91/2016, pte. C. Tolosa Tribiño]). Cuestión distinta es la mayor o menor repercusión de estos vicios en el interés público distinto de la preservación de la legalidad (v. Sánchez Morón [2015, p. 566]).

to de revisión le resulta preferible combatir en vía contencioso-administrativa una decisión revisora de eficacia suspendida, pendiente de confirmación judicial (como sucedería en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, según la hipótesis planteada), que una decisión revisora inmediatamente eficaz, aunque pueda ser cautelarmente suspendida por el órgano jurisdiccional (como sucede en los demás cauces revisores del capítulo I del título V LPACAP). En el primer caso, el particular favorecido por el acto objeto de revisión puede, *en principio*, conservar inicialmente su situación individualizada, a diferencia de lo que sucede en el segundo caso. Pero no acaba aquí el reforzamiento de su posición¹³: en el primer caso, el *onus probandi* recae sobre la Administración, pues es la demandante que pretende la confirmación de su inicial decisión revisora¹⁴ (arg ex art. 217.2 LEC, ex DF 1.ª LJCA), mientras que en el segundo, el *onus probandi* recae sobre el interesado, pues es el demandante que pretende la anulación de la decisión revisora de la Administración.

2.2. Valoración

¿Encajan efectivamente las consecuencias de esta hipótesis en la configuración legal del cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP?

Si se aceptase dicha hipótesis, la Administración acudiría al proceso de lesividad pretendiendo la confirmación de su decisión revisora (formulada a través de la declaración de lesividad), a fin de que pudiese desplegar plenos efectos. Para estimar esta pretensión, la decisión revisora de la Administración tendría que ser conforme a Derecho y, a tal fin, bastaría con que los vicios de anulabilidad apuntados en la misma concudiesen efectivamente en el acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, de tal forma que en el proceso de lesividad únicamente se debatiría acerca de estos vicios. Por ello, cabría afirmar que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad se pronunciaría directamente sobre la decisión revisora de la Administración (formulada a través de la declaración de lesividad), y solo indirectamente (esto es, en la medida en que sea necesario para lo anterior) sobre la validez del acto objeto de revisión. En suma, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad no revisaría el acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, sino la decisión de la Administración de revisarlo.

Sin embargo, la configuración legislativa del cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP no responde a este modelo. La Administración acude al proceso de lesividad pretendiendo directamente la revisión del acto viciado¹⁵. Así es: la pretensión ejercitada por la Administra-

¹³ Cfr., Bocanegra (1998, p. 74).

¹⁴ V. Escuín (2004, pp. 107 y ss.).

¹⁵ En este sentido, González Pérez (1950b, pp. 58-59). También parece ser esta la postura sostenida por Guaita (1953, pp. 101 y ss., 182) y Escuín (2004, pp. 215 y ss.).

ción se refiere directamente a este acto (pues, ex art. 107.1 LPACAP, «las Administraciones Públicas podrán *impugnar* ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo *los actos favorables para los interesados que sean anulables*» –énfasis añadido–) y no a la declaración de lesividad (pues esta solo es, ex art. 107.2-II LPACAP, un «presupuesto procesal de admisibilidad de la acción») ¹⁶. Definida de esta manera la pretensión ejercitada por la Administración en el proceso de lesividad, para estimarla (o desestimarla) el órgano jurisdiccional tiene que analizar la validez *in toto* del acto sometido a revisión, de tal forma que puede pronunciarse sobre cualquier vicio que afecte al mismo, siempre que, claro está, sea alegado por las partes en el proceso de lesividad (*cf.* art. 33.1 LJCA). En definitiva, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad se pronuncia de forma directa y plena sobre la revisión del acto. Ello contradice las consecuencias a las que conduce la hipótesis anteriormente formulada, que, consecuentemente, debe ser rechazada.

En otro orden de consideraciones, tal y como se expondrá posteriormente (en el apartado 6.4), la atribución, ex artículo 108 de la LPACAP, de la potestad para «suspender la ejecución del acto» de cuya revisión se trate al «órgano competente para declarar la [...] lesividad», no se vincula necesariamente a la potestad para resolver sobre el fondo del asunto.

2.3. Observación adicional acerca de la extensión del enjuiciamiento del órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad sobre el acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP

Para reforzar el rechazo a la hipótesis planteada, es conveniente analizar críticamente la postura de quienes, aun sin aceptarla, estiman que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad solo puede pronunciarse sobre los vicios de anulabilidad apuntados por la Administración en la declaración de lesividad, aun cuando en el recurso de lesividad la Administración alegue otros ¹⁷.

¹⁶ Esta caracterización de la declaración de lesividad como presupuesto procesal del recurso de lesividad ya había sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia del TS anterior a la entrada en vigor de la LPACAP, *v. gr.*: STS, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 18 de junio de 2015, FD 3.^o (rec. núm. 2064/2013, pte. I. M. Huerta Garicano); STS, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 4 de junio de 2012, FD 6.^o (rec. núm. 3324/2009, pte. J. M.^a del Riego Valledor); STS, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 17 de octubre de 2011, FD 1.^o (rec. núm. 459/2010, pte. A. Puente Prieto). También se había manifestado en este sentido la doctrina: *v. gr.* Guaita (1953, p. 131), González Pérez (1958, p. 142) y Escuin (2004, p. 112).

¹⁷ En este sentido se manifiesta una línea jurisprudencial del TS. Así, en la STS, Sala 3.^a, Sección 2.^a, de 6 de mayo de 2010, FD 3.^o (rec. núm. 3775/2003, pte. J. A. Montero Fernández), partiendo «del carácter excepcional del proceso de lesividad y de las reglas generales de determinación de las pretensiones procesales», se concluye que, en el proceso de lesividad, «el Tribunal no puede conocer la integridad del acto recurrido jurisdiccionalmente, sino que debe limitarse a examinar el contenido propio de la declaración

Pues bien, esta postura es objetable, pues olvida que la consideración del proceso contencioso-administrativo como una casación está plenamente superada desde la LJCA 1956¹⁸, sin que exista ningún precepto en la actual LJCA que permita sostener lo contrario en el caso del proceso de lesividad¹⁹.

Y, en cualquier caso, no se divisa la razón que pudiera justificar esa restricción de los vicios de anulabilidad apreciables en el proceso de lesividad. Esta razón no puede ser la de evitar la causación de una situación de indefensión (contraria al art. 24.1 CE) al favorecido por el acto de cuya revisión se trata, que tiene la condición de demandado (*arg ex art. 21.1-b) LJCA*)²⁰ en el proceso de lesividad. Este conoce suficientemente la pretensión anulatoria de la Administración (*cf.* art. 31.1 LJCA) y las alegaciones que la sustentan (en esencia, los vicios de anulabilidad alegados por la Administración) a partir de la demanda (si se prefiere, recurso) de lesividad interpuesto por esta, y el ordenamiento jurídico-procesal ya cuenta con mecanismos (*v. gr.*, la *mutatio libelli*)²¹, que le protegen ante una posible indefensión

de lesividad concretado y desarrollado al ejercitar la acción de lesividad ante la jurisdicción». Y en la STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 10 de noviembre de 1998, FD 2.^o (rec. núm. 4437/1992, pte. V. Conde Martín de Hijas), se expone que «la declaración de lesividad, que es presupuesto del [...] proceso [de lesividad], y a la que la demanda debe ajustarse, tanto respecto del acto impugnado como respecto de las razones de su impugnación, según reiterada jurisprudencia, se refería al contrato entre el Ayuntamiento de Noya y la empresa OCTESA, y que el motivo de la declaración de lesividad fue en exclusiva el precio excesivo, y no el vicio al que se refiere la alegación que analizamos, ciertamente, también formulada en la demanda». Por tanto, la demanda o recurso de lesividad y, por ende, el objeto del proceso de lesividad tienen que ceñirse al acto declarado lesivo y a los vicios de anulabilidad apreciados en la declaración de lesividad.

Por su parte, en la doctrina, puede citarse a Cuchillo (1998, pp. 385-386), que expone que «la declaración del acto como lesivo abre la vía a su impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos y delimita, cuantitativa y cualitativamente, las posibilidades de la acción a postular [...]. La Administración no podrá formular, a lo largo del proceso contencioso [...], pretensiones que no se refieran a las cuestiones contempladas en la declaración de lesividad».

¹⁸ En el apartado II.2 de la exposición de motivos de la LJCA 1956 se expone que «el proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional». El término «casación» se emplea aquí como sinónimo de proceso en el que los poderes de cognición del órgano jurisdiccional se encuentran limitados en función de lo debatido en una instancia anterior. Como señala Guasp (1968, p. 803), en la casación, «el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieran los Tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados».

¹⁹ En este sentido, Escuín (2004, pp. 118-119; 2005, p. 260). Este autor recuerda que también es aplicable al proceso de lesividad el artículo 65.2 de la LJCA, que preceptúa lo siguiente: «Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello».

²⁰ *Vid.* Guaita (1953, pp. 83-139), González Pérez (1958, p. 137) y Escuín (2004, p. 209).

²¹ Esta vinculación entre la proscripción de transformaciones de la demanda (*mutatio libelli*) y la evitación de una indefensión del demandado está recogida en la jurisprudencia del TS: *v.* STS, Sala 3.^a, Sección 6.^a,

derivada de la introducción sorpresiva de nuevas cuestiones en el debate procesal²². Es la función de estos mecanismos la evitación de una situación de indefensión y no la de la declaración de lesividad.

Peor aún, si el acto objeto de revisión es de doble efecto o de efecto mixto²³, restringir el debate en el proceso de lesividad a los vicios de anulabilidad advertidos en la declaración de lesividad impide a los perjudicados por el acto alegar otros vicios de anulabilidad, privándoles de medios legítimos de defensa de sus intereses y, en esa medida, podría causarles una indefensión contraria a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)²⁴.

En suma, debe considerarse que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de lesividad se pronuncia de forma directa y plena sobre la revisión del acto sometido al cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP. Ello contradice las consecuencias a las que conduce la hipótesis anteriormente formulada, que, consecuentemente, debe ser rechazada. La búsqueda de la función de la declaración de lesividad deberá encaminarse, por tanto, hacia otra dirección.

3. La declaración de lesividad como institución funcionalmente similar al recurso de alzada

Habida cuenta de que tanto el recurso de alzada cuanto la declaración de lesividad son «una actuación previa e imprescindible al enjuiciamiento de un acto administrativo en sede jurisdiccional»²⁵, la función de la declaración de lesividad podría caracterizarse a imagen y semejanza de la función del recurso de alzada. Toca, pues, examinar un posible paralelismo funcional entre la carga de realizar una previa declaración de lesividad que se le impone a la Administración para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa sus actos (*cfr.*

de 22 de septiembre de 1997, FD 2.º (rec. núm. 12524/1991, pte. J. A. Xiol Ríos); STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, núm. 2348/2016, de 2 de noviembre de 2016, FD 2.º (rec. núm. 3020/2015, pte. J. A. Montero Fernández); STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, núm. 389/2017, de 7 de marzo de 2017, FD 5.º (rec. núm. 906/2016, pte. R. Fernández Valverde).

²² En esta dirección, Escuin (2004, pp. 119-120; 2005, pp. 260-261).

²³ Acto de doble efecto es aquel favorable para unos interesados y desfavorable para otros (v. García-Trevijano [1996, p. 428], Santamaría Arinas [2000, p. 453], Sánchez Morón [2015, p. 575]). Acto de efecto mixto es aquel favorable en unos aspectos y desfavorable en otros, para un mismo interesado (v. Santamaría Arinas [2000, p. 453]).

²⁴ Como señala Díez-Picazo Giménez (2011, p. 247), según la jurisprudencia constitucional, la indefensión contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) consiste en la «privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso».

²⁵ Cuchillo (1998, p. 380).

arts. 107.1 LPACAP y 43 LJCA) y la carga de interponer previamente el recurso de alzada (o lo que es igual, la carga de agotar la vía administrativa) que se le impone a los particulares cuando son estos los que efectúan la impugnación (*cf.* arts. 114 y 121.1 LPACAP y 25 LJCA).

3.1. La declaración de lesividad como garantía del funcionamiento jerarquizado de la administración

El recurso de alzada asegura que los escalones superiores de la «pirámide administrativa»²⁶ se pronuncian sobre la corrección del acto administrativo antes de que un litigio sobre su validez, instado por el interesado, llegue a la vía contencioso-administrativa, contribuyendo de esta forma a preservar la estructura jerarquizada de la Administración (*cf.* art. 103.1 CE)²⁷. Así lo avala su naturaleza preceptiva para la admisión de un eventual recurso contencioso-administrativo ulterior (*cf.* art. 25.1 LJCA)²⁸. Esa función del recurso de alzada no se ve cuestionada ni por el hecho de que el recurso de alzada sirva como instrumento de tutela, no solo en el ámbito de las relaciones de jerarquía, sino, más en general, en el de la desconcentración de competencias²⁹ (*cf.* arts. 84.5 TRLA y 227 RDPH), ni tampoco por el hecho de que, además de funcionar como instrumento de tutela, pueda cumplir también funciones garantistas para el interesado (*v. gr.*, habilitar una posible satisfacción preprocesal, por parte de la Administración, de su pretensión dirigida contra el acto, que le evite la necesidad de acudir al contencioso)³⁰.

Trazando un paralelismo con la función del recurso de alzada inicialmente identificada en el párrafo anterior, podría pensarse que la declaración de lesividad pretende asegurar que los escalones superiores de la «pirámide administrativa» se pronuncien sobre la co-

²⁶ Esta expresión en Gallego *et al.* (2001, p. 28). Estos autores citan al jurista alemán H. J. Wolff.

²⁷ Esta visión de la *ratio* del recurso administrativo de alzada y del correspondiente presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa es defendida, *v. gr.*, por Garrido (1998, p. 263): «La exigencia de que los actos recurribles pongan fin a la vía administrativa [...] es una consecuencia de la organización jerárquica de la Administración Pública: no se debe acudir a los Tribunales hasta conocer el criterio de aquella expresado por el superior jerárquico con competencia en una determinada rama de la Administración. Esta es una finalidad [...] del recurso ordinario en vía administrativa [tras la reforma del 1999, denominado recurso de alzada]». En similar sentido, Gallego y Menéndez *et al.* (2001, p. 322) y Baño (2016, p. 648-649).

²⁸ Como ha señalado Sánchez Morón (2015, p. 849), «si el recurso de alzada se [...] mantiene como preceptivo es porque se sigue considerando un instrumento necesario de control jerárquico» (en igual sentido, Gallego y Menéndez *et al.* [2001, p. 322]). Todo ello, claro está, *de lege lata*. Cuestión distinta es si, *de lege ferenda*, debe mantenerse la obligatoriedad del recurso de alzada para preservar ese control jerárquico.

²⁹ Así, Gallego *et al.* (2001, p. 87).

³⁰ Así, Garrido (1998, p. 263) señala que también es una finalidad del recurso de alzada «la posibilidad de que el particular obtenga satisfacción a sus pretensiones sin necesidad de tener que acudir a los Tribunales». En este sentido, también, Baño (2016, p. 648-649).

rección del acto antes de que un litigio que verse sobre su validez, instado esta vez por la propia Administración, llegue a la vía contencioso-administrativa, salvaguardando la jerarquía intradministrativa³¹. Ciertamente, la competencia para declarar la lesividad (cfr. art. 111 LPACAP y arts. 22.2 k) y 33.2 j) LBRL) se confiere a los superiores jerárquicos (salvo en el caso de actos emanados del Consejo de Ministros y del pleno de ayuntamientos y diputaciones provinciales, precisamente porque estos órganos se sitúan en la cúspide del Poder Ejecutivo en el ámbito estatal y local).

Sin embargo, esta hipótesis no puede admitirse. Supone olvidar que, en realidad, es el artículo 20 a) de la LJCA, al impedir recurrir «contra la actividad de una Administración pública» a «los órganos de la misma», la disposición que impide que los inferiores jerárquicos puedan acudir al contencioso a impugnar las decisiones de sus superiores para zafarse del respeto a estas que les impone el principio de jerarquía intradministrativa³² (con independencia de que este precepto *también* pueda cumplir otras funciones)³³. Eso sí, el recurso de lesividad, al dirigirse contra actos emanados de la Administración recurrente, podría socavar este objetivo inspirador del artículo 20 a) de la LJCA, en caso de no repartirse adecuadamente la competencia para declarar la lesividad. Y, por todo ello, lo razonable es señalar que la preservación de la jerarquía administrativa solo explica el reparto competencial para declarar la lesividad, sin que sea la función propiamente dicha de la declaración de lesividad.

³¹ González Pérez y González Navarro (2007, p. 2548) señalan que «no ha faltado quien ha creído que, mientras quepa recurso jerárquico, no puede utilizar la Administración el proceso de lesividad».

³² El TS no se ha pronunciado aún en este sentido. Sin embargo, el artículo 20 a) de la LJCA también prohíbe accionar contra a los miembros de órganos colegiados contra los actos de un Administración pública en la que se encuadran, y al respecto sí lo ha justificado en «el designio legal de que las decisiones de los órganos administrativos [colegiados] se adopten en su seno de acuerdo con las reglas de mayoría aplicables [cfr. art. 17.5 LRJSP], sin que los debates propios de la sede administrativa se trasladen al ámbito jurisdiccional» (STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 20 de mayo de 2013, FD 2.º [rec. núm. 6027/2009, pte. J. Huelín Martínez de Velasco]). En igual sentido, la STS, Sala 3.ª, Pleno, núm. 2580/2016, de 12 de diciembre de 2016, FD 11.º (rec. núm. 188/2015, pte. J. Cudero Blas) y el voto particular a la misma formulado por los magistrados Díez-Picazo Giménez y Huerta Garicano (ap. II). En otro plano, cabe destacar que ninguna de las dos prohibiciones para accionar contenidas en el art. 20 a) de la LJCA es aplicable si los concernidos por las mismas tienen un interés legítimo personal en el asunto (v. STS, Sala 3.ª, Sección 8.ª, de 8 de noviembre de 2010, FD 2.º [rec. núm. 127/2009, pte. J. Díaz Delgado]; STS, Sala 3.ª, Pleno, n.º 2580/2016, de 12 de diciembre de 2016, FD 11.º [rec. núm. 188/2015, pte. J. Cudero Blas]).

³³ El precepto ahora considerado *también* evita que la misma Administración sea demandada y demandante en un mismo proceso contencioso-administrativo (principio de dualidad de partes). No responde, en cambio, a la falta de personalidad jurídica de los órganos (cfr., STS, Sala 4.ª, Sección 1.ª, de 4 de junio de 1979, cdo. 1.º [pte. J. Gabaldón López]; STS, Sala 4.ª, Sección 1.ª, de 11 de marzo de 1988, FD 3.º [pte. J. M.ª Reyes Monterreal]). Efectivamente, esta falta de personalidad jurídica se suple imputándose directamente su actuación a la organización personificada en la que se integran (v. Gallego *et al.* [2001, p. 23]).

3.2. La declaración de lesividad como mecanismo de conciliación preprocesal

Sin embargo, el rechazo de esta primera hipótesis no agota todas las posibilidades de estudio que ofrece el paralelismo entre la declaración de lesividad y el recurso de alzada.

Así, como segunda hipótesis, podría estimarse que, al igual que sucede con el recurso de alzada (v. apartado 3.1), el procedimiento administrativo de lesividad tiene la finalidad de permitir una satisfacción preprocesal de la pretensión anulatoria de la Administración, que evite el proceso de lesividad. En este sentido, se ha sostenido que, habida cuenta de que la revisión en vía contencioso-administrativa ex artículos 107 de la LPACAP y 43 de la LJCA se establece como garantía para el favorecido por el acto (v. apartados 2.1 y 4), si este se conforma expresamente, la Administración puede revisar por sí misma el acto, produciéndose la terminación anticipada del procedimiento administrativo de lesividad por renuncia del interesado, siendo innecesario acudir al proceso de lesividad³⁴.

Además, esta consideración del procedimiento administrativo de lesividad como una suerte de conciliación preprocesal sería coherente con: a) la naturaleza preceptiva del trámite de audiencia en el mismo (art. 107.2-II LPACAP), pues este trámite permite al favorecido por el acto conformarse a la anulación, y b) la ubicación de la regulación procesal de la declaración de lesividad (art. 43 LJCA) en la misma sección que el mecanismo de resolución extrajudicial (preprocesal) de conflictos entre Administraciones públicas del artículo 44 de la LJCA³⁵.

Sin embargo, esta segunda hipótesis tampoco puede admitirse: no cabe la satisfacción preprocesal de la pretensión anulatoria de la Administración³⁶. La Administración fue privada de la potestad de revisar de oficio sus actos favorables por vicios de anulabilidad desde la Ley 4/1999³⁷ y este desapoderamiento no puede suplirse por una conformidad del favorecido por un acto de esta clase a la revisión del mismo pretendida por la Administración³⁸.

³⁴ V. el Dictamen de la Abogacía del Estado de 14 de diciembre de 2004.

³⁵ Esta calificación de las diligencias preliminares reguladas en el artículo 44 de la LJCA en Malaret (1998, p. 387).

³⁶ De acuerdo, García de Enterría (1954, p. 150).

³⁷ De forma tajante, se señala en el apdo. V de la exposición de motivos de la Ley 4/1999 (de la cual proviene, en sus líneas maestras, el actual sistema de la lesividad contenido en el art. 107 LPACAP), que, «en cuanto a los actos anulables, se elimina la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103, con lo que se obliga a la Administración pública a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos».

³⁸ Al margen de la polémica en torno a la vinculación positiva de la Administración a la ley (v. Muñoz Machado [2006, 404 y ss. y 525 y ss.]), cabe señalar que, a diferencia del derecho subjetivo, «la potestad [administrativa] no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento» (García de Enterría y Fernández, 2013a,

Esta conformidad es, en realidad, una renuncia a los derechos o facultades que le confiere el acto, que no produce necesariamente efectos similares a la revisión, pues: a) no siempre cabe la renuncia a los derechos conferidos por acto administrativo (*cf.* art. 3 TRLGSS); b) si hay una pluralidad de favorecidos por el acto, la renuncia de uno no puede perjudicar a los demás (*cf.* art. 6.2 CC), y c) en caso de que el acto sea de doble efecto o de efecto mixto³⁹, la renuncia de los favorecidos no es un título jurídico que autorice la retroacción de sus efectos desfavorables en favor de los perjudicados por el acto. Y, en cualquier caso, el procedimiento administrativo de lesividad no puede terminar por una renuncia del favorecido por el acto objeto de revisión a los derechos que este le confiere. La renuncia del interesado solo provoca la terminación anticipada del procedimiento administrativo cuando se trate de «la renuncia al derecho en que se funde la solicitud» (art. 84.1 LPACAP), sin que, por tanto, produzca ese efecto en los procedimientos iniciados de oficio⁴⁰, entre los que se encuentra, necesariamente, el de lesividad (por la supresión de la «acción de anulabilidad» desde la Ley 4/1999)⁴¹.

Siendo infructuosa la búsqueda de un posible paralelismo funcional entre la declaración de lesividad y el recurso de alzada, las miradas deberán dirigirse hacia otra dirección.

4. La declaración de lesividad como manifestación de la legitimación de la Administración para accionar en el proceso de lesividad

Para formular la siguiente hipótesis, cabe partir del apartado V de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, que señala que, en el cauce revisor del entonces artículo 103 de la LRJPAC y actual artículo 107 de la LPACAP, se «coloca [a la] Administración y [los] ciudadanos en una posición equiparable».

Esta «equiparación» podría referirse a una hipotética igualdad en el acceso al contencioso-administrativo. Sin embargo, aunque es cierto que el plazo de dos meses para interponer recurso contencioso-administrativo rige para la Administración y los particulares

p. 486]). Cuestión distinta es que tales hechos puedan formar parte del supuesto de hecho del ejercicio de la potestad.

³⁹ Sobre la noción de acto de efecto mixto y de acto de doble efecto, v. apartado 2.3.

⁴⁰ En este sentido, García de Enterría y Fernández (2013b, p. 524).

⁴¹ La caracterización del procedimiento administrativo de lesividad como un procedimiento iniciado de oficio en todo caso se deriva de la supresión de la llamada acción de anulabilidad desde la Ley 4/1999. Nuevamente, es obligada la cita del apdo. V de la exposición de motivos de la Ley 4/1999: «En cuanto a los actos anulables, se elimina [...] la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen esta vía que había desnaturalizado por concepto el régimen de los recursos administrativos».

(*cf.* art. 46.1 y 5 LJCA)⁴², no es menos cierto que mientras que la Administración dispone de cuatro años para declarar la lesividad (*cf.* art. 107.2-I LPACAP), los particulares únicamente disponen de un mes para interponer el recurso de alzada (*cf.* art. 122.1 LPACAP)⁴³.

La «equiparación» a la que alude el legislador va referida a la igualdad entre la Administración y los favorecidos por el acto de cuya revisión se trate en el proceso de lesividad. Ello adquiere pleno sentido comparando el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP con los demás del capítulo I del título V LPACAP. En estos, la Administración está investida de autotutela, revisando por sí sola el acto, mientras que en el del artículo 107 de la LPACAP no goza de autotutela, debiendo acudir al proceso de lesividad. Así, en el primer caso, cuando revisa, la Administración se coloca como *potentior persona* (sin perjuicio de que en el ulterior proceso en el que se cuestione la validez de su decisión revisora exista igualdad entre las partes), en tanto que, en el segundo, cuando se produce la revisión (en el proceso de lesividad), Administración e interesados están en igualdad de condiciones⁴⁴. Ello no supone desconocer la diferente condición procesal de la Administración y del favorecido por el acto sometido a revisión en el proceso de lesividad (demandada y demandante, respectivamente, con sus consecuencias: *v. gr.*, el *onus probandi* recae sobre la Administración, *ex art.* 217.2 LEC y DF 1.^a LJCA)⁴⁵, sino que se trata de la manifestación, en el proceso de lesividad, del principio de igualdad entre las partes procesales (consagrado *ex arts.* 14 y 24 CE)⁴⁶.

Entendida así la «equiparación» que propugna el legislador, si la legitimación de una parte en el proceso de lesividad depende de la titularidad de una clase de interés, lo mismo sucederá para la otra, *mutatis mutandi*. *Ex* artículo 21.1 b) de la LJCA, solo están legitimados pasivamente los particulares «cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones de [la] demandante»⁴⁷. Por ello, la legitimación activa de la Administración vendrá determinada por una lesión a los intereses que sirve, causada por el acto sometido a revisión. Pues bien, estos intereses son, *ex art.* 103.1 de la CE, los «intereses generales», distintos de la mera preservación de la legalidad⁴⁸, pues este

⁴² V. Escuín (2004, p. 243).

⁴³ V. Escuín (2004, p. 136).

⁴⁴ Ello implica, que, para la Administración, el sistema de la lesividad no supone ningún privilegio (*v.* García de Enterría, 1956, p. 70) y, para el favorecido por el acto de cuya revisión se trate, una garantía (otras garantías: *v.* apartado 2.1).

⁴⁵ V. Escuín (2004, pp. 107 y ss.).

⁴⁶ V. STC núm. 140/1994, FJ 4.º, pte. J. D. González Campos; STC núm. 169/2005, FJ 3.º, pte. E. Pérez Vera.

⁴⁷ V. Escuín (2004, p. 209).

⁴⁸ V. STC núm. 340/1993, FJ 5.º, pte. J. D. González Campos; STC núm. 236/2015, FJ 5.º, pte. A. Asúa Batarrita.

precepto distingue entre el deber de la Administración de servir «con objetividad los intereses generales» y el principio de legalidad administrativa⁴⁹.

Sentado lo anterior, cabría considerar, como hipótesis, que la declaración de lesividad sirve para exteriorizar la legitimación activa exigida a la Administración en el proceso de lesividad.

Sin embargo, ello no es convincente. ¿Es razonable o eficiente exigir, a estos solos efectos, un previo procedimiento administrativo, con un trámite de audiencia preceptivo (*cf.* art. 107.2 I LPACAP)? Y, aunque lo fuese, ¿por qué no hay una exigencia similar en otros casos en los que, para accionar, la Administración debe acreditar un interés distinto de la mera preservación de la legalidad (*v.* art. 19.1-c), d), e) y g) LJCA)? No hay una especial necesidad de exteriorización preprocesal de la legitimación activa de la Administración en el proceso de lesividad. Al favorecido por el acto de cuya revisión se trata (demandado: *arg* ex art. 21.1 b) LJCA)⁵⁰ no se le causa indefensión en caso contrario: para que pueda cuestionar la legitimación activa alegada por la Administración, es suficiente con la exteriorización de esta en el recurso de lesividad⁵¹.

Por tanto, la exteriorización de la legitimación activa exigida a la Administración en el proceso de lesividad no es la función de la declaración de lesividad en el sistema de la lesividad. Pero ello no desmerece la explicación anteriormente efectuada acerca del tratamiento de la legitimación activa de la Administración en este contexto, que sí influye en la explicación del régimen normativo de la declaración de lesividad (*v.* apartados 6.3 y 6.4).

5. La declaración de lesividad como garantía de la seriedad del recurso de lesividad

Podría pensarse que el procedimiento administrativo de lesividad exigido por el artículo 107 de la LPACAP persigue que la Administración evalúe la pertinencia de impugnar sus actos por vicios de anulabilidad, siendo una garantía de la seriedad de dicha impugnación⁵².

⁴⁹ Así, se acepta la tesis de la doble lesión, según la cual la revisión ex artículo 107 de la LPACAP exige una lesión al ordenamiento jurídico determinante de una anulabilidad y una lesión al interés público (distinto de la preservación de la legalidad). Al respecto, *v.* apartado 6.3.

⁵⁰ V. Guaita (1953, 83-139), González Pérez (1958, p. 137) y Escuin (2004, p. 209).

⁵¹ Ya se hizo una argumentación similar para rechazar la primera hipótesis formulada en este trabajo, en el apartado 2.3.

⁵² Esta parece ser la tesis defendida por González Pérez (1958, p. 142), que señala que «el fundamento de la declaración de lesividad está en que, siendo el proceso de lesividad excepcional, se quiere asegurar que la Administración, antes de iniciarlo, está convencida de la lesión, obligándola a dictar formalmente

Y, en este sentido, puede señalarse que el artículo 1.3 d) del RD 997/2003 establece que corresponde al Servicio Jurídico del Estado «el informe de los expedientes que se incoan para declarar lesivos a los intereses públicos los actos de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos o de los demás organismos y entidades públicos a las que asista jurídicamente el mencionado órgano directivo, a efectos de la interposición, en su caso, del correspondiente recurso contencioso-administrativo [énfasis añadido]».

Sin embargo, para garantizar la seriedad de la impugnación por la Administración de sus actos, bastaría con imponer, con carácter previo a la interposición del recurso de lesividad, la carga de recabar el informe de un órgano especializado sobre la pertinencia del mismo, siendo innecesario tramitar todo un previo procedimiento administrativo en el que, además, el trámite de audiencia es preceptivo (cfr. art. 107.2-I LPACAP). Así, cuando el presidente del Gobierno (cfr. arts. 162.1 a) CE y 31.2 a) LOTC) impugna disposiciones y resoluciones de órganos autonómicos ante el Tribunal Constitucional, únicamente se le impone, en cuanto aquí interesa, la carga de recabar previamente un dictamen del Consejo de Estado (cfr. art. 22.6 LOCE) sobre la pertinencia de la impugnación proyectada.

Por tanto, garantizar la seriedad de la impugnación por la Administración de sus actos no puede ser la función principal del procedimiento administrativo de lesividad (y de la declaración de lesividad), sino, a lo sumo, una accesoria (v. apartado 7).

6. El procedimiento administrativo de lesividad como institución auxiliar del proceso de lesividad

6.1. Planteamiento

Si la declaración de lesividad no es una decisión sobre el fondo del asunto (v. apartado 2), ni sirve a una finalidad interna de la Administración que pretenda la revisión de sus propios actos (pues ni tiene como cometido *principal* la preservación de su estructura jerarquizada –v. apartado 3.1–, ni tiene por función *principal* garantizar su acierto al impugnar los actos –v. apartado 5–), ni habilita un trámite de conciliación preprocesal (v. apartado 3.2), ni tiene por función *principal* exteriorizar la legitimación exigida a la Administración para accionar en el proceso de lesividad (v. apartado 4), entonces, para evitar que esta institución sea una mera formalidad estéril, cabe considerar que cumple una función auxiliar del proceso

tal declaración». Aunque este autor se refiere únicamente a que la Administración «esté convencida de la lesión», comoquiera que acepta la tesis de la doble lesión (al interés público –distinto del interés en la preservación de la legalidad– y al ordenamiento jurídico: v. González Pérez [1958, p. 144]), esa mención al «convencimiento de la lesión» también va referida a la infracción del ordenamiento jurídico cometida por el acto administrativo.

de lesividad, si se prefiere, de la decisión revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente, ello concuerda con el hecho de que, históricamente, la declaración de lesividad únicamente se ha exigido cuando la decisión sobre la revisión se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. arts. 110.1 LPA 1958, 103.2 LRJPAC 1992-1999 y 103 LRJPAC 1999-2015).

Así las cosas, es obligado preguntarse: ¿en qué aspecto puede necesitar un auxilio la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de revisar los actos favorables por vicios de anulabilidad que le atribuyen los artículos 107.1 de la LPACAP y 43 de la LJCA? Pues bien, dos son los aspectos que la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá que soportar al ejercer tal potestad: por un lado, la concurrencia de un vicio de anulabilidad en el acto de cuya revisión se trate y, por otro lado, la aplicación del artículo 110 de la LPACAP («límites de la revisión»)⁵³, que impide el ejercicio de la potestad revisora⁵⁴. Dedicándose la Jurisdicción contencioso-administrativa a controlar «la legalidad de la actuación administrativa» (art. 106.1 CE), no necesita ninguna ayuda para lo primero, por lo que el aspecto problemático ha de ser la aplicación del artículo 110 de la LPACAP.

Así, es necesaria una comprensión del funcionamiento del artículo 110 de la LPACAP para identificar la función de la declaración de lesividad. Pero, al propio tiempo, la forma en la que se aplica el artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP no puede ser ajena a la problemática que plantea la articulación bifásica de este. Y, por tanto, la forma en la que se aplica el artículo 110 de la LPACAP en este ámbito dependerá de la caracterización de la función de la declaración de lesividad. En suma, la identificación de la función de la declaración de lesividad y la determinación de la forma en la que ha de aplicarse el artículo 110 de la LPACAP en este ámbito son cuestiones fuertemente entrelazadas. Ante esta situación, la estructura del análisis será la siguiente: a) se comen-

⁵³ El artículo 110 de la LPACAP resulta aplicable a las «facultades de revisión» (primer requisito), que estén «establecidas» en el capítulo I del título VII LPACAP (segundo requisito). Son dos, pues, los requisitos para su aplicación. ¿Se cumplen en el caso del cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP? Si se tiene en cuenta que en el artículo 110 de la LPACAP no se anuda el calificativo «de oficio» a la «revisión» y, por ende, las «facultades de revisión» a las que se refiere no tienen que ser necesariamente ejercitadas por la Administración, cabe afirmar que el primero de los requisitos antecitados se cumple (recuérdese que, como se ha visto en el apartado 1, en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, la revisión se ejerce en puridad por la jurisdicción contencioso-administrativa). Estando situado el artículo 107 de la LPACAP en el capítulo I del título VII LPACAP, también se cumple el segundo requisito. En suma: el artículo 110 de la LPACAP es aplicable en el contexto del cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP.

⁵⁴ Como señalan Gallego y Menéndez *et al.* (2001, p. 294), el órgano competente para la revisión «debe motivar no solo la existencia de un motivo de revisión, sino también la inaplicabilidad al caso de los límites establecidos en el artículo 106 [LRJPAC, hoy artículo 110 de la LPACAP]». La jurisprudencia del TS también ha de destacado la importancia de valorar la aplicación del actual artículo 110 de la LPACAP a la hora de proceder al ejercicio de las potestades de revisión. En este sentido, puede citarse la STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, núm. 1540/2017, de 11 de octubre, FD 2.º (rec. núm. 2189/2016, pte. J. A. Montero Fernández).

zará efectuando las reflexiones acerca del artículo 110 de la LPACAP que sean necesarias para identificar la función de la declaración de lesividad; b) sobre esta base, se expondrá la función de la declaración de lesividad, y c) finalmente, se examinará la forma en la que se aplica el artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP.

6.2. Algunas reflexiones acerca del artículo 110 de la LPACAP

El artículo 110 de la LPACAP tiene una doble virtualidad: por un lado opera como norma primaria, identificando los supuestos en los que el ejercicio de una potestad revisora es contrario a Derecho («cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes») y, por otro lado, funciona como norma secundaria, mencionando (lacónicamente) las consecuencias que acarrea dicha ilicitud («las facultades de revisión establecidas en este capítulo no podrán ser ejercidas»)⁵⁵. A efectos de la problemática planteada en el apartado 6.1, únicamente interesa la naturaleza del artículo 110 de la LPACAP como norma primaria.

En este marco, siguiendo una interpretación literal del precepto, en el análisis del artículo 110 de la LPACAP podría ponerse el énfasis en las cláusulas limitativas incluidas al final del mismo. Desde esta perspectiva, se trataría simplemente de examinar si el ejercicio de la potestad revisora, «por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias», es contraria «a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»⁵⁶. Pero esta postura presenta insuficiencias en la explicación del artículo 110 de la LPACAP. ¿Por qué se exige específicamente en el artículo 110 de la LPACAP que la revisión no sea contraria a la buena fe, si, ex artículo 3.1-II-e) LRJSP, la Administración ya está obligada a respetar el principio de buena fe en su actuación? ¿Por qué se exige específicamente en el artículo 110 de la LPACAP que la revisión no sea contraria al «derecho de los particulares», si una lesión de estos ya constituye una infracción del ordenamiento jurídico (al vulnerar la norma primaria que establece el derecho lesionado), tipificada como vicio de anulabilidad ex artículo 48.1 de la LPACAP? ¿Por qué se exige específicamente en el artículo 110 de la LPACAP que la revisión no sea contraria a «las leyes», si ello ya se deduce

⁵⁵ Esta caracterización de normas primarias y normas secundarias es utilizada en un sentido similar en la teoría del Derecho. Por ejemplo, Ferrajoli (2011, p. 640) señala que «norma primaria es toda norma deóntica cuya inobservancia sea un acto inválido o un acto ilícito», siendo una «norma secundaria» toda aquella «norma hipotético-deóntica cuya observancia consista en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito».

⁵⁶ Expone Parejo Alfonso (2013, p. 488) que «[se distinguen] en la estructura del artículo 106 de la LRJPAC [actual art. 110 LPACAP] dos partes. La de los presupuestos que justifican la limitación del ejercicio de la potestad revisora y la de los límites de esta, que son la equidad, la buena fe y el derecho de los particulares y [...] las leyes».

del principio de «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» recogido en el artículo 48.1 de la LPACAP 103.1 de la CE, al margen de que, naturalmente, la conculcación de las «leyes» ya supone una infracción del ordenamiento jurídico tipificada como vicio de anulabilidad ex artículo 48.1 de la LPACAP? Desde esta perspectiva, pues, parece que la única regla con una relevancia autónoma contenida en el artículo 110 de la LPACAP sería la alusión a la equidad⁵⁷.

Tampoco se solventan estas insuficiencias si se hace gravitar el estudio del artículo 110 de la LPACAP en torno al principio de seguridad jurídica y su corolario, el principio de confianza legítima. Es cierto que estos principios no son, ni mucho menos, irrelevantes en este contexto (la revisión de un acto supone el cuestionamiento de la situación generada a su amparo)⁵⁸, pero no es menos cierto que la Administración ya está obligada, ex artículo 9.3 de la CE, a respetar el principio de seguridad jurídica y que el artículo 3.1.II e) de la LRJSP ya le impone el respeto al principio de confianza legítima. Por ende, esta perspectiva también condenaría al artículo 110 de la LPACAP a ser un mero recordatorio de reglas ya contenidas de otros preceptos.

Para hacer frente a las insuficiencias reseñadas y conceder una verdadera sustantividad al artículo 110 de la LPACAP, es conveniente alterar la perspectiva de estudio. Así, es razonable considerar que este precepto tiene como trasfondo un conflicto de intereses entre, por un lado, el interés que justifica el ejercicio de la potestad revisora, y, por otro lado, los que, *en teoría* (cuestión distinta es lo que pueda suceder en un caso concreto), podrían oponerse a su ejercicio (o lo que es igual, que podrían resultar perjudicados a raíz del ejercicio de la potestad revisora). Este conflicto se debe resolver, lógicamente, a través de la ponderación⁵⁹. Pues bien, es razonable sostener que el artículo 110 de la LPACAP pretende, precisamente, regular la forma en la que ha de efectuarse dicha ponderación. Por un lado, enumera las circunstancias a tener en cuenta para valorar dichos intereses («cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias») y, por otro lado, establece una serie de parámetros jurídicos para guiar dicha valoración («la equidad,

⁵⁷ En este sentido, con matices, Sala (1974, pp. 283-284), si bien refiriéndose al artículo 112 de la LPA 1958.

⁵⁸ V. STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 30 de septiembre de 2009, FD 2.º (rec. núm. 2953/2006, pte. A. Puente Prieto).

⁵⁹ Señala Rodríguez de Santiago (2000, p. 9) que «un órgano estatal (en sentido amplio) tiene que ponderar cuándo debe adoptar una decisión en la que ha de tener en cuenta dos o más principios, bienes, valores, intereses, eventuales perjuicios, etc., contrapuestos». En lo subsiguiente, partiré de la explicación metodológica de la ponderación propuesta por Rodríguez de Santiago (2000, pp. 48 y 121), que señala que la ponderación, «como forma o método de argumentar decisiones en Derecho» (ponderación entendida como «procedimiento»), exige la realización «de tres fases sucesivas: se trata, en primer término, de identificar los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto; en segundo lugar, debe atribuirse a cada uno de ellos el peso o la importancia que le corresponda, en atención a las circunstancias del caso; y, por último, hay que decidir sobre la prevalencia de uno (o unos) sobre el otro (o los otros)». En similar sentido, Rodríguez de Santiago (2016, pp. 134-139).

a la buena fe, al derecho de los particulares, o a las leyes»⁶⁰. Con todo, un estudio detallado para desarrollar esta idea no procede aquí por razones de brevedad.

En el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, el conflicto se produciría, *en teoría*, entre el interés en la preservación de la legalidad, que justifica el ejercicio de la potestad revisora (se trata de un cauce de revisión de actos administrativos por vicios de anulabilidad), y otros intereses que podrían no ponerse al ejercicio de la misma, a saber, el interés público (distinto de la preservación de la legalidad) y el personal del beneficiado por el acto de cuya revisión se trate. Sin embargo, como se verá a continuación (v. apartado 6.3), *en la práctica*, el legislador exige que la Administración acredite una efectiva lesión al interés público (distinto de la preservación de la legalidad) para obtener la revisión del acto ex artículo 107 de la LPACAP, por lo que, en realidad, el conflicto de intereses que subyace a la aplicación del artículo 110 de la LPACAP se producirá en este cauce revisor entre: a) por un lado, el interés en la preservación de la legalidad y el interés público (distinto de aquel), que justifican la revisión y, b) por otro lado, el personal de los interesados en el acto, que se opone a la revisión.

6.3. Sobre la exigencia de una efectiva lesión al interés público

Partiendo de esta premisa, ya podría pasarse a identificar la función de la declaración de lesividad. Antes de ello, sin embargo, es conveniente detenerse en las razones por las que se ha señalado anteriormente que el legislador exige que la Administración acredite una efectiva lesión al interés público distinto de la preservación de la legalidad⁶¹ (sin que sea necesario que esa lesión sea de naturaleza económica) para obtener la revisión ex artículo 107.1 de la LPACAP⁶², al existir posturas discrepantes al respecto (según las cuales

⁶⁰ Con diferencias de matiz, también conciben el artículo 110 de la LPACAP como un precepto dedicado a regir el juicio ponderativo entre distintos intereses concurrentes que se plantea en el ejercicio de potestades de revisoras: Gallego y Menéndez *et al.* (2001, p. 294), pues exponen que «parece correcto afirmar que la función de esos límites [los del hoy art. 110 LPACAP] sobre las ventajas que para el interés público tendría la eliminación del acto susceptible de revisión y las que reportaría su mantenimiento, así como la situación del particular afectado y, en concreto, su actuación conforme a las exigencias de la buena fe».

⁶¹ También debería analizarse si debe ser «de la misma clase que el perseguido por el acto que se anula» (a favor, Bocanegra [1998, 109]). Ello debería analizarse a la luz de las reglas contenidas en el artículo 110 de la LPACAP. Sin embargo, como ya se ha dicho, un estudio detallado de la forma en la que el artículo 110 de la LPACAP rige la ponderación de intereses que plantea el ejercicio de potestades de revisión excede del objeto de este texto.

⁶² De acuerdo, en la doctrina: Cuchillo (1998, pp. 380, 382 y 385), Bocanegra (1998, p. 106), De la Quadra-Salcedo (1999, pp. 246 y ss.), Parada (2013, p. 115), Blanque (2013, p. 641), Sánchez Morón (2015, p. 578) y Carbonell (2017, pp. 2.259 y 2.268-2.269). Y en la jurisprudencia: v. STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 1 de abril de 2009, FD 4.º (rec. núm. 3191/2005, pte. E. Cancer Lalanne); STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 6 de mayo de 2010, FD 4.º (rec. núm. 3775/2003, pte. J. A. Montero Fernández); STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 16 de julio de 2012, FD 5.º (rec. núm. 5020/2009, pte. J. M.ª del Riego Valledor); STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 18 de junio de 2015, FD 3.º (rec. núm. 2064/2013, pte. I. M. Huerta Garicano).

la mera infracción del ordenamiento jurídico supone, *per se*, la lesión al interés público exigida por el art. 107.1 LPACAP)⁶³.

Pues bien, en primer lugar, la caracterización del interés público cuya lesión se exige ex art. 107.1 LPACAP para obtener la revisión de actos favorables como un interés distinto de la preservación de la legalidad es también coherente con el tratamiento de la legitimación activa exigida a la Administración para impetrar el proceso de lesividad (v. apartado 4).

En segundo lugar, debe señalarse que la alusión al «interés público» en el artículo 107.1 de la LPACAP debe entenderse referida al interés público distinto de la preservación de la legalidad, por coherencia con la interpretación de la mención al «interés público» en el artículo 109.1 de la LPACAP. Cuando en el artículo 109.1 de la LPACAP, se exige que la «revocación» no «sea contraria al [...] interés público», este no es la preservación de la legalidad⁶⁴, pues de lo contrario esta exigencia sería redundante en relación con la prohibición de que la «revocación [...] sea contraria al [...] ordenamiento jurídico», también contenida en mismo precepto. Siendo ello así, ¿por qué ha de ser distinta la interpretación de la alusión al interés público contenida en el artículo 107.1 de la LPACAP?

En relación con lo anterior, es conveniente resaltar que la alusión al artículo 109.1 de la LPACAP es pertinente, pues aquí se parte de la base de que el artículo 109.1 de la LPACAP sí contempla la eliminación de oficio de actos desfavorables por vicios de anulabilidad⁶⁵. Ello no por una determinada comprensión del término «revocación», pues este carece de un significado preciso en la legislación⁶⁶ y en la doctrina⁶⁷, sino por la exigencia, contenida en el artículo 109.1 de la LPACAP, de que la «revocación» no «sea contraria [...] al interés público». Esta exigencia no tiene sentido cuando la eliminación de oficio no se produce por razones vinculadas a la preservación de la legalidad, pues, en estos supuestos, la toma en

⁶³ Así, García de Enterría y Fernández (2013a, p. 707), postura respaldada por una antigua línea jurisprudencial: v. STS, Sala 4.ª, Sección 4.ª, de 14 de marzo de 1980 (pte. J. Gabaldón López); STS, Sala 4.ª, Sección 1.ª, de 22 de enero de 1988, FD 1.º (pte. J. S. Ruiz Pérez).

⁶⁴ De acuerdo: STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 14 de octubre de 1996, FD 7.º (rec. núm. 151/1991, pte. E. Escusol Barra); STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 8 de febrero de 2011, FD 2.º (rec. núm. 503/2008, pte. J. Díaz Delgado).

⁶⁵ En la doctrina parece mayoritaria esta postura (v. *gr.*, García-Trevijano [1996, pp. 423 y ss.], Santamaría Arinas [2000, pp. 454 y ss.], García de Enterría y Fernández [2013a, p. 708-709], Sánchez Morón [2015, p. 579], Iglesias [2017, 148]), aunque no es unánime (v. *gr.*, en contra de la misma parecen situarse, finalmente, Gallego y Menéndez [2001, 287]). Por su parte, la jurisprudencia del TS se ha mostrado a favor de la inclusión de la eliminación de oficio de actos desfavorables por vicios de anulabilidad en el artículo 109.1 de la LPACAP: v. STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2000, FD 3.º (rec. núm. 645/1997, pte. Ó. González González); STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 2001, FD 3.º 4 (rec. núm. 5409/1996, pte. A. Gota Losada); STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 5 de febrero de 2007, FD 5.º (rec. núm. 238/2002, pte. E. Frías Ponce).

⁶⁶ V. Santamaría Arinas (2000, p. 458).

⁶⁷ V. González Pérez (1950a, p. 149).

consideración del interés público no actúa como límite o barrera a la eliminación, sino que integra su presupuesto de hecho⁶⁸, por lo que no tiene sentido exigir que la «revocación» no «sea contraria [...] al interés público», sino que debe exigirse que se produzca por razones de «interés público». Sin embargo, en la eliminación de oficio de actos desfavorables por razones vinculadas a la preservación de la legalidad (vicios de invalidez, irregularidades no invalidantes o razones de ilegalidad sobrevenida), su presupuesto de hecho viene determinado por la existencia de una conculcación del ordenamiento jurídico, respondiendo la eliminación al interés en la preservación de la legalidad, pudiéndose plantear una colisión entre este y el interés público, que debiera ser ponderado por la Administración⁶⁹. En este caso, pues, sí ha de verificarse que la «revocación», realizada dada la existencia de una conculcación del ordenamiento jurídico, no «sea contraria [...] al interés público». Por tanto, la exigencia de que la «revocación» no «sea contraria [...] al interés público» solo tiene sentido en su aplicación a la eliminación de oficio por razones vinculadas a la preservación de la legalidad y revela que este supuesto está forzosamente incluido en el artículo 109.1 de la LPACAP. Y bien, una clase particular de este supuesto es, naturalmente, la eliminación de oficio de actos desfavorables por vicios de anulabilidad⁷⁰.

6.4. La función del procedimiento administrativo de lesividad y de la declaración de lesividad

Esta caracterización de la función de la declaración de lesividad se ajusta a los aspectos más destacados del régimen jurídico de la declaración y del procedimiento administrativo de lesividad, al tiempo que logra explicarlos.

Por un lado, considérese la preceptiva tramitación de un procedimiento administrativo para declarar la lesividad. Se justifica por la necesidad de recabar los elementos de juicio necesarios para que la Administración pueda valorar fundadamente la importancia del interés público concurrente (distinto de la preservación de la legalidad).

Por otro lado, piénsese en la consideración de la declaración de lesividad como «presupuesto procesal» (art. 107.2-II LPACAP). El examen material de la pretensión anulatoria ejercitada por la Administración en el proceso de lesividad exige la realización de la ponderación prevista por el artículo 110 de la LPACAP y, como se ha visto anteriormente, el órgano jurisdiccional no puede realizar esa ponderación por sí solo, sino que precisa del auxilio

⁶⁸ V. Sala (1974, pp. 26 y 27).

⁶⁹ V. Bocanegra (1998, pp. 98-101) y Sánchez Morón (2015, p. 580).

⁷⁰ Con todo, lo anterior no prejuzga si la eliminación de oficio de actos desfavorables por vicios de nulidad de pleno derecho está incluida en el artículo 109.1 de la LPACAP, pues esta cuestión depende también del alcance que se confiera al artículo 106 de la LPACAP.

de la Administración a través de la declaración de lesividad, por lo que, faltando esta, el órgano jurisdiccional no podrá resolver sobre la pretensión anulatoria de la Administración, esto es, no podrá entrar en el fondo del asunto. Así las cosas, es adecuado concebir la declaración de lesividad como presupuesto procesal: los «presupuestos procesales» son «requisitos previos al proceso, sin cuyo cumplimiento no puede [...] el juez entrar en el examen jurídico-material de la pretensión» (Gimeno 2015, p. 73)⁷¹.

Con todo, la caracterización de la función de la declaración de lesividad realizada aquí debe hacer frente a algunas posibles objeciones.

En primer lugar, podría objetarse que no logra explicar la razón por la que a la Administración no le basta con efectuar las argumentaciones que permitan atribuir un peso relativo al interés público concurrente (distinto de la preservación de la legalidad), sino que, ex artículos 107.1 de la LPACAP y 43 de la LJCA, debe acreditar, además, su lesión (v. apartado 6.3). Pues bien, ello no se debe a una insuficiencia de la tesis aquí propuesta, sino al influjo del tratamiento de la legitimación activa exigida a la Administración en el proceso de lesividad (v. apartado 4).

En segundo lugar, podría objetarse que, vigente el principio de igualdad entre las partes (arts. 14 y 24 CE) en el proceso de lesividad (v. apartado 4), resulta incongruente que sea la Administración quien valore uno de los requisitos para el éxito de su pretensión (el interés público concurrente a la anulación), aunque sea de forma primaria (porque esta valoración es revisable en el proceso de lesividad ex art. 107.2-II LPACAP)⁷². Sin embargo, este principio no es absoluto⁷³ y la atribución a la Administración de esa potestad no lo restringe de forma desproporcionada *lato sensu* y, consecuentemente, no vulnera los artículos 14 y 24 de la CE⁷⁴. La atribución a la Administración de la valoración primaria del interés público concurrente a la anulación tiene una finalidad legítima: la instauración del sistema de la lesividad, más garantista para el favorecido por el acto objeto de revisión que su antagonista, el sistema de la revisión de oficio (v. apartados 2.1 y 4). No cabe dudar de la idoneidad de la atribución a la Administración de la valoración primaria del interés público concurrente a

⁷¹ Una noción similar, al tratar específicamente la declaración de lesividad, en Escuin (2004, p. 112).

⁷² Ya lo estableció así la jurisprudencia anterior a la LPACAP, en lo referido a sus aspectos formales (competencia, plazo, procedimiento) y materiales (contenido de la declaración). Así, STS, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 6 de mayo de 2010, FD 4.º (rec. núm. 3775/2003, pte. J. A. Montero Fernández); STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 18 de junio de 2015, FD 3.º (rec. núm. 2064/2013, pte. I. M. Huerta Garicano).

⁷³ V., literalmente, STC 2/1982, FJ 5.º, pte. R. Gómez-Ferrer Morant.

⁷⁴ En lo subsiguiente, se parte de la base de que el juicio de proporcionalidad *lato sensu*, como parámetro de la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho (principio, valor, interés, bien, etc.) constitucional exige una finalidad legítima justificativa de la restricción y, una vez verificado este requisito, el cumplimiento de otros tres: la idoneidad de la medida restrictiva, su necesidad y su proporcionalidad *stricto sensu*. En este sentido, v. *gr.*, STC 66/1995, FJ 5.º, pte. C. Viver Pi-Sunyer.

la anulación para conseguir dicha finalidad. Tampoco puede negarse su necesidad para el aseguramiento de tal finalidad: sin esa valoración primaria del interés público concurrente a la anulación efectuada por la Administración, el órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de lesividad no podría resolver sobre la pretensión anulatoria de la Administración (*vide supra*) y no podría funcionar el sistema de la lesividad. Finalmente, la restricción del principio de igualdad entre las partes procesales que ocasiona la atribución a la Administración de la valoración primaria del interés público concurrente a la anulación es proporcionada *stricto sensu*. La ventaja que pudiera derivarse para la posición procesal de la Administración se ve relativizada por su condición de servidora *objetiva* de los intereses generales (cfr. art. 103.1 CE, *lit.*) y porque esa valoración es revisable en el proceso de lesividad (*vide supra*).

En otro orden de consideraciones, para completar el análisis, debe realizarse una observación acerca del artículo 108 de la LPACAP. Anteriormente, se expuso que la atribución al «órgano competente para declarar la lesividad» de la potestad para «suspender la ejecución del acto» (art. 108 LPACAP) no exige necesariamente considerar que la Administración tiene potestades para resolver sobre el fondo del asunto. Efectivamente, en los cauces procedimentales de estructura bifásica, en los que la primera fase cumple una función instrumental respecto a la segunda, que es en la que se resuelve sobre el fondo del asunto, es habitual (cfr. art. 56.2-II LPACAP) que el órgano encargado de la tramitación de la primera fase esté facultado para adoptar las medidas cautelares o provisionales pertinentes para asegurar la buena conducción del procedimiento, a pesar de que carece de potestades resolutorias sobre el fondo del asunto (que corresponden al órgano competente para tramitar la segunda fase). Se trata de evitar que la articulación bifásica del cauce procedimental que implica, en teoría, una mayor dilación, pueda frustrar su finalidad.

En cualquier caso, la solución del artículo 108 de la LPACAP no merma las garantías del favorecido por el acto objeto de revisión. En primer lugar, la decisión acordada ex artículo 108 de la LPACAP, aun siendo un acto de trámite⁷⁵, agota la vía administrativa (cfr. art. 111 LPACAP, en relación con el art. 114.2 de la LPACAP; cfr. art. 22.2-k) LBRL, en relación con el art. 52.2 a) LBRL) y puede producir «perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos», por lo que, ex artículo 25.1 de la LJCA, puede ser impugnada directamente (sin esperar a la incoación del proceso de lesividad) ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que puede, ex artículos 129 y ss. de la LJCA, suspenderla (cauteladamente), restaurando (cauteladamente) la eficacia del acto de cuya revisión se trate. En segundo lugar, la decisión acordada ex artículo 108 de la LPACAP será objeto de revisión en el proceso de lesividad⁷⁶. Y,

⁷⁵ Acto de trámite es aquel que se «dicta en la tramitación de un procedimiento» y «no pone fin al mismo» (Gallego y Menéndez *et al.*, 2001, p. 73).

⁷⁶ Si posteriormente se incoase el proceso de lesividad, procedería la acumulación a este del proceso en el que se ventilase la conformidad a Derecho de la decisión acordada ex artículo 108 de la LPACAP, dada

en fin, para evitar que la potestad conferida al órgano competente para declarar la lesividad ex artículo 108 de la LPACAP pueda distorsionar el equilibrio procesal entre las partes en el proceso de lesividad, tras la incoación del proceso de lesividad, el órgano competente para declarar la lesividad carecerá de tal potestad⁷⁷.

6.5. Sobre la forma en la que se ha de aplicar el artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP

Para cerrar el hilo argumental planteado en el apartado 6.1, se analizará la forma en la que se ha de aplicar el artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP.

De lo expuesto en los apartados 6.2 y 6.4 se infiere que, por un lado, corresponde a la Administración, mediante la declaración de lesividad, realizar las argumentaciones que permitan atribuir peso relativo al interés público (distinto de la preservación de la legalidad) lesionado por el acto cuya revisión se pretende. Y, por otro lado, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo atribuir un peso relativo a los demás intereses concurrentes (el interés en la preservación de la legalidad –previa apreciación del vicio de anulabilidad– y el personal de los interesados) y, teniendo en cuenta la declaración de lesividad, previo control de la misma (v. apartado 6.4), adoptar la decisión de prevalencia, de la cual dependerá la decisión final sobre la revisión pretendida por la Administración.

Sentado lo anterior, la forma en la que se ha de proceder a la aplicación del artículo 110 de la LPACAP en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP es sencilla.

En lo tocante a la valoración del interés público, el artículo 110 de la LPACAP se aplicará directamente por la Administración al declarar la lesividad⁷⁸, controlando el órgano jurisdiccional que conozca del proceso de lesividad esa aplicación. La Administración gozará de un margen de discrecionalidad para apreciar la lesión del interés público⁷⁹ como consecuencia, por un lado, del verbo «podrá» del artículo 107.1 de la LPACAP⁸⁰ (que contrasta con el imperativo «declararán» del art. 106.1 LPACAP) y, por otro lado, de la vaguedad de la noción de «lesión al interés público» (una menor densidad de la programación normativa

la evidente «conexión directa» entre los mismos, conforme a lo establecido en los artículos 34.2 y 37.1 de la LJCA.

⁷⁷ Así, Arozamena (1996, p. 89-90).

⁷⁸ De acuerdo, Cuchillo (1998, p. 385).

⁷⁹ V. Guaita (1953, pp. 129 y ss.), De la Quadra-Salcedo (1999, pp. 251-252) y Bocanegra (1998, pp. 100-101).

⁸⁰ V. Guaita (1953, p. 129).

de la actuación administrativa implica una mayor discrecionalidad)⁸¹. Por ello, el control judicial antecitado será de carácter negativo (*arg ex art. 71.2 LJCA*) y no de plena intensidad⁸².

En lo relativo a la valoración del interés en la preservación de la legalidad y el personal de los particulares, así como a la decisión de prevalencia, la aplicación del artículo 110 de la LPACAP se efectuará de forma directa por el órgano jurisdiccional que conozca del proceso de lesividad.

7. Conclusión

La aplicación del artículo 110 de la LPACAP, en tanto que precepto dedicado a regular la ponderación entre intereses que se produce con ocasión del ejercicio de facultades de revisión, conlleva, en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP, la realización de una ponderación entre, por un lado, el interés en la preservación de la legalidad y el interés público distinto de aquel (que justifican la revisión) y, por otro lado, el personal de los interesados en el acto (que se opone a la revisión). Ello exige, en primer lugar, identificar el peso relativo de cada uno de estos intereses. En lo relativo al interés en la preservación de la legalidad y al personal de los interesados en el acto, esta labor puede ser realizada por la jurisdicción contencioso-administrativa sin ningún problema. Sin embargo, no sucede lo mismo con la atribución de un peso relativo al interés público (distinto de la preservación de la legalidad), toda vez que ello puede demandar la realización de juicios de oportunidad, que quedan vedados a la jurisdicción contencioso-administrativa, ceñida ex artículo 106.1 de la CE a controlar la «legalidad de la actuación administrativa». Y, por ello, tiene que ser la Administración autora del acto de cuya revisión se trate la que proceda a realizar la valoración del interés público concurrente a la revisión a través de la declaración de lesividad, valoración que, en cualquier caso, será primaria, porque está sometida al control (negativo y no de plena intensidad) de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez se haya valorado el peso relativo de cada uno de los intereses concurrentes, será la jurisdicción contencioso-administrativa quien adoptará la decisión de prevalencia. Esta decisión será la de proceder a la revisión del acto si el peso del interés en la preservación de la legalidad y el interés público (distinto de aquel) es superior al personal de los interesados en el acto, que se opone a la revisión, y viceversa.

⁸¹ Se parte de la concepción de la discrecionalidad como habilitación a la Administración para completar en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto de la norma jurídico-administrativa programadora de la actividad administrativa. En defensa de esta concepción han destacado en España, *v. gr.*, Bacigalupo (1997, pp. 181-192 y 201-206) y Rodríguez de Santiago (2016, pp. 23-25, 60, 68 y 150-165).

⁸² El control judicial en el caso de ejercicio de potestades discrecionales tiene una menor intensidad que en el caso del ejercicio de potestades regladas, habida cuenta de la divergencia que se produce en el primer caso entre la norma de control judicial (menos densa) y la norma de conducta aplicable a la actuación administrativa (más densa) (*v. Rodríguez de Santiago [2016, 24-28 y 149-196]*).

Así las cosas, la función de la declaración de lesividad en el cauce revisor del artículo 107 de la LPACAP es la de servir de cauce para que la Administración valore (primariamente), a efectos de la ponderación exigida ex artículo 110 de la LPACAP para proceder a la revisión del acto de que se trate, el peso relativo del interés público concurrente (distinto de la preservación de la legalidad).

Con todo, en el análisis efectuado en los apartados 2 a 5, se han advertido determinados fines que accesoriamente puede realizar la declaración de lesividad y que explican algunos aspectos puntuales de su régimen jurídico. Así, en primer lugar, la preservación del principio de jerarquía en la estructura administrativa, constitucionalmente garantizado (ex art. 103.1 CE), explica el reparto competencial para efectuar la declaración de lesividad (v. apartado 3.1). En segundo lugar, la exteriorización de la legitimación exigida a la Administración para impetrar el proceso de lesividad explica la razón por la que a la Administración no le basta con efectuar las argumentaciones que permitan atribuir un peso relativo al interés público concurrente (distinto de la preservación de la legalidad), sino que, ex artículos 107.1 de la LPACAP y 43 de la LJCA, debe justificar, además, la existencia de una lesión a dicho interés (v. apdos. 4, 6.3 y 6.4). Y, en fin, la garantía de la seriedad de la impugnación de sus propios actos por parte de la Administración explica la razón por la que se exige en el procedimiento administrativo de lesividad (cfr. art. 1.3 d) RD 997/2003) el informe de órganos especializados en funciones de asesoría jurídica sobre la pertinencia de la impugnación planteada (v. apartado 5).

Referencias bibliográficas

- Arozamena Sierra, J. (1996). Comentario al Capítulo Primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106). *RAP*, 140.
- Bacigalupo Saggese, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Marcial Pons.
- Baño León, J. M.^a (2016). El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español. En *Las vías administrativas de recurso a debate*. Actas del XI Congreso de la AEPDA.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons.
- Blanque Rey, L. (2013). Artículo 104. En M. Sánchez Morón y N. Maurandi Guillén (Dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*. Thomson Reuters-Lex Nova.
- Bocanegra Sierra, R. (1998). *La anulación de oficio de los actos administrativos*. Academia Asturiana de Jurisprudencia.
- Carbonell Porras, E. (2017). Revisión de actos en vía administrativa. En E. Gamero Casado (Dir.), *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del sector público* (pp. 2.233 y ss.) [versión electrónica]. Tirant lo Blanch.
- Cuchillo Foix, M. (1998). Comentario al artículo 43 LJCA. En *Comentarios a la Ley*

- de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. *REDA*, 100.
- De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T. (1999). La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos. *DA*, 254-255.
- Díez-Picazo Giménez, J. M.^a (2011). Derecho a la tutela judicial efectiva [voz]. En M. Aragón Reyes (Dir.) y C. Aguado Renedo (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, III. Civitas.
- Escuín Palop, V. (2004). *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*. Civitas.
- Escuín Palop, V. (2005). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la declaración de lesividad. *REDA*, 126.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1969). Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo. *RAP*, 58.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (trad. esp.), I, Trotta.
- Gallego Anabitarte, A. et al. (2001). *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*. Marcial Pons.
- Gallego Anabitarte, A., Menéndez Rexach, Á. et al. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Marcial Pons.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1954). La configuración del recurso de lesividad. *RAP*, 15.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1956). La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad. *RAP*, 20.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*, tt. I y II. Civitas.
- García-Trevijano Garnica, E. (1996). Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen. *REDA*, 91.
- Garrido Falla, F. (1998). Comentarios a los artículos 25 y 26 LJCA. En Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. *REDA*, 100.
- Gimeno Sendra, V. (2015). *Derecho Procesal Civil*, I. Ed. Jurídicas Castillo de Luna.
- González Pérez, J. (1950a). La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española. *RAP*, 1.
- González Pérez, J. (1950b). La declaración de lesividad. *RAP*, 2.
- González Pérez, J. (1958). El proceso de lesividad. *RAP*, 25.
- González Pérez, J. (1990). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas.
- González Pérez, J. y González Navarro, F. (2007). *Comentarios a la LRJPAC*, II. Civitas.
- Guaita Martorell, A. (1953). *El proceso administrativo de lesividad*. Bosch.
- Guasp Delgado, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*, I. IEP.
- Iglesias González, F. (2017). *La revocación de actos administrativos favorables* [versión electrónica]. Tirant lo Blanch.
- Malaret García, E. (1998). Comentario al artículo 44 LJCA. En Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. *REDA*, 100.
- Messeguer Yebra, J. (2009). Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico. *RVAP*, 85.
- Muñoz Machado, S. (2006). *Tratado de Derecho Público Administrativo y Derecho Público General*, I. Iustel.
- Parada Vázquez, R. (2013). *Derecho Administrativo. Régimen Jurídico de la actuación administrativa*. Open.
- Parejo Alfonso, L. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.



Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2016). *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.

Sala Arquer, J. M. (1974). *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*. IEA.

Sánchez Morón, M. (2015). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.

Santamaría Arinas, R. J. (2000). La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos. *RAP*, 151.

Vaquer Caballería, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *RAP*, 186.