

## Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo\*

Manuel Rebollo Puig  
Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Córdoba

1. El enriquecimiento injusto como principio general que se aplica con singularidades en el Derecho administrativo.
2. Enriquecimiento de la Administración y enriquecimiento a costa de la Administración.
3. El enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones de las administraciones públicas.
4. Requisitos.
5. Extensión de la obligación restitutoria.
6. Prescripción.
7. Funciones y modalidades de la acción de enriquecimiento injusto en Derecho administrativo.
  - 7.1. *Condictio* por intromisión. 7.2. *Condictio* por inversión. 7.3. *Condictio* por prestación.
8. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en el Derecho civil y su traslación al Derecho administrativo.
  - 8.1. Hay demasiadas torpezas. 8.2. El *nemo auditur* en los artículos 1305 y 1306 del Código civil: exclusión de la restitución de lo entregado con causa torpe. 8.3. ¿Recepción del genuino *nemo auditur* en el Derecho administrativo?
9. El *nemo auditur* en la jurisprudencia contencioso-administrativa: nadie puede alegar su propia torpeza para obtener provecho y, en especial, para conseguir una declaración de nulidad que le beneficia.
  - 9.1. Otro *nemo auditur* cuya relación con la torpeza es muy diferente. 9.2. Aplicación de este *nemo auditur* contra el administrado. 9.3. Supuestos de aplicación de este otro *nemo auditur* contra la Administración. 9.3.1. *Nemo auditur* y notificaciones erróneas. Primeras y sorprendentes aplicaciones del artículo 110.3 de la LRJPAC en contra de la Administración. 9.3.2. El *nemo auditur* ante la falta de notificación de los actos favorables. 9.3.3. *Nemo auditur* y silencio administrativo. 9.3.4. El *nemo auditur* ante los defectos de forma y de competencia: en especial, la Administración no puede alegar los vicios invalidantes –ni siquiera los de nulidad de pleno derecho– que ella misma originó.
10. Crítica de la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*: no es cierto que no quepa alegar los vicios debidos a la propia conducta; en especial, puede hacerlo la Administración y es lo característico de la nulidad de pleno derecho.
  - 10.1. La doctrina sólo ha aceptado este peculiar *nemo auditur* como limitación para el administrado y respecto a vicios de anulabilidad. 10.2. Este *nemo auditur* no tiene fundamento positivo y, por el contrario, choca con los caracteres de la nulidad de pleno derecho y con el régimen de revisión de oficio. 10.2.1. Los supuestos apoyos deducidos del Código civil: en particular, el artículo 1302 sólo se refiere a casos de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, nulidad ante la que ni siquiera se considera aplicable la doctrina de los actos propios. 10.2.2. El artículo 110.3 de la LRJPAC tampoco justifica una regla con la amplitud del *nemo auditur* aplicado por los tribunales. 10.2.3. El régimen de revisión de oficio choca con este *nemo auditur*.
11. Soluciones similares a las que se llega con el *nemo auditur* pueden y deben lograrse por otras vías: en especial, la equidad como instrumento para moderar los excesos de la nulidad de pleno derecho.

\* El texto que se publica se corresponde con la ponencia que presentó en la sesión de junio de 2006 en el Seminario de Derecho Local que organiza la Federación de Municipios de Cataluña con la colaboración de la

Escuela de Administración Pública de Cataluña, el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona y el Área Metropolitana-Mancomunidad de Municipios de Barcelona.

## 1. El enriquecimiento injusto como principio general que se aplica con singularidades en el Derecho administrativo

Tres excelentes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497) sintetizan así lo que aquí puede aceptarse como punto de partida:

“La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos desde los años sesenta, viene [...] admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo.

“El análisis de la referida jurisprudencia de esta sala [...] denota una consideración del enriquecimiento injusto como *principio general* o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo.”

Retengamos por ahora estas dos ideas:

La primera, que la prohibición de enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho que rige también en el Derecho administrativo. Más importante que este reconocimiento expreso de las sentencias citadas, que también aparece en algunas otras contencioso-administrativas, es el hecho de que, en efecto, de otras muchísimas se deduce que la jurisprudencia lo aplica efectivamente como tal principio general. Incluso en algún supuesto, como es propio de un auténtico principio general de Derecho, se ha aceptado su virtualidad como límite a la potestad reglamentaria.<sup>1</sup>

La segunda idea que refleja al párrafo transcrito es que el principio general, aun siendo siempre el mismo, presenta cierta singularidad en el Derecho administrativo.<sup>2</sup> Así lo admite la autonomía del Derecho administrativo y así lo ha exigido su adaptación a las necesidades de la vida administrativa.

Ni la recepción por el Derecho administrativo del principio de enriquecimiento injusto ni sus singularidades en este ámbito son exclusivas del Derecho español. Lo mismo ha ocurrido en otros, singularmente el francés y el italiano, que también han trasladado esta figura del Derecho civil al Derecho administrativo. Pero en todos los casos la recepción del enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo se ha hecho tras superar muchas reticencias y objeciones que, si no fueron bastantes para impedir su penetración, sí lograron que ésta se produjera con matizaciones y adaptaciones. Por

ello puede decirse, tanto en esos ordenamientos como en el nuestro, que el enriquecimiento injusto se aplica a las relaciones jurídico-administrativas como una regla de Derecho administrativo, no como una regla de Derecho civil que, por la supuesta supletoriedad de éste, resolviera ciertos conflictos administrativos en caso de falta de una regulación específica. Importa rechazar esto último. Si el enriquecimiento injusto se aplicara por la supletoriedad del Derecho civil surgirían dos grandes inconvenientes: por un lado, habría que aplicarlo en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que tiene en Derecho civil, impidiendo su adaptación a las peculiaridades del régimen administrativo; por otro lado, como en el Código civil no está regulado el enriquecimiento injusto, habría que aplicar primero las soluciones específicas del Código (que muchas veces no son idénticas a las que comporta la pura y directa aplicación del principio del enriquecimiento injusto) y, sólo a falta de éstas, el principio del enriquecimiento injusto. Pero no es así y la jurisprudencia lo demuestra: adapta las reglas del enriquecimiento injusto a las exigencias del régimen administrativo y, sobre todo, lo aplica para resolver conflictos eludiendo la aplicación del Código civil. Ocurre así, incluso, que el enriquecimiento injusto o sin causa acaba teniendo más campo de aplicación y cumpliendo más funciones en el Derecho administrativo que en el Civil por la razón de que aquél no regula situaciones para las que éste sí tiene reglas específicas.

Con todo, las líneas esenciales son las mismas que perfilan en general esta figura en el Derecho civil. Allí se la considera una fuente de obligaciones diferente de las demás y, en especial, de la responsabilidad por daños (delictual o cuasidelictual) y de los contratos y, si acaso, se la conecta con la confusa y discutida categoría de los cuasicontratos, aunque diferenciándola de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. A esta fuente de las obligaciones se la conecta con las *condictiones* o con la *actio in rem verso* que expresan la forma normal de hacer valer la obligación de restitución del enriquecimiento injusto por quien ha sufrido el empobrecimiento. Los requisitos para su ejercicio se sintetizan de ordinario en estos: enriquecimiento, empobrecimiento, relación entre uno y otro de manera que sean correlativos, y falta de justificación o de causa. La extensión de la restitución debida tiene el doble límite del enriquecimiento del deudor y del empobrecimiento del acreedor de manera que sólo alcanzará hasta la más baja de estas dos magnitudes.

1. Vid. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 92. Posteriormente alguna sentencia ha tenido oportunidad de aplicar el principio como límite a la potestad reglamentaria, pero no ha llegado a reflejarlo expresamente.

2. Oportunamente, estas sentencias hablan de “supraconcepto” inspira-

das, parece, por lo que ya señaló L. CONSCULLUELA MONTANER, “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo”, RAP, 84 (1977), p. 189: “El enriquecimiento injusto, como institución propia de la teoría general del Derecho, es única, constituye, siguiendo la conocida calificación alemana, un supraconcepto.”

En Derecho administrativo pueden y deben aceptarse estas mismas ideas que, no obstante, en algún caso presentan singularidades y adaptaciones.

El enriquecimiento injusto o sin causa debe configurarse como fuente de ciertas obligaciones que se exigen mediante las *condictiones* o la *actio de in rem verso*. A esta idea se ajustan gran parte de las aplicaciones que encuentra en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero hay que reconocer que no siempre es así. En ocasiones, y no del todo infrecuentes, los tribunales hablan de la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración no para hacer surgir una específica obligación restitutoria que se haría valer con las *condictiones* o con la *actio in rem verso*, sino para justificar las más diversas técnicas o interpretaciones de normas y contratos, para dar fundamento a otras obligaciones que no son realmente obligaciones de restitución del enriquecimiento injusto, o para teñir de justicia o de equidad obligaciones patrimoniales con otras fuentes.<sup>3</sup> Sobre todo, es muy frecuente que se invoque el principio del enriquecimiento injusto para explicar la exigencia de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos. En general, estas invocaciones del principio de enriquecimiento injusto son superfluas y más bien inducen a confusión y a desdibujar esta noción.<sup>4</sup>

## 2. Enriquecimiento de la Administración y enriquecimiento a costa de la Administración

Antes de poner de relieve la forma en que el enriquecimiento injusto se ha integrado y se aplica en el Derecho administrativo, hay que hacer una distinción capital. Lo que se plantea con frecuencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa y lo que fundamentalmente se ha estudiado por la doctrina de Derecho administrativo es el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del empobrecimiento de los particulares y, consecuentemente, la obligación restitutoria de la Administración. Poco,

sin embargo, se ha considerado la posibilidad contraria, esto es, la del enriquecimiento de los particulares a costa de la empobrecida Administración. Se debe ello a que el enriquecimiento de la Administración plantea como regla general, aunque no siempre, un problema de Derecho administrativo,<sup>5</sup> mientras que, al contrario, cuando es la Administración empobrecida la que reclama a un particular la restitución de un enriquecimiento se ha considerado frecuentemente que se trata de una cuestión de Derecho privado y de la competencia de los tribunales civiles.<sup>6</sup> Pero no siempre es así. No es excepcional que surja una cuestión de Derecho administrativo y que corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa resolverla.<sup>7</sup> Sucede así, al menos, cuando el enriquecimiento injusto del particular deriva de un acto administrativo viciado, de modo que la restitución del enriquecimiento requerirá la anulación de tal acto.<sup>8</sup> También cuando la Administración tenga potestad para exigir mediante un acto administrativo la restitución del enriquecimiento injusto obtenido a su costa. Entonces la Administración, en vez de demandar ante los tribunales civiles la restitución del enriquecimiento mediante el ejercicio en esa jurisdicción de la *actio de in rem verso*, deberá seguir un procedimiento administrativo que terminará con una decisión ejecutiva y ejecutoria que, en su caso, habrá de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero lo verdaderamente importante y problemático es saber cuándo la Administración puede proceder así, es decir, cuándo puede dictar un acto administrativo declarando ejecutiva y ejecutoriamente la restitución del enriquecimiento obtenido injustamente a su costa y cuándo, por el contrario, tiene que exigir tal restitución interponiendo la correspondiente demanda contra el enriquecido ante la jurisdicción civil. Y a este respecto no cabe formular una regla absoluta. Depende de lo que en cada caso pueda deducirse del ordenamiento y, en defecto de toda norma, de la naturaleza de la relación que esté en el origen del enriquecimiento producido.<sup>9</sup>

3. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento...*, p. 117 y ss.

4. *Ibidem*, p. 153 a 157.

5. *Ibidem*, p. 108 a 115.

6. La doctrina ha afirmado que si el enriquecido es un particular el asunto es siempre civil y la competencia es de los jueces de este orden jurisdiccional. Vid. F. MODERNE, *Les engagements quasi-contractuels...*, p. 3050-16, núm. 47, y L. CONSCULLUELA MONTANER, "Consideraciones...", p. 192. Así lo reflejan algunas sentencias; destacadamente, la STS de 26 de febrero de 1959 (Aranzadi 1804) que consideró cuestión civil –y remitió a los tribunales de ese orden– la reclamación de la Administración frente a un particular por el enriquecimiento obtenido por el disfrute sin título de bienes públicos.

7. Las sentencias contencioso-administrativas ofrecen ejemplos: la STS de 5 de febrero de 1991 (Aranzadi 1580) resuelve un posible enriquecimiento injusto de un funcionario por haber cobrado más de lo correspondiente mientras estuvo suspendido un acto administrativo que después se confirmó; en las STS de 4 de abril de 1987 (Aranzadi 4186), de 16 de abril de 1984 (Aranzadi 2002), de 18 de junio de 1986 (Aranzadi 4735) y de 14 de noviembre de 1963 (Aranzadi 4458) se aplica el principio del enriquecimiento injusto para evitar el del contratista a costa de la Administración al haberse abaratado las obras por una modificación irregular; en la STS de 28 de noviembre de 1991 (Aranzadi 9189) se impugna un acto administrativo por el que se reclamaba a un ex

concejal una cantidad basándose en un supuesto enriquecimiento injusto; en la de 9 de octubre de 1985 (Aranzadi 4517) se aplica el mismo principio para que, al dar efectos retroactivos al nombramiento de un funcionario, no se produzca su enriquecimiento por cobrar para el mismo tiempo el subsidio de desempleo; de manera similar, la de 12 de julio de 1983 (Aranzadi 4041) se sirve del mismo principio para que los funcionarios no cobraran de la Administración dos veces por idéntica prestación.

8. Buen ejemplo de ello lo ofrece la STS de 12 de julio de 1983 (Aranzadi 4041), en la que se conoce del recurso de lesividad interpuesto por un ayuntamiento contra su previo acuerdo de pagar honorarios a unos funcionarios municipales por trabajos que realizaban en su horario normal, recurso que se estimó "porque la percepción de honorarios implica un enriquecimiento injusto de los demandados". Aquí el enriquecimiento injusto a costa de la Administración suscita una cuestión de Derecho administrativo propio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

9. Las tres STS de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497), con cuya cita comenzamos este artículo, aceptan sin una argumentación clara que la Administración puede dictar un acto administrativo para exigir la restitución del enriquecimiento injusto que en el caso se había obtenido por disfrutar durante cierto tiempo de una subvención sin cumplir la obligación que asumía el subvencionado. Lo que la Administración exigió eran los intereses por

### 3. El enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones de las administraciones públicas

La STS de 6 de abril de 1987 (Aranzadi 4234) dice: “el principio eterno del Derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro rige también para las corporaciones locales.” Seguramente no hay para tanto: ni es eterno, ni se trata realmente del enriquecimiento *torticero*, sino del enriquecimiento injusto o sin causa. Pero sirva esta declaración enfática para afirmar que, como no podía ser de otra forma, la prohibición de enriquecimiento injusto rige para las administraciones locales igual que para cualquier otra administración pública. Más aún, buena parte de las sentencias contencioso-administrativas que aplican este principio se refieren a administraciones locales.

Como hemos dicho, debe hablarse sólo de enriquecimiento injusto como fuente de un tipo concreto de obligación de la Administración. Se trata de una obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una obligación patrimonial sin causa que, pese a su anomalía, se consiente o consolida. Presupone la ruptura de un equilibrio patrimonial de manera que la acción personal frente a la Administración enriquecida no persigue deshacer la atribución patrimonial operada, sino la restitución del valor.

Se invocaron en otros momentos las reglas de la Hacienda pública –en particular, la de previsión y autorización de todos los gastos públicos, en virtud de la cual ningún compromiso válido puede haber si no es imputable a un crédito votado y sólo proceden los pagos en virtud de previa aprobación– para negar que pudiera admitirse una obligación administrativa basada en el enriquecimiento injusto. Estas objeciones ya fueron superadas. Hauriou las combatió, aunque refirién-

---

el tiempo que se dispuso de la subvención en un momento (antes de la Ley 31/1990 que se modificó la Ley general presupuestaria estableciendo ya la exigencia de intereses) en el que no había ninguna previsión legal sobre la obligación de devolver los intereses de las subvenciones indebidamente percibidas. El acto administrativo que los exigió y, sobre todo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que lo confirmó se basaron en el enriquecimiento injusto. En el recurso de casación se alegó, entre otras cosas, vulneración del principio de legalidad por admitir una “actuación administrativa que restringe derechos individuales sin tener cobertura ninguna en ley previa”. Las STS de 15 de abril de 2002 responden diciendo que lo que se plantea es si el principio de legalidad “supone que la revisión de los actos administrativos puede hacerse sólo sobre la base de las normas incorporadas a leyes o reglamentos, a normas escritas, o si cabe entender que el ordenamiento jurídico y, especialmente, el ordenamiento jurídico-administrativo, incluye los principios generales del derecho como parámetros de la legalidad de la actuación administrativa y a los que también han de ajustarse los particulares en sus relaciones con la Administración”. Como la respuesta es evidentemente positiva y como entre esos principios está el de enriquecimiento injusto, concluye que el acto administrativo por el que se exigía la restitución del enriquecimiento injusto no vulnera el principio de legalidad. Pero en este razonamiento hay aspectos cuestionables:

–Es obvio que la Administración está sometida a todo el ordenamiento, incluidos los principios generales del Derecho y, en especial, el del enriquecimiento injusto, que, por tanto, no puede vulnerar (vinculación negativa a

dose a la gestión de negocios ajenos que, igualmente, había sido rechazada con los mismos argumentos: “Las dudas provienen en parte de una confusión entre las deudas administrativas y los gastos públicos; es claro que el compromiso que resulta de la gestión de negocios, produciéndose fuera de las reglas de la contabilidad, no podría presentarse de plano como un gasto público, pero es fuente de deuda, pues las deudas pueden nacer perfectamente fuera de presupuesto y, a continuación, transformarse en gastos.” La misma idea late en la STS de 19 de noviembre de 1986 (Aranzadi 909 de 1987), en la que condenó a la Administración por enriquecimiento injusto (aunque mezclando invocaciones de la gestión de negocios ajenos). Lo reconoció así:

“los presupuestos no pueden convertirse en obstáculo infranqueable para el cumplimiento de las obligaciones del ente público, ya que ellos prestan la doble función de autorización del gasto y de previsión de ingresos, pero [...] los títulos nacen fuera de los mismos, por lo que el sistema de Hacienda pública tiene previstos los medios para corregir omisiones o discordancias.”

Además, decíamos, el enriquecimiento injusto es en Derecho civil una fuente de obligaciones diferenciada claramente allí de los contratos, de la responsabilidad por daños y, también, aunque con menos nitidez, de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. También tienen que ser así en Derecho administrativo. Sin embargo, no se ha conseguido en este punto la necesaria claridad.

Parece que los tribunales se sienten inseguros para invocar como único fundamento de ciertas obligaciones de la Administración el principio de enriquecimiento injusto. Así, no es infrecuente que las sentencias utilicen simultáneamente fundamentos contractuales para sostener una obligación que al final basan en la prohibi-

todo el ordenamiento). Pero cosa distinta es si las habilitaciones a la Administración para imponer restricciones a los ciudadanos han de basarse en leyes o en reglamentos dictados con autorización legal o si también pueden basarse directamente en principios generales. Nos situamos ahora en la perspectiva de la vinculación positiva: en general, se sostiene que hay una vinculación positiva a la ley, precisamente a la ley, para imponer deberes a los ciudadanos, de modo que los principios generales no conceden directamente a la Administración potestades restrictivas o ablativas.

–Por otra parte, es obvio también que efectivamente la Administración tiene acción para exigir el enriquecimiento obtenido por los ciudadanos a su costa. Pero de ahí no se deduce necesariamente que tenga una potestad para declarar la obligación mediante un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio y que, no teniéndola, no haya de acudir a los jueces civiles para hacer valer su derecho.

Así, lo que en el fondo aceptan implícitamente estas sentencias es que cada vez que la Administración tiene derecho a la restitución del enriquecimiento injusto obtenido por un particular a su costa, puede declarar tal derecho y la correspondiente obligación del administrado mediante un acto administrativo sin necesidad de acudir a los jueces civiles. Y esto no aparece argumentado en estas sentencias y es, seguramente, una conclusión excesiva si se mantiene con tal generalidad. Si acaso podría sostenerse que, tratándose de un enriquecimiento injusto obtenido con ocasión de una subvención, institución que genera una indudable relación jurídico-administrativa, podía exigirse por vía administrativa.

ción de enriquecimiento injusto. Esta forma de proceder no tiene ningún sentido. Al contrario, la justificación simultánea de fundamento de una misma obligación en el contrato y en el enriquecimiento injusto supone de ordinario una contradicción insuperable y origen de confusiones de todo orden.

Tampoco faltan sentencias que conjugan como fundamento de las obligaciones que declaran la prohibición de enriquecimiento injusto y la gestión de negocios ajenos, si bien sea deformando esta institución hasta hacerla casi irreconocible. Aunque más comprensible y menos perturbadora, también esta forma de proceder debe ser abandonada, distinguiendo entre estas dos figuras y reconociendo que ambas pueden tener acogida en el Derecho administrativo, aunque la gestión de negocios con un campo más reducido.

Finalmente, aunque esto más en el campo de la doctrina científica que en el de la jurisprudencial, se ha tendido a asimilar enriquecimiento injusto de la Administración y responsabilidad patrimonial por daños de la misma Administración. En realidad, si bien es cierto que algunos hechos pueden generar tanto la obligación de restitución del enriquecimiento injusto como la de reparación del daño, se trata de dos obligaciones diferentes, con unos requisitos, funciones y contenidos distintos.

Todo esto ha enturbiado notablemente los perfiles del enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo, así como su régimen. La jurisprudencia contencioso-administrativa, pese a la normalidad con la que se ha servido de esta noción, la ha oscurecido en muchos puntos precisamente por no haberla diferenciado suficientemente de otras fuentes obligacionales.

#### 4. Requisitos

Para que surja la obligación de restitución de enriquecimiento injusto de la Administración –o, lo que es igual, para el ejercicio con éxito de la *actio de in rem verso*– deben concurrir, en principio, los mismos requisitos que la doctrina del Derecho civil exige. Y así se deduce de la jurisprudencia contencioso-administrativa que, incluso, en ocasiones, sobre todo en las sentencias más recientes, los enuncia expresamente.<sup>10</sup>

Pero si, yendo más allá de estas declaraciones formales y normalmente retóricas, se busca lo realmente aplicado y efectivamente exigido por los tribunales contencioso-administrativos, cabe relativizar la exigencia de estos clásicos cuatro requisitos. En realidad, ni

siempre se exigen rigurosamente ni exactamente con los mismos caracteres ni son los únicos que se exigen. Es decir, que ni hay a este respecto una asunción absoluta de la construcción civilista ni en todos los casos en que el Derecho administrativo aplica el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones se exigen los mismos requisitos y exactamente con el mismo significado.

En parte ello es debido a que, como ya se ha dicho, muchas sentencias invocan indebida e impropia mente el enriquecimiento injusto como un principio de pura equidad y no como una específica fuente de obligaciones. En otra parte, ello obedece a que, aun cuando se utilice como fuente de obligaciones, los tribunales contencioso-administrativos no siempre deslindan el enriquecimiento injusto de otras fuentes obligacionales y juegan simultáneamente como fundamentos de sus fallos condenatorios con esta institución y con la gestión de negocios ajenos, el cobro de lo indebido, la responsabilidad extracontractual o los mismos contratos.

El enriquecimiento puede ser positivo (*lucrum emergens*) si hay incremento patrimonial (por aumento del activo o disminución del pasivo), o negativo (*damnum cessans*), cuando se evita una disminución patrimonial –ahorro de gastos– obteniendo, sin embargo, una utilidad que no se ingresa en el patrimonio (por ejemplo, consumo o simple utilización de cosa ajena, o beneficio por servicios de otro).<sup>11</sup> En algunos casos, las sentencias contencioso-administrativas han exigido con rigor este requisito entendiendo, por ejemplo, que faltaba cuando el edificio construido se derrumbó (STS de 23 de diciembre de 1946, Aranzadi 1431), o cuando “no ha quedado acreditado [...] que tal servicio repercutiera en beneficio de la Administración” (STS de 20 de enero de 1971, Aranzadi 210). Pero en otras ocasiones el enriquecimiento se entiende producido sin que realmente quede clara su concurrencia: así, ante la elaboración de un proyecto arquitectónico para unas obras que la Administración decidió no acometer. E incluso hay supuestos en los que se condena a la Administración por enriquecimiento injusto, pese a reconocerse que la demandada no fue la enriquecida, sino otra, contra la que se da una acción de regreso. Concretamente, eso ha ocurrido al condenar a diputaciones cuando el enriquecido era el municipio (STS de 20 de octubre de 1987, Aranzadi 8677, y de 31 de diciembre de 1985, Aranzadi 6408). Probablemente, en esta relajación del requisito del enriquecimiento haya sido determinante la falta de

10. STS de 28 de septiembre de 1999 (Aranzadi 8836), de 10 y 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 10679 y 9004), de 30 de abril de 2001 (Aranzadi 4466), de 22 de diciembre de 2001 (Aranzadi 8190), de 16 de abril de 2002 (Aranzadi 7006), de 21 de mayo de 2002 (Aranzadi 7029).

11. Sin ninguna duda, el supuesto más normal de enriquecimiento se produce cuando la Administración hace suya una obra que queda indisolublemente incorporada a los bienes de la propia Administración. Pero en otros

muchísimos supuestos el enriquecimiento se presenta de otras formas. Así, en el caso de unas obras de montaje y desmontaje de instalaciones feriales de Ceuta, la STS de 22 de mayo de 2000 (Aranzadi 4815) aclara que “al no existir ejecución de una obra pública, no hay incorporación de la misma al patrimonio municipal, pero sí enriquecimiento injusto de la corporación al no haber abonado unos gastos que debía haber pagado como consecuencia de la instalación de los recintos feriales”.

diferenciación entre esta fuente de obligaciones y el contrato, en los casos en que los conflictos tenían su origen en unas prestaciones realizadas para cumplir un contrato nulo.

Se ha exigido el empobrecimiento del acreedor y actor, si bien, como en Derecho civil, basta para que se entienda producido, incluso sin una disminución de patrimonio propiamente dicha, por la simple no-obtención de un lucro, o sea, una ganancia dejada de obtener. Prueban esta exigencia una serie de sentencias sobre supuestos muy similares: se había vendido a las empresas harineras cereales por precio superior al reglamentario; éstas reclaman a la Administración el exceso; pero el Tribunal Supremo, partiendo de que esas empresas habían repercutido el exceso de precio sobre los consumidores, rechaza la petición porque no se había producido empobrecimiento de las actoras (sentencias de 26 de noviembre de 1982, Aranzadi 7340, y de 2 de marzo de 1983, Aranzadi 1366). Por eso es discutible acierto la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659) que condena a un ayuntamiento al pago del exceso de obras en unas viviendas en virtud del enriquecimiento injusto pese a que, al parecer, el contratista los había cobrado de los adjudicatarios finales de tales viviendas: “El eventual doble cobro al Ayuntamiento y a los adjudicatarios que se dice que se produciría a favor del contratista no constituye una exoneración de la obligación de pago que pesa sobre el Ayuntamiento. Si ello se ha producido (el doble pago) no comportaría sino la posibilidad para los adjudicatarios de ejercitar la pertinente acción de reembolso frente al contratista.” Pero lo cierto es que el contratista había cobrado los excesos de obras de los adjudicatarios, no había sufrido empobrecimiento y, por tanto, no podía ejercitar con éxito la *actio de in rem verso*. Se explica quizá la solución de esta sentencia y otras que relajan el requisito del empobrecimiento en el hecho de que, como ya hemos advertido, muchas veces se condena a la Administración con una argumentación confusa en la que se mezclan fundamentos de enriquecimiento injusto con fundamentos contractuales: pero si se hubiera aplicado con rigor el principio de enriquecimiento injusto, no procedería en este caso la condena del Ayuntamiento aunque era él quien contrató las obras y quien estaba obligado a pagar el precio.

También debe exigirse la correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento o, como también se dice, una relación de causalidad entre uno y otro.

Este requisito es destacado, sobre todo, en las STS de 12 de junio de 2000 (Aranzadi 4773) y de 5 de marzo de 2002 (Aranzadi 1975):

“La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. No basta, pues, con que una persona se enriquezca y otra

se empobrezca, sino que el empobrecimiento ha de ser la causa del enriquecimiento, esto es, enriquecimiento y empobrecimiento han de ser correlativos.”

Estas STS, por cierto, lo exigen, tal vez, con excesivo rigor. En ambas se trataba del mismo asunto: el Ayuntamiento de Torrejón contrató con Talleres L.S.A. la construcción y explotación de un aparcamiento; a su vez, Talleres L.S.A. contrató con Constructora L.S.A. la construcción que, en efecto, realizó en parte. Después, el Ayuntamiento resolvió el contrato sin pagar las obras realizadas, que, sin embargo, se apropió. Constructora L.S.A. reclama el valor de tales obras con fundamento en el enriquecimiento injusto. Pero según estas sentencias no puede estimarse tal pretensión porque falta el requisito ahora analizado:

“En el supuesto de autos el [...] enriquecimiento del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz no es correlativo al empobrecimiento de Constructora L.S.A. El Ayuntamiento ha hecho suyas las obras como consecuencia del contrato suscrito con Talleres L.S.A. y tiene la obligación de liquidar dichas obras respecto a esta sociedad, no respecto a otra.”

Pero esta aplicación es de acierto dudoso: si se hubiera tratado de aplicar las reglas de los contratos, es claro que la Administración está obligada a pagar a su contratista, no a la empresa con la que, a su vez, ésta contrató la ejecución de las obras. Pero tratándose de aplicar el enriquecimiento injusto no veo inconveniente en que se pague a ésta ni en observar que el empobrecimiento de ésta era correlativo al enriquecimiento de la Administración.

Mayor detenimiento exige el problemático requisito de la falta de justificación o de causa del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento. En realidad, se trata de un elemento verdaderamente esencial y de su configuración depende la totalidad de la noción. Venimos hablando aquí de enriquecimiento injusto o sin causa como términos absolutamente equivalentes; y ahora nos referimos a este cuarto requisito como falta de justificación o de causa como si fuera lo mismo. Pero tras cada expresión puede esconderse una concepción parcialmente distinta, como demuestra la mejor doctrina civil. Aquí, cuando se trata de construir la teoría del Derecho administrativo siguiendo muy de cerca la jurisprudencia contencioso-administrativa, nos bastará con unas ideas más elementales.

Parece que el requisito de que hablamos podría consistir simplemente en la “injusticia” del enriquecimiento. Pero esto suscita lógicos recelos por lo que puede ser de llamada a sentimientos personales de justicia, de quiebra de las instituciones jurídicas mejor asentadas y de puerta abierta a un Derecho judicial sin límites. En cualquier caso, la justicia material no es el único valor del ordenamiento que también toma en consideración, incluso de forma preferente, la seguri-

dad jurídica, la buena fe... Esos riesgos, conocidos en el Derecho civil, se presentan también en el Derecho administrativo, donde el mismo principio de legalidad podría estar en peligro. Ante ello, gran parte de los esfuerzos doctrinales se han centrado en concretar esa "injusticia" y, más aún, por sustituir este requisito por otro, el de la ausencia de causa. Se rechaza entonces la noción de enriquecimiento injusto y se prefiere hablar de enriquecimiento sin causa: falta la causa de la atribución patrimonial que origina la obligación restitutoria. Ideas como las de falta de la causa por la nulidad del título que inicialmente la suministraba, o la de prestación sin contraprestación... encuentran cabida. La justicia y la equidad quedan al margen o, a lo sumo, como remotos fundamentos teóricos. Pero la jurisprudencia no siempre se acomoda a ello, no se desprende del todo de esos valores de justicia. Y yo no creo que ello deba ser condenado como desviaciones frívolas, al menos, no del todo. De lo que se trata es de hacer valer por esta vía los valores de justicia y equidad del mismo ordenamiento, no sentimientos personales de justicia, y de hacerlos valer exactamente en la medida en que el ordenamiento lo desea: sin introducir ideas al margen del propio ordenamiento, ni subvertir su escala de valores. Habrá entonces enriquecimientos que no hay que restituir sencillamente porque son conformes a las nociones de justicia y equidad del propio ordenamiento (enriquecimientos, podríamos decir, justos o justificados según el Derecho); y enriquecimientos que, aunque injustos desde este punto de vista, están excepcionados de la restitución porque, atendiendo a otros valores de los que ningún ordenamiento puede prescindir (singularmente, la seguridad jurídica), los considera definitivos. Con estos planteamientos, la penetración de esta fuente de obligaciones de la Administración puede realizarse con más facilidad, con menos distorsiones para el régimen administrativo.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa todas estas ideas están latentes, las más de las veces sin muchas explicaciones, valorando las circunstancias de cada caso en su conjunto para poner de relieve la falta de justificación: y tan pronto aparece la idea de "prestación sin contraprestación" como equivalente a "enriquecimiento sin causa en lenguaje jurídico" (STS de 16 de mayo de 1986, Aranzadi 2379, y de 17 de abril de 1969, Aranzadi 2392) o las más técnicas alusiones a la causa (STS de 21 de marzo de 1991, Aranzadi 2013), como genéricas invocaciones de la equidad y la justicia material frente a rigormos formalistas (STS de 20 de octubre de 1987, Aranzadi 8677, de 16 de marzo de 1986, Aranzadi 2379...) completadas con alusiones a la buena fe del empobrecido o a la culpa de la Administración en el resultado producido (STS de 12 de marzo de 1991, Aranzadi 1987, de 4 de abril de 1990, Aranzadi 3585...) con la inten-

ción de reforzar o patentizar la injusticia del enriquecimiento administrativo.

La exigencia de específicos requisitos en Derecho administrativo responde a la necesidad de introducir cautelas frente a las injerencias de los particulares que, en caso contrario, realizarían actos en relación con la amplísima actividad administrativa o con su vasto patrimonio y que, para colmo, comprometerían así la responsabilidad de la Administración conforme al principio que estudiamos. Frente a ello, lo razonable es que la Administración pueda decidir lo que es conveniente a los intereses generales y, tras ello, dada la limitación de recursos, que establezca prioridades y acometa sólo las actividades que considere más oportunas. Todo ello no puede quedar a merced de cualquier particular emprendedor y de su entendimiento personal de las exigencias de los intereses generales, ni tan siquiera a lo que los órganos judiciales decidan luego al respecto. Por todo ello, es lógico exigir, igual que ocurre en otros ordenamientos, otros requisitos tales como una real utilidad para la Administración desde el punto de vista de los intereses que tiene confiados, algún reconocimiento de esa utilidad por parte de la Administración y algo similar a lo que la doctrina francesa llama el "asentimiento" de la Administración, es decir, que la Administración enriquecida haya expresado de alguna forma su adhesión a la actividad del empobrecido. Y ello aunque estos reconocimientos o asentimientos provengan de quien no tiene ni siquiera remotamente competencia, sin seguir ningún procedimiento y al margen de toda formalidad, y de manera implícita. Así cabe concluirlo con carácter general y así se desprende de nuestra jurisprudencia administrativa, aunque no lo proclame nunca abiertamente. Pero, con todo, pueden aceptarse algunas excepciones a la necesidad de ese "asentimiento". Hay supuestos, como el del poseedor de buena fe y a título de dueño de bienes de la Administración que realiza mejoras sobre dichos bienes enriqueciendo a la Administración que finalmente los recupera, en los que ese asentimiento administrativo resulta casi inimaginable y en los que, sin embargo, parece razonable la restitución del enriquecimiento, como veremos. Algo similar cabe decir cuando el particular realice actuaciones que se consideren absolutamente imprescindibles, máxime si son urgentes, si bien en casos similares la doctrina extranjera, más que reconocer que en tales supuestos no es necesario el asentimiento, afirman que se entiende implícito.

## 5. Extensión de la obligación restitutoria

Cuestión de interés es la de la extensión de la obligación restitutoria a la que, sin embargo, los tribunales contencioso-administrativos no han prestado excesiva atención ni han precisado con el rigor necesario. También esta carencia está motivada por la falta de una

diferenciación clara entre esta fuente de obligaciones y las restantes o, para decirlo más sencillamente, entre la obligación de restitución del enriquecimiento injusto y las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos, porque cada una de ellas conduce a una medida de la obligación diferente. Lo que debería aplicarse es la idea del doble límite: la Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento pero con el límite del efectivo empobrecimiento del actor. Y para ello deberían valorarse cada una de estas magnitudes en el caso concreto. Aunque algunas sentencias apuntan vagamente en esta línea (STS de 24 de abril de 1989, Aranzadi 5528) la mayoría no lo hacen. Incluso son frecuentes las que en caso de contratos nulos entienden sin más que la obligación de restitución es idéntica a la de pago del precio previsto en el contrato. Igualmente, cuando se trata de ejercicio nulo del *ius variandi*, los tribunales identifican el enriquecimiento injusto con el importe que habría resultado de aplicar las previsiones de las reglas contractuales como si se hubiera acordado la modificación válidamente. Especialmente clara es a este respecto la STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759): no condena sólo a pagar las cantidades que correspondían al presupuesto de ejecución material sino que incluye así mismo el 6% de beneficio industrial y el 16% de gastos generales aplicando, como si todo se hubiera hecho regularmente, el artículo 68 del Reglamento general de contratación del Estado de 1975. Lo razona así:

“El Ayuntamiento demandado [que] es el responsable del exceso de obra litigioso, y, además, de haber promovido su realización de manera irregular, *no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de la obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma*. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación.”<sup>12</sup>

## 6. Prescripción

Por lo que se refiere al plazo de prescripción, frente a la tendencia doctrinal de asimilar el enriquecimiento injusto a la responsabilidad y, por tanto, aplicarle el plazo anual del artículo 142.5 de la LAP, el Tribunal Supremo ha dejado sentado que tal plazo anual no es aplicable a la

*condictio* o *actio de in rem verso* (STS de 10 de octubre de 1978, Aranzadi 3660, de 25 de junio de 1981, Aranzadi 2483 y de 6 de marzo de 1981, Aranzadi 2506). Aunque la STS de 6 de marzo de 1991 entendió que debía aplicarse el plazo de quince años del artículo 1964 del CC, la solución correcta es la que se desprende del artículo 46 de la LGP y, por tanto, debe concluirse que el plazo de prescripción es de cinco años. Así lo ha confirmado rotundamente la STS de 27 de enero de 2003 al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. En concreto, se impugnaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, aplicando el artículo 46 de la LGP, había declarado que el plazo de prescripción era de cinco años y la sentencia de contraste era la ya aludida del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1991. Con acierto razona:

“en la medida en que de la (sentencia del Tribunal Supremo) dictada el 6 de marzo de 1991 se desprende que el plazo de prescripción que ha de aplicarse a supuestos de reclamación de cantidades por enriquecimiento injusto de la Administración sea el de quince años previsto en el artículo 1964 del Código civil, hemos de decir que la interpretación ajustada a Derecho es la seguida por la sala de Santander.

“Estamos, en efecto, ante la exigencia de cumplimiento de una obligación de Derecho público, la contraída por la Diputación Regional de Cantabria, en virtud del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, al beneficiarse de unas obras realizadas por C..., S.A., que no ha retribuido. Por eso, las reglas a observar en lo que a la prescripción se refiere no son las del Código civil, sino las establecidas por la Ley general presupuestaria que, en su artículo 46.1.a), dice: ‘Salvo lo establecido por leyes especiales prescribirán a los cinco años: a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda pública de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación’. No hay, pues, infracción del citado artículo 46.1.a) de la Ley general presupuestaria que se ha aplicado correctamente, ni del artículo 4.1 de la Ley de contratos del Estado pues conforme a lo que en él se disponía, la aplicación de las normas jurídico-privadas sólo procede subsidiariamente, esto es, en defecto de previsiones de Derecho administrativo y aquí no se da ese defecto.”

Ahora, de acuerdo con la nueva LGP de 2003, hay que entender que el plazo es de cuatro años.

12. Una excepción a esa tendencia general pudiera verse en la STS de 15 de noviembre de 2000 (Aranzadi 10266): se habían realizado unas obras de urbanización sin que ni siquiera hubiera un proyecto de urbanización; después de realizarse las obras se aprobó el proyecto pero sólo en parte coincidía con las efectuadas y la sentencia sólo condena a pagar esa parte: “a efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa, sólo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, confor-

me a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas.” Quizá pudiera haberse justificado esa solución por entender que, aunque el empobrecimiento del contratista alcanzaba el total valor de las obras realizadas, únicamente las obras que coincidían con lo establecido en el Proyecto enriquecían a la Administración. Pero lo cierto es que la sentencia no llega a ofrecer este fundamento.



## 7. Funciones y modalidades de la acción de enriquecimiento injusto en Derecho administrativo

Es difícil enumerar todos los supuestos en los que surge la obligación administrativa de restitución del enriquecimiento injusto y en los que, por tanto, puede ejercitarse con éxito la correspondiente acción. Más difícil es aún realizar una clasificación de esos supuestos. Incluso así, para realizar una exposición general, sigo considerando lo más adecuado seguir la sistemática utilizada por Díez-Picazo con ciertas modificaciones o matices para adaptarla al Derecho administrativo. Así, distinguimos tres tipos de *condictiones*: 1) *condictio* por intromisión; 2) *condictio* por inversión, y 3) *condictio* de prestación.

### 7.1. *Condictio* por intromisión

Su presupuesto es que afluayan valores patrimoniales a un sujeto al que no le corresponden y que los haya obtenido mediante una invasión indebida de bienes ajenos. Aquí sólo nos interesan los supuestos en que sea la Administración la que invada bienes ajenos y obtenga de esa forma un enriquecimiento. Ello se presenta en dos formas diferentes que se corresponden a dos tipos de supuestos:

a) *Quando la Administración, pese a lo ilícito de su intromisión en los bienes ajenos, consolida la adquisición del bien.* El supuesto puede darse también en Derecho civil (v. gr., casos de accesión, consumo de cosa ajena, protección de terceros en adquisiciones *a non domino*...), pero con mucha mayor frecuencia en Derecho administrativo. Así ocurrirá en los casos de afectación de hecho del bien ajeno al servicio público (afectaciones *a non domino*), accesión de cosa privada a bienes de dominio público (*“ouvrage public mal planté ne se détruit pas”*), entre otros. Las reglas propias de Derecho administrativo refuerzan esta posibilidad y, paralelamente, aumentan el campo de posible aplicación de la obligación de restitución del enriquecimiento. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, tanto la Sala de lo Contencioso-Administrativo como la Civil, que eventualmente ha conocido de estas reclamaciones frente a la Administración, y ello tanto en supuestos de construcción de la Administración sobre suelo particular, como de expropiaciones nulas que crean una situación fáctica irreversible por la construcción de las obras públicas (STS de 21 de diciembre de 1945, Aranzadi 109, de 20 de mayo de 1977, Aranzadi 2132, de 20 de noviembre de 1987, Aranzadi 9248, entre otras). Con unos u otros argumentos, invocando a veces el artículo 361 del CC, considerándolo o no como una especie de justiprecio pagado *a posteriori*, hablando o no expresamente de enriquecimiento injusto, lo que realmente se aplica y da solución satisfactoria a los problemas planteados es esta

figura y en el fondo se condena a la Administración a restituir el enriquecimiento injusto obtenido.

b) *Quando la Administración, aunque devuelva el bien que ilícitamente usurpó, se haya enriquecido con los frutos de la cosa ajena o por la simple utilización de la misma.* El Derecho civil cuenta con reglas específicas para los frutos. La solución hay que buscarla en los artículos 451 y 455 del CC. Ninguno de los dos consagra una regla igual a la restitución del enriquecimiento injusto: el primero, para el poseedor de buena fe, impone un régimen más beneficioso para éste que el que le supondría la aplicación directa y pura del enriquecimiento injusto, pues le permite hacer suyos los frutos sin compensación alguna; el segundo, para el poseedor de mala fe, prevé para éste un régimen más perjudicial que el de la restitución del enriquecimiento injusto, pues debe abonar tanto los frutos percibidos como los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. No hay, sin embargo, una solución en el Código civil sobre el provecho obtenido con el simple uso de la cosa ajena, pero parece razonable admitir, al menos para el poseedor de mala fe, la obligación de restitución del enriquecimiento que ello represente.

Aunque pudiera parecer razonable aplicar las mismas soluciones a la Administración, es difícil sostenerlo. En Derecho administrativo hay reglas e instituciones que, aunque no pensadas específicamente para dar solución a estos casos, podrían resultar de aplicación; al menos, los principios generales que latan en ellas. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad patrimonial de la Administración que llevaría normalmente a condenar a la Administración a indemnizar por los daños que originó su posesión ilegítima, aunque hubiera sido de buena fe, puesto que la responsabilidad surge incluso sin culpa y por actuaciones lícitas; o en las ocupaciones temporales reguladas en la LEF y a las que se podrían asimilar en parte estas usurpaciones administrativas que terminan en la devolución del bien a su legítimo poseedor, al menos en lo que se refiere a sus consecuencias patrimoniales... Estas instituciones, sobre todo la de la responsabilidad patrimonial de la Administración, son las que deben inspirar la solución en los casos que nos ocupan. Con todo, puede ocurrir que no haya daños para el desposeído temporalmente, o que haya pasado el año de la acción de responsabilidad... Podría, según creo, aceptarse una acción de enriquecimiento injusto contra la Administración, sin que los artículos 451 y 455 del CC lo impidieran pues la prohibición de enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, también y específicamente del Derecho administrativo, que se autointegra sin necesidad de acudir al Derecho civil.

La STS de 23 de noviembre de 1999 (Aranzadi 1371) ofrece un interesante supuesto de enriquecimiento de la Administración por hacer suyos los frutos de una cosa ajena que poseyó durante algún tiempo. En sínte-

sis, se trataba de que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana explotó unas playas mediante la instalación de hamacas y sombrillas contratando tales servicios con terceros. Después quedó acreditado que esas playas eran propiedad particular y, con independencia de que se restituyera la posesión, el propietario reclamó las cantidades que había ingresado el Ayuntamiento. Lo hizo ejerciendo una acción de responsabilidad, no propiamente la *actio de in rem verso* o la *condictio* por intromisión, y es la responsabilidad patrimonial la que declara el Tribunal aunque apuntando expresamente su relación con el enriquecimiento injusto. Así se dice que es “el principio de enriquecimiento injusto el que fundamenta su reclamación de responsabilidad”. Y también, “la obtención por la Administración de los beneficios derivados del uso de la finca cuya posesión no le pertenecía [...] transforma dicha percepción en un supuesto de enriquecimiento injusto”, aunque finalmente ello le lleve a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es claramente uno de esos supuestos en que concurrían simultáneamente la acción de responsabilidad y la de enriquecimiento injusto. En el caso, se ejerció la primera y es la responsabilidad administrativa la que justificó la condena de la sentencia. Pero perfectamente, y aun con más precisión, todo podía haberse basado en el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa. Incluso, si hubiera pasado el año de prescripción de la acción de responsabilidad, sólo el enriquecimiento injusto habría permitido resarcir al propietario. Sea como fuere, se observará que la sentencia no se plantea siquiera la aplicación de los artículos 451 y 455 del CC.

## 7.2. *Condictio* por inversión

Se refiere a supuestos de enriquecimiento obtenidos a costa de un sujeto que, sin ejecutar una prestación ni pretender cumplir una obligación propia, realiza una inversión (de sus bienes o de su trabajo) o un desembolso que aprovecha a otro, en nuestro caso, a una administración. Cabe imaginar dos tipos de supuestos en los que, tal vez, podría admitirse y, en tal caso, dar origen a dos modalidades de la *condictio* por inversión: la *condictio* de regreso y la *condictio* por expensas.

a) Cuando un tercero pague o cumpla las obligaciones de la Administración (*condictio* de regreso). En Derecho civil, cualquier persona puede hacer el pago de una

deuda de otro, ya sea con la aprobación del deudor (artículo 1210.2 del CC), ya sea ignorándolo éste (artículos 1158.1 y 1159 del CC), ya sea incluso contra la expresa voluntad del deudor (artículo 1158.3 del CC). Y todo ello haciéndolo conscientemente, es decir, con conocimiento de que se cumple una obligación ajena (extremo que diferencia estos supuestos de los de pago de lo indebido que se resuelven por la vía de la *condictio indebiti*). Las soluciones del Código civil en lo que aquí interesan son éstas: si el tercero paga contra la expresa voluntad del deudor tiene derecho a repetir de éste aquello en que le hubiera sido útil el pago (artículo 1158.1 del CC); si no existe esa expresa voluntad contraria del deudor, tendrá derecho a que el deudor le restituya todo lo que hubiera pagado (artículos 1158.2 y 1210.2 del CC). Aunque con algunos matices, la jurisprudencia y la doctrina creen que todo ello coincide con la obligación de restitución del enriquecimiento injusto que se corresponde con la idea de *condictio* de regreso. Lo que importa saber es si las mismas soluciones son las correctas cuando un tercero pague las deudas de la Administración. De la STS de 6 de abril de 1987 (Aranzadi 4234) podría deducirse una respuesta positiva; de la STS de 4 de junio de 1957 (Aranzadi 2572), una respuesta negativa. En realidad, más bien hay que partir de que la regla de que cualquier persona, aun sin interés en el cumplimiento de la obligación e ignorándolo el deudor, puede hacer el pago con efectos liberatorios, no rige cuando la deudora es la Administración. Si esto es así, el pago hecho por un tercero no liberaría a la Administración y, por tanto, no la enriquecería: en consecuencia, no cabría la *condictio* de regreso y la solución habría que buscarla por otras vías. Pero en algunos casos, el pago hecho por un tercero sí sería admisible y tendría valor solutorio: así cuando el *solvens* sí tiene algún interés en el cumplimiento de la obligación (por ejemplo, cuando la mora de una Administración está perjudicando los intereses públicos confiados a otra) o cuenta con un asentimiento, al menos tácito, de la Administración deudora.<sup>13</sup> En estos supuestos, se podrá admitir una *condictio* de regreso del tercero frente a la Administración deudora en la medida en que sea la forma de evitar un enriquecimiento injusto y siempre que ello no choque con otras reglas y principios del régimen administrativo.

b) Cuando un sujeto realice gastos o trabajos sobre una cosa de la Administración que incremente el valor

13. Ésta es la situación que se planteaba en la STS de 21 de septiembre de 2000 (Aranzadi 7299). El Ayuntamiento de Santander, en unas reuniones a las que asistieron un concejal y varios técnicos municipales, aceptó contribuir al pago de una obra de competencia estatal en la cantidad de 10.000.000 de pesetas, pero una entidad privada, a la que beneficiaba esa obra, se comprometía, además de a sufragar otra parte, a adelantar la aportación municipal, como efectivamente hizo. Luego, cuando la entidad privada solicita el reembolso de lo que pagó por el Ayuntamiento, éste se opone por entender que ni

el concejal ni los técnicos podían comprometer a la corporación. La sentencia condena al Ayuntamiento al pago aplicando, sobre todo, el principio de confianza legítima pero invocando también el enriquecimiento injusto. En realidad, bien podría haberse sostenido la eficacia del compromiso municipal de pagar parte de la obra con fundamento en la confianza legítima y entender, por otra parte, que la situación de la entidad privada era la de un tercero que había pagado por la Administración y que ahora ejercía la *condictio* de regreso.

de ésta (*condictio por expensas*). Sólo se incluyen aquí las expensas realizadas sobre bienes de la Administración que no se hayan realizado con la intención de cumplir una obligación, que no se hayan realizado *solvendi causa*, pues de lo contrario caerían en el ámbito de la *condictio* de prestación. Aun así, interesa referirse al menos a dos tipos de supuestos.

a) Expensas de los poseedores a título de dueño. El Código civil se ocupa de ello en los artículos 453 a 455. Prescindiendo de los gastos suntuarios, que por definición no incrementan el valor de la cosa a la que se incorporan, y, por tanto, no originan enriquecimiento, el esquema es el siguiente: los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, incluso de mala fe, obligación que tiene su fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto; los gastos útiles sólo se abonan al poseedor de buena fe que tiene un derecho que se conecta con la prohibición de enriquecimiento injusto y cuya cuantía puede ser igual al importe de los gastos o al incremento de valor de la cosa (regla semejante a la del doble límite del enriquecimiento y del empobrecimiento); el poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen los gastos útiles, con lo que el Código civil, para sancionar la mala fe, se aparta de la idea de prohibición de enriquecimiento injusto. Las mismas reglas –o los principios de justicia subyacentes en ellas– deben aplicarse a las expensas realizadas sobre bienes de la Administración por sus poseedores a título de dueño, salvo que existan reglas especiales. Aunque no se apliquen directamente los preceptos del Código civil, el principio de prohibición del enriquecimiento injusto conducirá a soluciones similares. Incluso la excepción del poseedor de mala fe también debe aquí regir pues sería insólito que el poseedor de mala fe de bienes administrativos recibiera mejor trato que el usurpador de bienes privados.

Dentro de este apartado pueden incluirse las expensas sobre bienes poseídos en virtud de contrato ineficaz de manera que finalmente hay que devolverlos a la Administración con las mejoras realizadas. Quien dispone de una cosa en virtud de contrato nulo debe ser considerado como mero poseedor (poseedor normalmente de buena fe), puesto que el contrato nulo no produce efectos. Tendrá o no derecho al abono de las expensas conforme a las reglas expuestas. Lo mismo ocurre si se produce la condición resolutoria que se hubiere establecido. Pero hay un supuesto que cuenta con una regulación específica: gastos realizados por quienes disfrutaban de bienes patrimoniales de la Administración en virtud de cesiones gratuitas y que, por no destinarlos al fin previsto, tiene que devolverlos a la Administración con todas sus pertenencias y accesiones, incluidas las mejoras realizadas, según disponía el artículo 97 del RBEL de 1955 y, ahora, el artículo 111.3 del RBEL de 1986. La jurisprudencia se ha mostrado vacilante: en las STS de

15 de febrero de 1985 (Aranzadi 2647) y de 23 de junio de 1987 (Aranzadi 6521), se niega todo derecho de compensación, de manera que, a la postre, consagra un enriquecimiento injusto de la Administración; en las STS de 3 de febrero de 1986 (Aranzadi 894) y de 10 de marzo de 1972 (Aranzadi 2107) se condena a la Administración a abonar las expensas. Creo que esta última es la solución correcta cuando la no-continuación del bien en el destino del bien cedido es ajena al autor de la voluntad de las expensas, en aquellos en que éste actuó de buena fe y en los que las mejoras se hicieron precisamente para cumplir con el uso que la Administración impuso al ceder el bien.

b) Expensas sobre bienes de la Administración sin posesión a título de dueño. Los supuestos pueden ser muy variados. Incluso es posible que se hagan como gestor de negocios ajenos. Frente a una postura mayoritariamente contraria a la admisión de esta figura en Derecho administrativo, no veo imposible que cuando el particular trate de evitar algún perjuicio inminente y manifiesto (arg. artículo 1893, par. 2, del CC) para los bienes públicos, o hubiera alguna forma de ratificación por la Administración, o el particular hubiera actuado con algún asentimiento administrativo... tenga derecho a una compensación que evite el enriquecimiento injusto. Pero el caso más interesante es el de quien cuenta con un título administrativo para poseer el bien de la Administración sobre el que realiza gastos sin que estuviera obligado a ello por el título y sin pretender gestionar los asuntos de la Administración sino simplemente para su mejor utilización y disfrute. Los gastos necesarios no deben ser, en principio, compensados por la Administración ya que, en realidad, son obligatorios para el poseedor (artículo 49 de la LPE). El problema, pues, se ciñe a las mejoras útiles realizadas voluntariamente por el poseedor que reconoce la titularidad de la Administración y que sabe que habrán de revertir, junto con el bien, a la Administración. Incluso sin considerar la posible ilegalidad de la actuación del poseedor, el rechazo de su derecho a una compensación se impone y el consecuente enriquecimiento de la Administración no acontecerá sin causa ni deberá ser considerado injusto. Así lo ha entendido la STS de 11 de junio de 1984 (Aranzadi 4087) para el caso de un precarista, y la misma solución se desprende de la legislación para el concesionario de dominio público [artículos 72.3 y 89.c) de la LC, y artículo 51.4 de la LA]. Fuera de estos casos, la misma negativa debe imponerse con carácter general.

### 7.3. *Condictio por prestación*

Tal como la configura Díez-Picazo, se da cuando el enriquecimiento se ha producido en virtud de una prestación (normalmente realizada *solvendi causa*) que se frustra por “no-producción o por desaparición de la

finalidad a que iba enderezada". La prestación que supone el enriquecimiento debe haberse realizado "con la finalidad de ejecutar un plan jurídico obligatorio" aunque puede partir de una obligación existente o "supuestamente existente", de origen legal o negocial. Prescindiendo aquí de la devolución de los ingresos de Derecho público indebidos, que cuentan con una regulación propia, conviene al menos considerar dos campos de aplicación.

a) *Condictio de prestación frente a la Administración por trabajos o servicios personales sin relación funcional o de empleo.* Sólo nos interesan ahora los enriquecimientos derivados del simple trabajo que supone un ahorro de gastos para la Administración y una ganancia dejada de obtener para el "trabajador", no los que dan origen a una obra o cualquier otro resultado material. Si es el enriquecimiento que se produce con esa obra o ese resultado material lo que se reclama, habrá que reconducirlo a otros supuestos. También excluimos los trabajos asimilables a los de un contratista o reconducibles a la gestión de negocios ajenos. Sólo nos referimos aquí al posible juego de la *condictio* de prestación ante servicios realizados en favor de la Administración con una integración en la misma similar a la del funcionario o empleado laboral. Esto coincide en parte con la figura del funcionario de hecho pero ésta atiende sobre todo a los problemas de imputación de los actos de éste y sus efectos a la Administración, mientras que nosotros sólo pretendemos analizar las consecuencias patrimoniales derivadas del eventual enriquecimiento administrativo y que, anticipémoslo ya, deben resolverse por regla general reconociendo la obligación administrativa de pago basada en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto. El Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de junio de 1989, resolvió idéntica cuestión afirmando sin más como principio la regla "servicio prestado, servicio retribuido". El Tribunal Supremo ha llegado a la misma solución invocando expresamente la prohibición de enriquecimiento administrativo en sus interesantes sentencias de 19 de noviembre de 1986 (Aranzadi 909 de 1987) y de 12 de julio de 1994. En todos estos casos, siempre casualmente relacionados con la sanidad, se condenó a la Administración a pagar las prestaciones realmente realizadas aunque no había nombramiento o era ilegal, incluso ya anulado con anterioridad. Con ciertas cautelas, asegurando que el trabajador hubiera actuado de buena fe y con cierta anuencia de la Administración,

la solución puede extenderse a otros supuestos. Pero, pese a que el artículo 9 del ET refuerza esa dirección, no deben extraerse conclusiones precipitadas y debe tenerse en cuenta que, en algunos casos, los principios de la función pública podrán suministrar fundamento al enriquecimiento.

b) *Condictio de prestación en relación con contratos administrativos.* Realmente es en este campo donde las aplicaciones jurisprudenciales son más numerosas. Cabe distinguir dos supuestos fundamentales: a) Prestaciones realizadas en ejecución de contratos administrativos inválidos y antes de que se declare la anulación, y b) Prestaciones en ejecución de actos nulos de modificación del contrato por ejercicio inválido del *ius variandi*.

a) *Prestaciones realizadas en ejecución de contratos administrativos inválidos antes de que se declare su anulación.* Si el contrato se ha ejecutado total o parcialmente por una o por las dos partes, el ordenamiento tiende a aniquilar todos los efectos producidos, de manera que se vuelva a la situación anterior como si el contrato nunca hubiera existido. A esto responde el artículo 66.1 de la LCA (como ya antes el artículo 47 del RCE): el contrato "entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor". Pero la jurisprudencia sistemáticamente ha resuelto la situación creada por la ejecución de contratos administrativos nulos o anulables acudiendo a la prohibición de enriquecimiento injusto y, en consecuencia, a dulcificar la idea de la aniquilación total de los efectos de los contratos: partiendo de que las prestaciones realizadas por el contratista no pueden ser restituidas por la Administración, los tribunales la condenan a restituir el enriquecimiento obtenido con ella.

De hecho, lo que en muchos casos ha ocurrido es que el contratista ejercía una acción exigiendo el cumplimiento del contrato por parte de la Administración y, alegada por ésta la nulidad del contrato, los tribunales condenan a la Administración al pago, pero no en virtud del contrato considerado nulo, sino en virtud del enriquecimiento.<sup>14</sup>

Pero en otros muchos supuestos el enriquecimiento injusto se utiliza de otra forma, aunque con la misma finalidad: se invoca para justificar que no se entienda nulo el contrato y que produzca efectos, sobre todo el efecto de mantener la obligación contractual de pago

14. En algunos casos, los tribunales acuden más bien a la gestión de negocios ajenos considerando que el contratista, ya que el contrato es nulo, ha actuado como un gestor oficioso de la Administración. Así ocurre en la STS de 22 de mayo de 2000 (Aranzadi 4815): contestando a las alegaciones municipales sobre la nulidad del contrato por falta de procedimiento para contratar y por incompetencia de quienes encomendaron los trabajos a la empresa, el Tribunal Supremo explica que "las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento de Ceuta no se derivan de un contrato

administrativo [...] justificando la procedencia del pago de la cantidad reclamada por S. S.A. en la llamada gestión de negocios de la Administración, transplante al campo del Derecho público de la teoría de la *negotiorum gestio* como fuente de las obligaciones (pues) existe en el supuesto de autos [...] un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la corporación demandada y la sociedad reclamante, y, además de ello, basado en el aludido pago en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa del Ayuntamiento".

de la Administración; o sea, para que no se produzca un enriquecimiento injusto, se mantiene la validez y eficacia de un contrato afectado de vicios de nulidad. Ejemplo claro de ello hay en la STS de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi 1842), donde se trata de “evitar la consecuencia anulativa” para que no se produzca un enriquecimiento injusto. Es una utilización impropia del enriquecimiento injusto que, propiamente aplicado, hace surgir una obligación específica distinta de la contractual y no debe servir para mantener la validez de un contrato y de la obligación nacida de él. Si acaso, para ello sería más oportuno servirse del artículo 106 de la LAP y de la idea de equidad como límite a las anulaciones. Pero aun así quizá esta forma de proceder de los tribunales se explique por el hecho de que los contratistas ejercen una acción de cumplimiento del contrato y, ante ello, al tribunal le dé cosa cambiar la *causa petendi*.

No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad. Algunas STS, absolutamente minoritarias, así lo han entendido.<sup>15</sup> Pero la inmensa mayoría no tiene inconveniente en condenar a la Administración al pago como restitución del enriquecimiento injusto obtenido aunque no se haya declarado formalmente la nulidad del contrato. Dos sentencias del Tribunal Supremo son especialmente ilustrativas:

Por una parte, la STS de 30 de septiembre de 1999 (Aranzadi 8331). El Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera (Córdoba) acordó reconocer unas deudas en favor de quienes, a lo largo de varios años, habían realizado ciertas obras en favor del municipio en virtud de contratos cuya nulidad (por realizarse sin expediente ni procedimiento de selección de ningún tipo por órgano incompetente y sin consignación presupuestaria) nadie discute. El Abogado del Estado recurrió el acuerdo por entender que, siendo nulos los contratos, no cabía acordar pagar su precio. Pero la sentencia dice que en ningún momento se ha establecido que las deudas tengan su origen en los contratos sino “directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos (de las deudas) han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto”.

15. También es la solución que frecuentemente ha impuesto el Consejo Consultivo de Andalucía. Así, por ejemplo, entre otros, en su Dictamen 2/1995, de 12 de enero (núm. marginal 26 de la Recopilación de doctrina legal de 1995) rechaza la propuesta de la consejería correspondiente de pagar a los contratistas las prestaciones realizadas en virtud de un contrato nulo acudiendo directamente al enriquecimiento injusto: por el contrario, aunque el mismo Consejo reconoce la palmaria nulidad radical del contrato en cuestión, estima que hay que proceder a la “declaración de

Por otra parte, la STS de 20 de diciembre de 1995 (Aranzadi 8989), sobre el pago a un arquitecto de trabajos realizados en favor del Ayuntamiento en virtud de un contrato que pudiera ser nulo y contra el que, de hecho, el Ayuntamiento estaba tramitando su revisión de oficio. Según la sentencia, el Ayuntamiento debe pagar “al margen de la solución final que pudiera darse a la acción revisora de oficio (previo informe del Consejo de Estado) que el Ayuntamiento ha incoado tras advertir vicios formales [...] pues, sea cual sea la decisión final del proceso revisor, las actividades efectivamente encargadas y de hecho realizadas por el arquitecto contratado [...] deben serle remuneradas”.

Otra posibilidad: STS de 23 de abril de 1996 (Aranzadi 5473): alguien pide la nulidad de un contrato y que se devuelvan las cantidades pagadas. El Tribunal Supremo acuerda la nulidad pero no la devolución de las cantidades pagadas por varios argumentos, entre ellos, que ello ocasionaría un enriquecimiento injusto. Pero, al menos, sí convendría introducir dos matizaciones: la primera, que el contenido de la obligación de restitución del enriquecimiento no tiene que ser idéntico a la que habría nacido del contrato; la segunda, que podrían admitirse, atendiendo a la conducta del contratista, supuestos de enriquecimientos administrativos excluidos o exceptuados de la obligación restitutoria (por ejemplo, contrato ejecutado pero nulo por ser el contratista el hijo del alcalde).

b') Prestaciones en ejecución de actos nulos de modificación del contrato por ejercicio inválido o sólo aparente del *ius variandi*.

La jurisprudencia es abundantísima sobre enriquecimientos injustos producidos por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado y por las que estaba retribuido en el contrato y sin que haya un ejercicio válido del *ius variandi*.

Es evidente que la legislación de contratos públicos y los pliegos de condiciones niegan al contratista toda posibilidad de modificaciones que no sean las acordadas correctamente y que, desde luego, caso de producirse, excluyen radicalmente el derecho a cobrarlas.<sup>16</sup> La Administración suele invocar insistentemente todo esto para oponerse a las pretensiones de cobro pero sólo con parcial éxito y, por así decirlo, con una victoria pírrica porque lo que todos esos preceptos significan es que no surge un derecho contractual al cobro ni un derecho expresamente amparado por la legislación de contratos,

nulidad de los actos separables por el órgano competente, pero a través del procedimiento legalmente establecido (artículo 102 de la Ley 30/1992) y no por cualquier otro, como se hace en el expediente remitido para consulta, en el que, sin más, se da por existente la nulidad de pleno derecho del contrato y se derivan sus consecuencias hacia la responsabilidad patrimonial de la Administración, al socaire de la figura del enriquecimiento injusto”.

16. P. 431 a 438.

pero nada de ello alcanza a excluir que, al margen, surja, como consecuencia del principio general que veda el enriquecimiento injusto, un derecho a su restitución de contenido idéntico o similar al que tendría el contratista si la modificación se hubiera introducido legalmente.<sup>17</sup> Así que, a fin de cuentas, siempre hay que pagar los excesos de obras, aunque sean ordenados irregularmente. Lo expresa con toda claridad y sencillez la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659): una vez admitido el exceso de obras respecto al inicialmente establecido en el contrato, dice que “la inexorable consecuencia es la obligación que el Ayuntamiento tiene de hacer frente a las consecuencias económicas que de ese hecho se derivan. Las vías que se ofrecen para esta solución son las de entender que se ha producido una ampliación o extensión de la obra y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o, *alternativamente*, y para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa a fin de que el Ayuntamiento haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto a la contractualmente pactada”.

Con todo, y como es característica extendida de la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre esta institución, las sentencias frecuentemente no optan entre esa alternativa a que con acierto se refiere la sentencia que se acaba de transcribir sino que mezclan fundamentos contractuales con los específicos del enriquecimiento injusto de manera que muchas veces éste aparece, más que como la fuente específica de la obligación administrativa de restitución, como un argumento para no declarar la nulidad del ejercicio irregular del *ius variandi* y condenar al pago como si el exceso de obras se hubiera realizado correctamente.<sup>18</sup> Pero tal forma de proceder es errónea y no aporta nada más que confusión. Frente a ella hay simplemente que afirmar que si se acordaron válidamente las modificaciones, sobran las alusiones al enriquecimiento injusto para fundamentar la condena al pago y si, por el contrario, se acordaron con vicios invalidantes, el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto suministra por sí solo fundamento suficiente de una obligación de pago, no argumentos para mantener a todo trance la validez de lo que realmente

debe considerarse nulo. Como lo dice muy expresivamente la STS de 8 de abril de 1998 (Aranzadi 3090), se trata de “cubrir el hueco dejado por el acto nulo” mediante una acción *in rem verso*, no de mantener la validez del acto para evitar el enriquecimiento injusto.

Aunque hablamos aquí de modificaciones irregulares o de ejercicio inválido del *ius variandi*, en realidad cabe incluir aquí todos los supuestos en que el contratista realiza prestaciones superiores a las que está obligado. Da igual que se trate sólo de aumentos de las unidades de obra o que merezcan la consideración de obras accesorias o complementarias o incluso independientes o que, según su cuantía, necesitaran una u otra tramitación.<sup>19</sup> Para que resulte aplicable el enriquecimiento injusto lo único importante es que haya prestaciones superiores a las pactadas y no se hayan acordado válidamente, sea cual sea el tratamiento que debieran haber tenido si se hubieran tramitado legalmente y sea cual sea el vicio de que adolezcan.<sup>20</sup> Lo confirma ahora la STS de 16 de octubre de 2000 (Aranzadi 8249):

“No es posible introducir una diferenciación conceptual, a efectos de aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, entre incrementos de unidades de obra, excesos en la ejecución de las obras, ejecución de obras complementarias necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico. Siempre que se realizan obras, unidades de obras u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, y en todos los casos es aplicable el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración...”

Ahora bien, no todas las prestaciones superiores a las pactadas dan derecho al contratista a exigir la restitución del enriquecimiento administrativo. Es necesario para que tal derecho surja que el contratista haya realizado las prestaciones superiores siguiendo alguna orden o indicación de la Administración. Entre otras, es explícita reconociendo este requisito la STS de 28 de mayo de 1996 (Aranzadi 4203), según la cual los defectos procedimentales en la tramitación de las modificaciones “no pueden constituir obstáculo para el abono del

17. Un ejemplo típico de ello lo ofrece la STS de 26 de febrero de 1999 (Aranzadi 2338): el Ayuntamiento, como es habitual, alega que “no ha habido proyecto adicional aprobado por la corporación, ni autorización al director de las obras para su ejecución, ni contrato administrativo o civil alguno”, sino “obras que modificaban el contrato principal en cuantía superior al 50%”, infringiendo todas las reglas. Pero para la sentencia nada de ello es atendible “porque el problema planteado no consiste en determinar si se celebró o no en debida forma un contrato de ampliación de las obras [...] sino en decidir si las obras se ejecutaron o no en beneficio del Ayuntamiento y si, como consecuencia de ello, éste ha experimentado un enriquecimiento injusto que le constituye en la obligación de pagar las obras realizadas al contratista”. Igualmente, STS de 15 de junio de 1999 (Aranzadi 6449): “no es lícito argüir que las obras adicionales no fueron aprobadas por la Administración contratante o que ésta no autorizase al director de las mismas ordenar su ejecución o que

ni siquiera fueron ordenadas por escrito al contratista, porque el principio de inalterabilidad de los contratos no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista.”

18. P. 453 a 456.

19. En este sentido es esclarecedora la STS de 11 de julio de 1997 (Aranzadi 5929) que, confirmando la condena a la Administración por enriquecimiento injusto y rechazando la alegación de “inaplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injusto con fundamento en la cuantía del exceso de obras respecto a la contratada” (era casi del mismo importe que el contrato inicial), aclara que nada importa a este respecto que se superase el tope del 20% que sólo tiene relevancia a efectos de la correcta modificación del contrato pero no para imponer la restitución del enriquecimiento obtenido.

20. P. 425 a 427.

importe de las obras realizadas (vía enriquecimiento injusto) *siempre que éstas fueran ordenadas o contratadas por personas que tuvieran apariencia efectiva de potestad*". Si hay ejercicio inválido del *ius variandi*, aunque sólo sea una apariencia de tal o alguna indicación de la Administración, la jurisprudencia reconoce el derecho del contratista al abono de sus prestaciones fundándolo en el enriquecimiento injusto,<sup>21</sup> siendo indiferente que la prestación (normalmente exceso de obra) fuese necesaria para la ejecución o simplemente útil, pues basta que produzca enriquecimiento para la Administración.<sup>22</sup> Lo único importante es que pueda detectarse algo similar al "asentimiento" administrativo al que antes nos referimos con carácter general. Pero de inmediato hay que destacar que el Tribunal Supremo tiende a considerar que existe tal asentimiento cuando para el contratista hubo una simple apariencia de que la Administración instaba la prestación, bastando a veces una voluntad implícita o la proveniente de personas que, en realidad, no la representaban ni podían acordar ni remotamente los cambios introducidos.<sup>23</sup> Normalmente se trata de órdenes de los directores de obras, aunque sin seguir el procedimiento pertinente y yendo mucho más allá de lo que les está permitido, incluso, a veces, en contra de lo querido por la Administración. Reveladora es la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659):

"Por lo que hace a la parte de obras realizadas sin consentimiento del Ayuntamiento pero por orden del director de las obras es evidente la procedencia de su pago por el Ayuntamiento, pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cierto es que el director de la obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista. Otra cosa es, y esto parece insinuar el Ayuntamiento, que el director de la obra haya favorecido al contratista frente a la Administración [...]. Sin embargo, en principio, la posición del director de las obras es la de servidor de la Administración y a tal concepto nosotros hemos de atenernos."

21. P. 445 y 446. Muchas veces las sentencias no proclaman formalmente esta exigencia ni dicen que, de no existir, no se condenaría a la Administración. Pero siempre que condenan a la Administración a pagar se encargan de aclarar que el contratista no ha realizado el exceso de obras espontáneamente y por su propia voluntad. Por ejemplo, en la STS de 26 de febrero de 1999 (Aranzadi 2388) se lee: "la ejecución de la ampliación de las obras no es imputable al contratista, como se deduce de la declaración testifical prestada por [el] director de las obras, así como de que el Ayuntamiento de [...] no mantiene que la referida ampliación sea debida a dolo o culpa del mencionado contratista"; o en la STS de 8 de abril de 1998 (Aranzadi 3090) se dice: "ejecutándose por el contratista según instrucciones verbales del ingeniero director de las obras y del propio alcalde." Igualmente, en la STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759): "se había producido un exceso de obras [...] que [...] había tenido lugar no por iniciativa del constructor sino a instancia de los propios órganos municipales." Y en la STS de 15 de junio de 1999 (Aranzadi 6449) se afirma que "si efectivamente fueron ordenadas las obras, como se ha produ-

Pero, a veces, la apariencia es aún más remota. Un caso extremo es el de la STS de 11 de julio de 1997 (Aranzadi 5929), en el que las modificaciones en unas obras municipales parece que las instaba la Unión Deportiva Las Palmas, que, además, era la que disfrutaba de las instalaciones, pero "si bien es cierto que no consta un consentimiento explícito del Ayuntamiento de Las Palmas al exceso de obra realizada, es evidente que conoció la realidad de su ejecución, y, en consecuencia, pudo y debió manifestar su oposición a que las obras controvertidas fueran llevadas a cabo. Al no hacerlo así ha de soportar las consecuencias derivadas del enriquecimiento que para el ente demandado suponen las obras realizadas". Así, parece que basta, no ya un asentimiento derivado de quien tenga apariencia de potestad, sino incluso una simple tolerancia administrativa con el exceso del contratista.<sup>24</sup>

Por el contrario, si ni siquiera hay eso, es decir, cuando los contratistas realizan espontáneamente prestaciones superiores a las pactadas, sin que de ninguna forma pueda entenderse que seguían indicaciones de la Administración, ni siquiera nulas o aparentes, ni han contado con la tolerancia de la Administración, entonces la regla general es que no existe derecho a su abono. Ello, no obstante, cuenta con una excepción capital: si esa prestación no pactada era absolutamente imprescindible para el cumplimiento del contrato, y por ello la realizó el contratista, entonces sí se le reconoce derecho a su abono con fundamento en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto.<sup>25</sup> En cierto modo, en esa absoluta necesidad de la prestación podría verse algo similar a un "asentimiento implícito" de la Administración.

## 8. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en el Derecho civil y su traslación al Derecho administrativo

### 8.1. Hay demasiadas torpezas

Hay puntos oscuros en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Pero, como mínimo, su estudio en Derecho civil deja claro que el significado que suele

cido y probado en el caso examinado, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia (del incumplimiento) de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe, puesto que consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad".

22. P. 446 a 449.

23. P. 449 a 453.

24. La misma idea se desprende de la STS de 1 de julio de 2002 (Aranzadi 7075), que llega a hablar de un consentimiento tácito simplemente deducido de la no-paralización de las obras: "con independencia de la existencia o no de órdenes de ejecución por parte de los técnicos municipales, es lo cierto que la empresa constructora del aparcamiento subterráneo realizó dicho exceso de obras con el consentimiento tácito de la Administración municipal, que debió paralizar las realizadas fuera del proyecto."

25. P. 438 a 444.

atribuírsele poco o nada tiene que ver con lo que las sentencias contencioso-administrativas que la invocan pretenden decir con ella y que más bien parecen partir de una confusión. La confusión tiene su origen en que hay demasiadas torpezas y en el mal entendimiento de la *turpitud* o torpeza de que habla el aforismo. *Turpitud(-inis)* significa “ignominia, deshonor, infamia, vileza, vergüenza” y, en una segunda acepción, se traduce como “fealdad, deformidad”. *Turpis(-e)* es “vergonzoso, infame, indecente” y también “feo, repulsivo, repugnante”. Me atrevo a imaginar que esas segundas acepciones provienen de un moralismo que, viendo muy feo hacer cosas indecentes, llegó a identificar *turpitud* con fealdad. A lo que hoy llamamos normalmente torpe se llamaba en latín *tardus* y *stolidus*, y a la torpeza *inertia*. En el Diccionario de la Real Academia aparece todavía *turpitud* como sinónimo anticuado de torpeza y *turpe* como torpe. Pero *torpe* no tiene sólo el significado usual de “desmañado, falta de habilidad o destreza” o de “rudo, tardo en comprender”. Aparecen estas otras acepciones que nos ponen en el buen camino para entender la regla: *torpe* es “deshonesto, impúdico, lascivo”; y algo más ampliamente “ignominioso, indecoroso, infame”. *Torpeza* es la “calidad de torpe” y, por tanto, con las mismas acepciones variadas de torpe, incluida la que lo relaciona con lo inmoral, que es lo que aquí interesa.

En efecto, la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* –también formulada como *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* o *propria turpitudinem allegans non auditur* o simplemente *nemo auditur* para los familiarizados con ella<sup>26</sup> tiene que ver con la inmoralidad en general. Si acaso, se puede reconocer muchas veces la tendencia a conectarla más concretamente con lo deshonesto, lo impúdico y lascivo,<sup>27</sup> pero sin excluir otras formas de inmoralidad. La regla no se agota en la lascivia y, junto con los ejemplos siempre repetidos de los pagos y regalos a meretrices y concubinas o los con-

26. Sobre las diferentes maneras con las que la regla es formulada o aludida véase CERDÁ OLMEDO, M. “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 1187. Después veremos incluso otras formulaciones que pretenden matizar el significado de la regla. En las fuentes se encuentra indistintamente *propria* y *propiam*.

27. No es impertinente recordar que no es lo mismo honrado que honesto o que, por lo menos, no lo era. LÁZARO CARRETER, F. *El dardo en la palabra*, Barcelona, 1997, p. 562, explica que antes estaba claro que “la honradez habitaba al norte y la honestidad al sur del ecuador corporal”. Los académicos dieciochescos, recuerda, definían la honradez como “aquel género de pundonor que obliga al hombre de bien a obrar siempre conforme a sus obligaciones, y cumplir la palabra en todo”; mientras que honestidad era “moderación y pureza contraria al pecado de la lujuria”. Pues eso: que llegados al *nemo auditur* las referencias a meretrices y concubinas son frecuentes y tiene uno la impresión de que la inmoralidad de la que se habla tiene mucho que ver con la lujuria o, como lo dice el mismo Lázaro Carreter, con el buen orden de la libido. Y no está esto del todo desorientado pues, como ya hemos visto, torpe es, según el DRAE, antes que genéricamente ignominioso o infame, “deshonesto, impúdico o lascivo”.

28. Así ocurre en Alemania (§ 817 BGB) y en Suiza (artículo 66 del Código

tratos sobre casas de tolerancia, también son típicos los de entrega de dinero a funcionarios para que resuelvan en tal sentido o a cualquier persona para que delinca, se abstenga de hacerlo o devuelva el producto de su delito. Y, de hecho, el Código civil, en los preceptos que consagran el *nemo auditur*, no circunscribe la inmoralidad contemplada a la contraria a la honestidad y distingue los supuestos en que medie un delito o falta cualquiera (artículo 1305) y aquellos otros de causa torpe pero no constitutivos de delito (artículo 1306).

Con estas precisiones terminológicas estamos ya en disposición de afrontar el significado del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en Derecho civil, paso previo para analizar su utilización en Derecho administrativo.

## 8.2. El *nemo auditur* en los artículos 1305 y 1306 del Código civil: exclusión de la restitución de lo entregado con causa torpe

En Derecho civil, el *nemo auditur* aparece siempre como una excepción a la regla general de restitución de lo cobrado indebidamente, o sea, a la acción que tiene el que pagó indebidamente contra el *accipiens*. Por ello, algunos códigos recogen esa regla al regular el pago de lo indebido o el enriquecimiento injusto.<sup>28</sup> Nuestro Código civil, sin embargo, acoge la regla en el capítulo dedicado a la nulidad de los contratos (artículos 1305 y 1306), de modo que aparece más específicamente como una excepción a la recuperación del pago de lo indebido cuando éste tiene su origen en un contrato nulo.<sup>29</sup> Aunque con alguna reiteración y diferenciaciones innecesarias, lo que establecen los artículos 1305 y 1306 del CC es la exclusión de la repetición por causa torpe: hay, por tanto, una atribución patrimonial de ilicitud cualificada o torpeza (inmoralidad) en la que se niega la posibilidad de repetición, es decir, la acción del torpe para pedir la restitución de lo pagado.<sup>30</sup>

de obligaciones). También la Compilación navarra: “Causa inmoral para el que pagó. Asimismo es irrepetible lo que se da a causa de un convenio inmoral para el que pagó, aunque lo sea también para el que cobró.”

29. Pero, en realidad, el supuesto de la previa existencia de un contrato es sólo un supuesto dentro de una regla más general que comprende también otros casos de atribución patrimonial inmoral sin la preexistencia de contrato. Por ello, como explica Delgado Echeverría, “en el fondo, no es incorrecta su situación en el Código, pues se presenta explícitamente como una excepción a las acciones del tipo de la *condictio indebiti* establecidas en el artículo 1303”. Véase LACRUZ BERDEJO, J. L.; MORENO LUNA, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. segunda, 2ª ed., Barcelona, 1987, p. 381.

30. Véase DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 1305”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., tomo XII, vol. 2ª, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 442. El mismo DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R. y CORDECH, P. S., 2ª ed., Madrid, 1993, tomo II, p. 555, lo sintetiza así: “En esencia, ambos artículos (1305 y 1306) responden a un solo principio y contienen una sola norma básica, la exclusión de la repetición de lo dado por causa torpe, pero lo presentan repetitivamente.”



En esa exclusión consiste y se agota el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No hay más. En concreto, no significa ninguna limitación a la posibilidad de alegar la causa de nulidad. Por el contrario, se admite –y el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no lo pone en cuestión– que no puede exigirse el cumplimiento del contrato nulo por inmoral y que cualquiera de las partes del contrato, incluido el tachado de *turpitududo*, puede alegar esa nulidad. Es decir, que, a ese efecto, sí se puede alegar la propia torpeza o inmoralidad: “Lo único que (el inmoral) no puede hacer es pedir la restitución de la atribución por él realizada.” De manera que, como explica Delgado Echeverría, sería más adecuado utilizar el brocardo “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”.<sup>31</sup> Si ni siquiera en ese caso el *nemo auditur* limita la posibilidad de alegar el vicio de causa u objeto inmoral, menos aún ha significado nunca que, fuera de los casos de torpeza propiamente dicha, las partes no puedan alegar los vicios invalidantes que ellas mismas hayan originado o que sean debidas a su torpeza en el sentido de falta de habilidad o destreza. Si es que alguna limitación de este tipo existe, no se ampara bajo el *nemo auditur*.

Una última aclaración es oportuna. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no merece ser considerada un principio general del Derecho, y ello por varias razones. Por lo pronto, es más bien una excepción a una regla general, la de restitución de lo pagado indebidamente y, más en concreto, la de la eliminación de los efectos del contrato nulo con la consecuente restitución de lo entregado (artículo 1303 del CC). Y, además, esa excepción ni tiene un claro y sólido

fundamento ni una naturaleza que permita su extensión ni conduce a consecuencias que se consideren justas en todo caso, sino más bien al contrario. Conviene recordarlo para valorar su eventual aplicación en Derecho administrativo. Por lo que se refiere al fundamento del *nemo auditur*, bastará recordar una de las teorías más repetidas. Es la justificación de la “indignidad procesal de quien basa su acción en un acto propio ilícito. La Justicia, se ha dicho, ante negocios infames, vuelve su rostro en un movimiento de cólera y asco”.<sup>32</sup> En la actualidad, se considera que su naturaleza es la de una pena civil, consistente en la privación de la protección jurídica, por una conducta infame, pena que pretende proteger la moral social.<sup>33</sup> Ni aquel discutible fundamento ni esta naturaleza facilitan su extensión fuera del ámbito estricto que marcan los artículos 1305 y 1306 del CC. En la misma dirección apunta la cuestionable y cuestionada justicia de la regla que, a veces, conduce a soluciones poco equitativas e, incluso, según se dice, poco morales.<sup>34</sup> Por ello, y esto sirve de colofón a lo que aquí se quiere destacar, no es de extrañar que la misma jurisprudencia civil mire con reticencias la regla y tienda a inaplicarla.<sup>35</sup> No nos pronunciaremos aquí sobre el fundamento, naturaleza y justicia o injusticia del *nemo auditur*, regla que, procedente del Derecho romano o del canónico, nos llegó a través de Las Partidas y consagra nuestro Código civil en forma similar a otros derechos. Pero lo dicho sí es suficiente para comprender que no puede ser considerado un principio general del Derecho y que tampoco hay razones para extender el ámbito de aplicación de esta regla más allá del establecido en los artículos 1305 y 1306 del CC.

31. *Elementos de Derecho civil, op. cit.*, II, vol. 2º, p. 382, y también en los comentarios a los artículos 1305 y 1306, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, p. 440 y ss., *passim*. Incluso antes, en el comentario en la misma obra al artículo 1302 del CC, p. 389, anticipa: “Los artículos 1305 y 1306 niegan, en ciertos casos, a una o a ambas partes la repetición de lo prestado en cumplimiento del negocio nulo [...] pero en ningún caso la facultad de hacer declarar la nulidad (y así, por ejemplo, evitar el cumplimiento).” Así era ya en el Derecho romano. CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur...*, *op. cit.*, p. 1188, dice que “el Digesto enseña que el litigante podía, si el contrato no había sido aún cumplido, invocar su propia inmoralidad”. Igualmente explica en la página 1189 que la misma solución regía en el siglo XIII, pues cabía “invocar la propia inmoralidad –por vía de excepción– en el caso de *periculum animae*, o sea, si se [...] comprometía un grave interés moral”. Sin embargo, en sentido contrario, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963, p. 203: “Cuando la ineficacia de un contrato provenga de ser ilícita o torpe la causa, el contratante, culpable de esta ilicitud o de este carácter torpe, carece de acción para pedir la ineficacia y no puede repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que el otro le hubiese prometido.” Ninguna objeción a las dos últimas consecuencias que señala, pero sí a la primera que, según creo, no ha reiterado Díez-Picazo en su obra posterior y que pone de manifiesto que la confusión de que aquí acusamos a la jurisprudencia contencioso-administrativa también se ha dejado sentir en Derecho civil.

32. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil, op. cit.*, II, vol. 2º, p. 383. Muy expresivamente recoge este fundamento CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur...*, *op. cit.*, p. 1193-1194: “Según este fundamento, la máxima tiene por misión evitar el planteamiento de situaciones inmorales *in pretorio*. La majestad de la Justicia estaría así preservada de roces infames. ‘Hay algunas causas –escribe Larombière– que los magistrados no pueden oír discutir delante de ellos sin el

riesgo de manchar su toga; es inadmisibles que tengan que decidir, entre dos tenedores de un burdel, cuál de ellos tiene razón. Es contrario a la decencia oír hablar de semejante proceso... La Justicia se esconde con un ademán de indignación y de asco’. Y en este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia francesa: ‘El templo de la Justicia debe cerrarse ante el que exhibe su deshonra y hace título de lo que debería ser su desvergüenza’ (Tribunal de Limoges, 27 de noviembre de 1844). Estas fórmulas, y otras semejantes, indican que se trata de proteger a la Justicia, pero, en realidad, a través de la Justicia, se trata de proteger a los seres que la representan, a los magistrados. Se tiende con ello a proteger a la Magistratura, que sufriría con la audición de los actos inmorales. Por tanto, según esta postura, la regla *nemo auditur* tiende a salvaguardar la dignidad del Tribunal, la respetabilidad de los jueces y el decoro de su función.”

33. Según DELGADO ECHEVERRÍA, J., “en nuestro Código, la finalidad penal es evidente en el artículo 1305 y creo que tiñe todo el ámbito de éste y del siguiente artículo”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, XVII, vol. 2º, p. 446.

34. CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur...*, *op. cit.*, p. 1195, afirma que “la aplicación del adagio provoca situaciones de verdadera injusticia, en contradicción con la equidad. Efectivamente, se da una contradicción en declarar que un convenio es nulo y a la vez mantener la producción de sus efectos, en contra de la regla *quod nullum est nullum producit effectum*, perjudicando en muchas ocasiones, no a las dos partes culpables, sino a la más excusable de ellas, víctima quizá de la habilidad o mala fe del contrario. En tales ocasiones sería más ajustado a la moral destruir la eficacia de la convención inmoral que dejar subsistir algunos efectos favoreciendo a una de las partes”. Igualmente, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, vol. 2º, 14ª ed., Barcelona, 1996, p. 439, afirma que lo que establece el Código civil con su consagración del *nemo auditur* “parece un saludable castigo para el que no puede obtener la restitución, pero no menos resulta un premio para el otro, que es tan culpa-

### 8.3. ¿Recepción del genuino *nemo auditur* en el Derecho administrativo?

¿Puede concederse un lugar a esta verdadera y genuina regla del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en Derecho administrativo? No conozco ningún supuesto en que los tribunales contencioso-administrativos españoles hayan aplicado, aunque sea con adaptaciones o matizaciones, el *nemo auditur* y que, en consecuencia, hayan negado la restitución de las prestaciones realizadas en virtud de contrato nulo por la inmoralidad o ilicitud cualificada de la causa o el objeto, ninguna sentencia contencioso-administrativa en que se hayan invocado con alguna propiedad los artículos 1305 y 1306 del CC o la regla que late en ellos. Con una sola excepción, la doctrina española no se ha planteado siquiera esa posible aplicación que, salvo error, no ha suscitado controversia ni interés.<sup>36</sup> En Francia, por el contrario, el *Conseil d'Etat* ha acogido el *nemo auditur* en relación con los contratos administrativos y la doctrina así lo acepta y explica.<sup>37</sup> Quizá esa experiencia francesa y las soluciones razonables a que ha conducido en los contados casos en que se ha aplicado, según lo entiende la doctrina gala, incline a aceptarlo también en nuestro Derecho administrativo. Pero, aunque no hay obstáculos insalvables a esa recepción del *nemo auditur* en

nuestro Derecho administrativo y aunque realmente no resultaría aplicable nada más que en supuestos muy excepcionales, hay argumentos en contra. Todo cuanto antes dijimos negando que se trate de un principio general del Derecho, o sobre su carácter excepcional, y sobre su fundamento, naturaleza y discutida justicia, pone en cuestión el acierto de integrar esta regla en el Derecho administrativo. Súmese a ello que lo que consagra la legislación de contratos públicos es sólo la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato nulo, sea cual fuere la causa de nulidad, incluida la de la causa torpe o inmoral (artículo 65 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas: “debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo”, esto es, en virtud del contrato anulado); es decir, una regla equivalente a la del artículo 1303 del CC, pero sin la excepción que éste contiene (“salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”), y que se plasma precisamente, entre otros, en los artículos 1305 y 1306. Además, si la causa inmoral hubiera concurrido en las autoridades y funcionarios administrativos, podría resultar injusto y absurdo que la Administración posteriormente, cuando quisiera deshacer el entuerto, no pudiera conseguir la restitución de los fondos o bienes públicos empleados. Pese a todo, los obstáculos no son insalva-

ble como aquél”. Pero también hay opiniones favorables. CERDÁ OLMEDO cita en *op. cit.*, p. 1188-1189, nada menos que al mismísimo Santo Tomás de Aquino que, por lo visto, en su *Summa theologiae* razonaba que “las ganancias de las meretrices proceden de un contrato inmoral, pero las partes acuerdan el precio voluntariamente, y privar de éste a la ramera es grave injusticia, por lo que se establece la imposibilidad de repetir lo pagado. Al cliente que no paga voluntariamente no se le puede obligar a hacerlo, pero si paga, ya no puede repetir. Se trata de mantener el *statu quo* como solución más justa. Santo Tomás cita otros casos en que esto ocurre, como en la simonía.”

35. Afirma, así, ALBALADEJO, M., *Derecho civil, loc. cit.*, que “la jurisprudencia no mira con excesiva simpatía la aplicación de ese derecho a no devolver lo que inmoralmente se recibió. Y siempre halla alguna razón para que no prospere cuando el que se queda con lo de la otra parte, no pierde a cambio lo que éste tenía de él”.

36. Véase REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Madrid, 1995, p. 371.

37. DE LAUBADÈRE, A.; MODERNE, F.; DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed., París, 1983, tomo I, p. 576-577, tras señalar que la regla general es el aniquilamiento de los efectos del contrato administrativo anulado, afirman: “Sin embargo, en los contratos administrativos como en los contratos civiles, la regla *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* puede ser invocada y permitir a la parte que ha recibido rechazar la restitución a su cocontratante.”

POUYAUD, D., *La nullité des contrats administratifs*, París, 1991, da cumplida cuenta de las posibilidades y aplicaciones de la regla en los contratos administrativos inválidos. Refiriéndose a los contratos administrativos inmorales por su causa o por su objeto (p. 168, 170 y 485 y ss.), recoge la regla *nemo auditur* para expresar sólo la irrepitibilidad de las prestaciones realizadas por el contratante inmoral, pero sin que le impida alegar la causa de nulidad. Por ello, en los mismos términos en que aquí lo hemos apuntado, señala que la regla puede ser formulada más exactamente con “el adagio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”. Comienza por recordar el significado del *nemo auditur* en Derecho civil y las críticas de que es objeto por mantener una situación de inmoralidad o por conducir a una injusticia. Pese a “estas consecuencias individuales criticables –explica– la regla se justifica por su función preventiva en tanto que disuade de concluir contratos inmorales”. Sobre esta base civilista, “el juez administrativo ha tenido igualmente ocasión de

aplicar este adagio”, si bien, aunque había causa ilícita, “no se puede decir que fuese inmoral en el sentido de la jurisprudencia civil” más bien orientada a identificarse con lo impúdico (p. 487). De hecho, en uno de los primeros *arrêts* en que se aplicó (*Société H. Olive*, de 25 de noviembre de 1921), ya el comisario del Gobierno hubo de precisar que “la palabra *turpitude* tiene elasticidad suficiente para calificar la participación del Sr. Olive como tal. Hay otro cambio más al introducirse en Derecho administrativo: si la jurisprudencia civil francesa aplica el *nemo auditur* es conocida y afecta a las dos partes, el *Conseil d'Etat* la ha admitido cuando la inmoralidad sólo concurría en el contratista y no en la Administración. Se consigue así, según Pouyaud, evitar algunos inconvenientes que presenta en Derecho civil. “La aplicación por el juez administrativo de la máxima *nemo auditur* tiene un sentido particular, un poco diferente de su significado en Derecho civil y que la pone al abrigo de las críticas de inmoralidad y de injusticia.” Por ello afirma que se trata de un ejemplo de toma en préstamo de instituciones civiles por el Derecho administrativo pero “adecuada a condiciones especiales” (p. 488).

En todo caso, como se habrá podido comprobar, se trata en esencia de la misma regla que con ese mismo nombre conoce el Derecho civil y no de nada similar a lo que nuestros tribunales contencioso-administrativos introducen con el nombre de *nemo auditur*. Si acaso, la misma Pouyaud, plantea alguna ampliación en la página 422. Se pregunta allí si las causas de nulidad absoluta pueden ser invocadas siempre por los dos contratistas. Ante algunos vicios (dolo y violencia alegados por el que incurrió en ellos, y error de la otra parte), excluye esa posibilidad. Como ella misma explica, eso se basa en que tales vicios son considerados de nulidad relativa. Y añade: “Pero no es necesario para justificar esta exclusión acogerse a la teoría de la nulidad relativa. La aplicación de la máxima *nemo auditur* permite llegar al mismo resultado.” Aquí está dándole a esta regla un sentido más amplio y distinto del que realmente tiene. Aun así, aclara que no es ésta la aplicación que ha tenido en el contencioso-administrativo francés y, menos aún, en el Derecho civil. Dice en nota: “En Derecho civil, la máxima *nemo auditur* no priva al contratante del derecho a invocar la nulidad, sino solamente del derecho a obtener la repetición de las prestaciones que ha realizado [...]. Nos parece, sin embargo, que nada se opone a una aplicación generalizada de esta regla.” Se trata, por tanto, de una opinión personal de la autora, que no encuentra ninguna justificación ni en la jurisprudencia ni en la doctrina civil ni administrativa y que, por lo demás, ni la misma Pouyaud desarrolla.

bles y no excluimos por completo que en algunos casos de causa inmoral o de ilicitud cualificada el *nemo auditor*, quizá con algunas adaptaciones, pueda justificar la negación de la restitución de las prestaciones realizadas. Desde luego, en las hipótesis en que concurra delito o falta la negación de la restitución podrá venir justificada, al margen del artículo 1305 del CC, porque el Código penal prevé el comiso. Pero, como decía, ni esto ha ocupado a la doctrina española ni nuestros tribunales se han planteado siquiera la cuestión.<sup>38</sup> Si el *nemo auditor* ocupa un cierto lugar en la jurisprudencia contencioso-administrativa es porque, bajo ese título, se alude a otra cosa.

### 9. El *nemo auditor* en la jurisprudencia contencioso-administrativa: nadie puede alegar su propia torpeza para obtener provecho y, en especial, para conseguir una declaración de nulidad que le beneficia

#### 9.1. Otro *nemo auditor* cuya relación con la torpeza es muy diferente

Aunque, al parecer, no siempre los tribunales civiles han invocado con propiedad el *nemo auditor*,<sup>39</sup> nada comparable a su utilización en las sentencias contencioso-administrativas en las que desaparece toda relación con el sentido originario del adagio y aparece una nueva regla de contornos imprecisos, consecuencias variadas y fundamento y acierto muy discutibles. En esa extraña nueva regla el presupuesto de hecho no tiene ya nada que ver con la inmoralidad, ni menos aún, concretamente con lo deshonesto y lascivo, pues la torpeza de la que habla el brocardo se entiende, en el mejor de los casos, como falta de habilidad o destreza o, incluso, simplemente, con cualquier error o ilegalidad. Aunque se tenga una moral muy estricta, se estará de acuerdo en que la torpeza de que aquí se habla no tiene nada que ver con aquella y, menos todavía, con lo deshonesto o impúdico. Y si, pese a todo, se quiere encontrar alguna inmoralidad o falta de ética, habrá que buscarla, si acaso, en el cambio de comportamiento, en la contradicción con la propia conducta...

38. Hay, sin embargo, un dictamen del Consejo de Estado que sí se pronuncia en contra de la aplicación del artículo 1306 del CC a los contratos administrativos, aunque con argumentos no demasiado claros ni convincentes y en un asunto en que no se sabe bien qué juego habría podido tener ese precepto: "las consecuencias de la nulidad en materia de contratos administrativos no se ajustan a iguales principios que en la contratación civil, al margen de la regla general de la restitución recíproca (artículo 47 del Reglamento de contratación del Estado y 1303 del CC). Y ello es así porque en la contratación administrativa incide un elemento diferenciado, el interés público, que impide considerar sólo la conmutatividad de las prestaciones recíprocas de las partes para atender también a la satisfacción de esos intereses generales en juego; y porque, asimismo, la voluntad de la Administración no es autónoma como la del particular en una relación civil sino siempre sujeta y ajustada a Derecho [...]. Y esa diferencia apuntada proviene de que los elementos típicos del contrato administrativo vienen modulados en cierta manera respecto de los civiles; la causa del contrato administrativo no es el correlato exacto de la causa

pero no, como en el auténtico *nemo auditor*, en la actuación originaria, en el contrato nulo o, más concretamente, en la atribución patrimonial con causa torpe. Tampoco las consecuencias tienen nada que ver, desde luego, con la que hemos visto en Derecho civil de negación de la restitución de lo entregado con causa inmoral sino que, dentro de la imprecisión de tan extraña regla inventada, suponen más o menos una limitación para invocar con éxito algunas alegaciones jurídicas que, en otro caso, sí se considerarían procedentes. En el tiempo del marketing, un buen eslógan puede servir para consagrar lo que sugiere aunque sugiera algo muy distinto de lo que realmente dice. Y eso es lo que ha pasado con el *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, que ha pasado a significar aquello a lo que más o menos suena.

Para intentar delimitar mejor qué pretenden decir los tribunales con su errónea alusión al *nemo auditor*, hay que descender ya al análisis de las sentencias. Y no cabe descartar que, salvo que ninguna de ellas se refiere a la negación de la restitución de lo entregado con causa inmoral, no tengan mucho más en común pues, una vez que se pierde el rigor, las variedades del error son casi infinitas. A cambio, lo que el *nemo auditor* pierde en contenido lo gana en categoría porque, de ser una regla excepcional muy discutida y criticada, pasa a ser para algunas de las sentencias que lo citan nada menos que un principio general del Derecho.

#### 9.2. Aplicación de este *nemo auditor* contra el administrado

En algunas ocasiones, aunque muchas menos que la Administración, es el administrado quien ve limitadas por el *nemo auditor* sus posibles alegaciones. Así ocurre en la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5092), que niega al recurrente la posibilidad de alegar la inconstitucionalidad de la Orden ministerial en la que inicialmente basó su solicitud: "si el expediente administrativo del caso se tramita y decide aplicando la Orden ministerial de 26 de abril de 1971, ello es porque fue instado por la recurrente, por lo cual ésta carece de legitimación para, posteriormente y una vez que tal resolución le fue desfavora-

contractual civil, ya que en la causa de la contratación pública se inserta necesariamente el elemento final de la actuación administrativa. Cuando concurre una prohibición legal no se afecta de modo propio y directo a la causa del contrato en el sentido civil (haciéndola torpe), sino que se pone de relieve una grave tacha del fin del contrato por la quiebra que la concurrencia de esa prohibición supone para el logro de los intereses públicos siempre presentes en toda actuación administrativa. Por ello el régimen jurídico de tal nulidad no puede establecerse trasladando una norma civil que contempla otro fallo estructural diferente en el contrato. Así ni la regla del artículo 1303 del Código civil ni la del artículo 1306.2 del mismo cuerpo legal (que es pieza esencial del *nemo auditor* como se ha explicado aquí) tendrían pleno y literal acomodo ante dicha situación" (dictamen núm. 2930/1995, de 14 de marzo de 1996, recopilación de doctrina legal de 1996, núm. 98).

39 DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Elementos...*, op. cit., tomo II, vol. 2º, p. 385, y también en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., tomo XVII, vol. 2º, p. 453-454.

ble, olvidándose de sus *proprios actos*, pretender la inconstitucionalidad de la Orden ministerial [...], pues una tal conducta procesal prohibida viene por el artículo 115.2 de la Ley de procedimiento administrativo (de 1958; en adelante LPA/58) en donde se plasma el conocido principio de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*." La invocación del *nemo auditur* no puede ser más impertinente porque claro está que el peticionario ninguna culpa tenía de la inconstitucionalidad de la Orden ministerial y tampoco de que fuese la aplicable al caso y de haber basado su pretensión en ella porque, en principio, no tenía, parece, otro remedio.<sup>40</sup> Y, puestos a invocar el *nemo auditur* donde, ni siquiera deformado y retorcido viene a cuento, otras sentencias advierten que no sufre indefensión el demandante que ve rechazada una prueba documental cuando pudo y debió acompañar los documentos a su demanda: "sin que pueda válidamente alegar indefensión la parte causante de ella, conforme al adagio *nemo allegans turpitudinem suam est audiendus*" (STS de 18 de julio de 1995, RJ 6115). Verdaderamente, como es obvio, no hay indefensión en tales supuestos, pero la referencia a nuestra regla es totalmente superflua e incorrecta: naturalmente no sufre indefensión quien pudo perfectamente defenderse y no lo hizo por su negligencia o error.

Más atinada e ilustrativa –aunque, desde luego, dentro de la confusión generalizada sobre la *turpitud* y el significado originario de la regla– es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de julio de 1999 (RJCA 3106). Los hechos son pintorescos: el actor había resultado electo concejal por la candidatura Unión por Tresjuncos; el día de constitución de la nueva corporación, por razones que no hacen al caso, se negó a prestar juramento pero, pese a ello, se aceptó que se presentase como candidato a alcalde de Tresjuncos y que votase en la elección que, al parecer, no condujo a los resultados apetecidos. Tras comprobarlo, impugnó la constitución del Ayuntamiento y la

elección de alcalde, todo ello viciado precisamente, según su argumentación, porque le habían permitido a él votar y ser candidato pese a no haber prestado juramento. Para la sentencia, "este alegato [...] incurre en lo manifiestamente inaceptable. Pretende alegar su propio incumplimiento de la legalidad para lograr la anulación del acto de constitución del Ayuntamiento. Admitir tal pretensión sería premiar la ilegalidad, incitar al incumplimiento de las normas y admitir la más grosera vulneración del principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos". Y añade, ya con cita expresa de nuestro aforismo, lo siguiente:

"Es un principio general del Derecho (artículo 1.4 del CC) [...] el de que nadie puede contradecir sus actos anteriores, principio que se concreta en otro según el cual nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*), principio que emana, entre otros, de los artículos 1302, 1305, 1306, 1764 y 1270 del CC."

Con esa base, concluye que "las consecuencias de quien voluntariamente dejase de cumplir con sus obligaciones y pese a ello participase indebidamente en una votación sólo a él le pueden perjudicar y desde luego no puede pretender obtener provecho de las mismas".

### 9.3. Supuestos de aplicación de este otro *nemo auditur* contra la Administración

#### 9.3.1. *Nemo auditur* y notificaciones erróneas. Primeras y sorprendentes aplicaciones del artículo 110.3 de la LRJPAC en contra de la Administración

Sirven para empezar y orientar sobre los derroteros de esta *jurisprudencia* las sentencias que acuden al *nemo auditur* para rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo alegada por la Administración por la falta de un recurso administrativo previo cuando ello fue debido a la notificación errónea de la propia Administración que indujo la equivocación

40. Si acaso, podría haber comenzado por recurrir la Orden ministerial incluso antes de saber cómo se aplicaría y si sus defectos le afectarían personalmente. Pero exigir ese comportamiento a los administrados es en muchos casos absurdo e injusto. Esta sentencia, en el fondo, según creo, se aproxima a aquella jurisprudencia que niega a quienes participan en los procedimientos de selección de contratistas o de personal de la Administración la posibilidad de impugnar después la convocatoria, las bases, el pliego o cualquier acto preparatorio o los que sean consecuencia directa de ellos, jurisprudencia que frecuentemente se pretende justificar en la doctrina de los actos propios. Véase al respecto COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, 12ª ed., Madrid, 2001, p. 406: "En el supuesto de que el contratista no impugne la resolución que aprueba el procedimiento de aprobación del contrato y presente sus proposiciones se entiende, por la regla *non venire contra factum proprium*, que consiente y por tanto acepta tal resolución, que deviene firme e inatacable"; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 155, nota 78. En contra de esa jurisprudencia, por lo menos en supuestos de nulidad absoluta, me he manifestado en "La invalidez de los contratos administrativos", publicado en la obra colectiva coordinada por CASTILLO BLANCO, F., *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada,

1996, p. 419-420, como antes lo había hecho PIÑAR MAÑAS, J. L., "El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria", en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, 1993, I, p. 783; BAÑO LEÓN, J. M.º. "Proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas", *Anuario del Gobierno Local*, 1995, p. 69: "hay que superar la vieja doctrina de que la participación en el concurso supone la aceptación de las cláusulas"; y p. 74: "habrá de quebrarse la doctrina jurisprudencial que veda impugnar indirectamente el pliego de condiciones"; y sobre todo el mismo GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 155-156, que además cita como doctrina correcta la contenida en la STS de 9 de mayo de 1975 que se aparta de la mayoritaria en estos términos: "tampoco puede sostenerse la aplicación a este caso de la reiterada doctrina jurisprudencial de que la aceptación de las condiciones del pliego y el consentimiento prestado a la convocatoria impiden la impugnación del concurso, pues este poder de atracción vinculante sólo puede admitirse cuando exista una adaptación a la normativa aplicable, mas no en cambio cuando [...] se incurre en omisiones o defectos sustanciales que afectan a su validez, ya que entonces se está por encima de los intereses personales y [...] por consiguiente su enmienda o corrección no depende de la voluntad de las partes."

del recurrente. Ejemplo de ello, entre otras, es la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5095):

“es de retener que en la notificación de la resolución administrativa materia de impugnación [...] la Administración actuante indica al administrado interesado que la vía impugnatoria frente a la resolución que se le notifica es la jurisdiccional ante este Tribunal Supremo, de tal modo que si el notificado siguió las indicaciones de la Administración notificante y por ello acudió ante esta sala, la Administración que indujo a tal conducta, carece de legitimación para posteriormente alegar en su provecho y defensa la admisibilidad [sic] que ahora nos ocupa pues una tal postura procesal prohibida viene por el artículo 115.2 de la Ley de procedimiento administrativo (de 1958) cuando expresamente incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo el conocido principio de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.”<sup>41</sup>

La supuesta consagración de este hipotético principio en el artículo 115.2 de la LPA/58 se reitera en otras muchas sentencias, como ya hemos visto y se seguirá viendo. Recordemos que el referido artículo 115.2 de la LPA/58 decía literalmente esto: “Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos.” El precepto tuvo la fortuna de pasar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no sólo con idéntica redacción sino hasta con la misma numeración, artículo 115.2. Sólo tras la reforma introducida por la Ley 4/1999 ha cambiado el número y se ha mejorado mínimamente la redacción. Es ahora, tras la reforma de 1999, el artículo 110.3 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en lo sucesivo, LRJPAC) el que establece que “los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado”. Pues bien, por sorprendente que resulte, según la sentencia transcrita, ese precepto incorpora al ordenamiento positivo “el conocido principio de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”, y ése es

justamente el que impide a la Administración alegar la causa de inadmisibilidad en cuestión. Claro está que si eso es así, están equivocados los civilistas que lo veían en los artículos 1305 y 1306 del CC que se parecen bien poco al artículo 115 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 o al actual artículo 110.3 de la LRJPAC. De ser verdad que en estos preceptos se incorpora el *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, habrá que aceptar, al menos, que no es el “conocido”, aunque así lo califique la sentencia, sino otro que, al parecer, pugna por desbancar al genuino, acreditado y legítimo. Pero, aun prescindiendo de ello, no puede pasarse por alto que no es nada fácil encontrar relación entre lo que decía el artículo 115.2 de la LPA/58 o el actual artículo 110.3 de la LRJPAC y que la Administración no pueda alegar causas de inadmisibilidad basadas en la conducta del administrado a que ha conducido la notificación errónea porque esto no tiene nada que ver con un vicio de anulabilidad de un acto. Tampoco puede decirse que la Administración alegue en estos casos su propia torpeza –aun identificada con la simple comisión de errores– sino exactamente lo contrario: lo que pretendía era no tener en cuenta su propio error. De hecho, la misma conclusión de la admisibilidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos con algún error inducido por una notificación con indicaciones equivocadas se encuentra en otras sentencias y en la doctrina sin que aparezca la más mínima alusión ni a esos preceptos de la legislación procedimental administrativa ni al *nemo auditur*.<sup>42</sup> Si acaso, se pone esa solución en relación con el principio de buena fe en el que, con alguna dificultad, podría encontrarse su fundamento.<sup>43</sup> De todas formas, conviene todavía observar que probablemente la esencia de esta doctrina no esté en que sea la propia Administración autora de la notificación errónea la que luego alega la causa de inadmisibilidad. No creo que la solución cambiase si la alegara, por ejemplo, un particular codemandado que ninguna culpa tuviera en los errores de la notificación. Y si realmente es así, se comprende

41. Con la misma finalidad, se acude al *nemo auditur*, por ejemplo, en las STS de 11 de julio de 1988 (RJ 5883), de 28 de enero de 1986 (RJ 70), de 21 de noviembre de 1985 (RJ 5570)... También es frecuente la invocación del *nemo auditur* en relación con las notificaciones erróneas en las sentencias de los tribunales inferiores: sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 1999 (RJCA 3481), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de septiembre de 1998 (RJCA 3950)...

Próximos a este tipo de supuestos son aquellos, casi más sorprendentes, en que el *nemo auditur* sirve para rechazar la causa de inadmisibilidad del acto consentido y firme, alegada por la Administración, cuando ésta no notificó a los interesados la resolución. Se lee así, por ejemplo, en la STS de 17 de mayo de 1989 (RJ 2104) lo siguiente: “notificación ésta que, al no ser nunca efectuada por la Administración, no cabe luego que ésta argumente que debido a su omisión se produjo la firmeza del acto cuya notificación se había precisamente solicitado al objeto dicho de poder ser recurrido en forma, dado el principio jurídico de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.” Creo que huelga explicar la impertinencia de invocar aquí el aforismo y que para justificar que no se puede considerar acto consentido y firme a uno no notificado hay argumentos elementales que nada tienen que

ver con la propia torpeza. Por ello, tampoco prosperaría esa alegación del acto consentido aunque la alegase un codemandado que no tuviese ninguna culpa de que no se hubiese notificado el acto.

42. Véase ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R., *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*; Madrid, 1996, p. 220-221, y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, tomo III, Pamplona, 1997, p. 976-977.

43. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, op. cit., p. 82 y ss. Incluso así, el mismo González Pérez reconoce que “es discutible hasta qué punto es ésta una consecuencia del principio de buena fe”. Con carácter más general, en las páginas 172-173, presenta como concreción procesal del principio de buena fe a la “imprudencia de alegar la inadmisibilidad por motivos provocados por la propia parte demandada”. En ningún caso, aparece como justificación de ello el *nemo auditur*. ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R., *Las causas de...*, op. cit., p. 316, cita concretamente como fundamento de esta jurisprudencia sobre “el rechazo de la inadmisibilidad en los supuestos de conducta irregular de la Administración pública que contribuye a la existencia de defectos procesales” el principio *venire contra factum proprium non valet*, a lo que hay que añadir, en cualquier caso, la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*.

que poco tiene que ver todo esto con una limitación subjetiva de las alegaciones por la culpa o el error anterior sino con un cierto valor objetivo que se otorga a lo indicado en las notificaciones y a la confianza que generan y que quiere protegerse.

### 9.3.2. El *nemo auditur* ante la falta de notificación de los actos favorables

Hay otro tipo de aplicaciones del *nemo auditur* también relacionadas con las notificaciones pero muy distintas de las anteriores. Se trata simplemente de reconocer eficacia a ciertos actos administrativos aunque no hayan sido notificados por la Administración. Ilustra esta jurisprudencia la STS de 9 de noviembre de 1981 (RJ 5025).<sup>44</sup> Los hechos que interesan se pueden resumir así: antes de acordarse la suspensión del otorgamiento de licencias, el Ayuntamiento había concedido expresamente determinadas licencias de demolición, pero no lo había notificado; basándose en esa falta de notificación, pretendía el Ayuntamiento que la licencia no era todavía eficaz y que, por tanto, le afectaba la suspensión de licencias acordada. Frente a ello, dice la sentencia que “los efectos de los actos administrativos se producen desde la fecha en que se dictan, como nos enseña el artículo 45.1 de la citada LPA (de 1958; ahora artículo 57.1 de la LRJPAC), y sin que la circunstancia de que el acuerdo [...] (el que concedía la licencia) no hubiera sido notificado al interesado altere, en perjuicio de éste, la eficacia temporal de aquél, pues tal omisión no puede ser alegada por la Administración causante de la misma, a tenor del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* plasmado en el artículo 115.2 de la reiteradamente citada LPA”. Para llegar a la correcta conclusión de la sentencia, bastaba con afirmar sencillamente que, a diferencia de los actos que imponen deberes, los actos que reconocen derechos, por lo general, son eficaces desde que se dictan.<sup>45</sup> Nada tiene que ver con esto un hipotético incumplimiento del deber de notificar por parte de la Administración, incumplimiento que puede no existir: la notificación debe hacerse en el plazo de diez días (artículo 58.2 de la LRJPAC); mientras no transcurra ese plazo, la Administración no ha incumplido nada y, sin embargo, tampoco puede entenderse que el acto favorable no sea eficaz. Si la justificación hubiera de encontrarse en alguna “torpeza” de la Administración se llegaría a la conclusión de que antes de que transcurran los diez días sí cabría aceptar la ineficacia

del acto favorable no notificado. Así que, en definitiva, la alusión al *nemo auditur* no sólo es impertinente y superflua sino que, además, conduce a conclusiones injustas.

### 9.3.3. *Nemo auditur* y silencio administrativo

En algún caso se argumenta el *nemo auditur* para impedir que la Administración se beneficie del incumplimiento del deber de resolver expresamente. Curioso es el supuesto de la STS de 16 de julio de 1997 (RJ 6034) en el que era la Administración la que basaba su decisión –en concreto, declaración de caducidad de una licencia de obra– en un previo silencio positivo. Frente a ello, el recurrente argumentó que como su solicitud nunca se resolvió, seguía sin transcurrir el plazo de caducidad de la licencia. Según lo explica la sentencia, “se alega [...] que, aun en el supuesto de que el silencio positivo se hubiera producido, sus efectos pueden ser alegados en su favor por el administrado, pero no (como ocurría aquí) por la Administración en contra de aquél”; todo ello “con apoyo en el artículo 115.2 de la LPA” de 1958, que, para la sentencia apelada, como para otras muchas, es “aplicación positivada del principio general del Derecho expresado en el brocardo *allegans propriam turpitudinem non auditur*”. Y, en efecto, esto es lo que acepta el Tribunal Supremo al decir que tanto en el caso del silencio negativo como en el del positivo “no es lícito a la Administración beneficiarse del incumplimiento de su deber de resolver expresamente porque hay, en efecto, un principio general del Derecho (expresado con distintas formulaciones en el artículo 115.2 de la LPA y en el artículo 1288 del CC) según el cual *ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas*, principio a través del cual se pretende introducir en el campo jurídico un valor ético. Y la diferencia de naturaleza entre el silencio negativo (que es una pura ficción en favor del administrado) y el silencio positivo (que provoca un auténtico acto administrativo) no les hace distintos a este respecto ya que en ambos casos el silencio se ha producido por una conducta ilegítima de la Administración que no puede redundar en su beneficio”. Discutible es que el silencio positivo no pueda de ninguna forma ser invocado por la Administración por la única razón de que, naturalmente, tiene su origen en el incumplimiento de su deber de resolver expresamente en el plazo. Por esa vía se llegaría al absurdo de que la Administración tampoco pueda

44. Asimismo, aunque más confusamente, otras como la STS de 19 de febrero de 1992 (RJ 2909).

45. Así lo explica VEDEL, G., *Derecho administrativo*, traducción española, Madrid, 1980, p. 160. Y no sólo no hay inconveniente en aplicar ese régimen en el Derecho español sino que así lo ha hecho ya el propio Tribunal Supremo en algún caso sin acudir, desde luego, al *nemo auditur*. Sirva para probarlo su sentencia de 18 de febrero de 1998 (RJ 1224) según la cual, también en un supuesto de otorgamiento de licencia no notificado, la regla de la eficacia demorada a la notificación “se refiere sólo a los actos no favorables

al interesado, pues en otro caso quedaría a merced de la Administración demorar *sine die* los efectos de los actos favorables con sólo no notificarlos”. Véase LÓPEZ MERINO, F., *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Granada, p. 312-313, y BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, 2002, p. 113-114. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, p. 171 a 174, distingue, incluso para un mismo acto, distintos efectos: unos se producen desde que se dicta (p. ej., obligación de conservación para la Administración de los actos favorables) y otros requieren la notificación.

alegar en contra del administrado el silencio negativo que también tiene su causa en un incumplimiento administrativo. Pero, con independencia de ello, debe destacarse el hallazgo de que el artículo 115.2 de la LPA/58 y el artículo 1288 del CC (que establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a quien hubiera ocasionado la oscuridad) expresan el mismo “principio general del Derecho según el cual ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas”.<sup>46</sup>

#### 9.3.4. El *nemo auditur* ante los defectos de forma y de competencia: en especial, la Administración no puede alegar los vicios invalidantes –ni siquiera los de nulidad de pleno derecho– que ella misma originó

El *nemo auditur* se ha invocado también ante otros defectos de forma cometidos por la Administración y justamente para impedir a ésta que los alegara con éxito como vicios de su propia actuación y en perjuicio del administrado. En realidad, esta jurisprudencia ofrece muchas variantes.<sup>47</sup> Pero entre ellas destaca por su abundancia e importancia la que, en resumen, consiste en afirmar que la Administración ni puede alegar la nulidad de sus actos y contratos cuando se basa en su propia actuación ilegal. Así se ve, por ejemplo, en la STS de 22 de octubre de 1991 (RJ 7536). En síntesis, el supuesto era éste: en un contrato de obras cuya ejecución no excedía de seis meses en que se había pactado la revisión de

precios, pero ello sin que la Administración hubiera pedido el informe de la Junta Consultiva de Contratación que era preceptivo para incluir esa cláusula en contratos de esa corta duración; la Administración alegó esa omisión procedimental para justificar la invalidez de la cláusula y para, en consecuencia, negarse a aplicarla y a pagar la cantidad resultante. Pero para la sentencia, si “la Administración formalizó el contrato de obras sin cumplimentar tal requisito del informe previo *sibi imputet*, sin que pueda hacer recaer las consecuencias de sus propias irregularidades formales en su contraparte, tal como nos enseña el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) [...] recogiendo el viejo principio general de derecho de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.<sup>48</sup>

Un paso más se da cuando los tribunales rechazan la anulación de un acto administrativo por vicio de incompetencia del órgano que actuó cuando ello es alegado por la propia Administración. Ejemplifica esta afirmación la STS de 23 de noviembre de 1984 (RJ 5956). Simplificando mucho, se trataba de que la Corporación Metropolitana de Barcelona se negaba a cumplir un convenio expropiatorio alegando que el órgano que intervino (la llamada Comisión Administrativa) no era el que tenía en la Corporación la competencia expropiatoria (que correspondía al Consejo Metropolitano). Junto a invocaciones a la buena fe, no respetada por la Corporación según la sentencia, se afirma además:

46. También se relaciona al *nemo auditur* con una falta de resolución administrativa expresa en la STS de 26 de noviembre de 1992 (RJ 8968) aunque en este caso sin que mediara silencio administrativo. Un arquitecto, cumpliendo el contrato, entregó el anteproyecto de Rectorado de la Universidad de Extremadura sin que la Administración adoptase ningún acuerdo. Ante ello, procedió a la redacción y entrega del proyecto y, después, a reclamar la retribución que la Administración negó alegando que nunca había aprobado el anteproyecto. Ante ello, la sentencia dice que “al no haber la Administración contratante, ni puesto reparo alguno, ni denegado nunca de forma expresa la aprobación del anteproyecto [...] no puede la Administración que así incumple sus obligaciones formales obtener consecuencias favorables de una tal conducta a tenor del conocido principio de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

47. Por ejemplo, STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 7058): la Administración, ante la solicitud de convalidación de un título universitario extranjero, no pidió, pese a ser preceptivo, el informe de la Comisión Mixta prevista al efecto en el correspondiente Convenio de Cooperación Cultural, omisión que luego arguye para negar que se conceda la convalidación. Pero la sentencia afirma:

“el defecto o vicio de procedimiento resultante de tal proceder no puede producir efectos dañosos para los administrados, tal y como establece el artículo 115.2 [de la LPA/58] cuando en él se recoge el principio jurídico *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.”

La misma idea late en la STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 2462) ante la suspensión de iniciación de las obras por falta de licencia municipal y otros problemas, suspensión que no fue formalmente declarada pero que, de hecho, se produjo. De ahí que se entienda que el contratista cumplió en el plazo pactado contado desde que realmente pudo comenzar: “el hecho de que la autoridad u órgano que celebró el contrato no dictase resolución al efecto, en modo alguno puede perjudicar a quien, como el recurrente, es ajena a tal omisión o incumplimiento de obligaciones legales, como específicamente nos enseña el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) cuando recoge el principio jurídico de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.”

También la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 1999 (RJCA 1523) utiliza el *nemo auditur* para afirmar el cumplimiento del contratista y su derecho a los intereses con el aliciente adicional de conectarlo con el artículo 1306 del CC (o sea, el que recoge el verdadero y tradicional *nemo auditur*) aunque no tenga nada que ver con lo afirmado: “en virtud de la regla *nemo propriam turpitudinem allegare potest* (artículo 1306 del CC), el Ayuntamiento no puede alegar su propia torpeza para pretender ahora la carga de la culpa al contratista, pues a aquél corresponde obtener los terrenos y las autorizaciones pertinentes.”

El mismo Tribunal, en su sentencia de 7 de enero de 2000 (RJCA 22) se sirve de la regla para negar que la Administración pueda no devolver la fianza al contratista que, al parecer, había ejecutado con defectos las obras, por la razón de que la Administración no había reaccionado ante ello conforme a las previsiones de la legislación de contratos: “esas deficiencias de procedimiento [...] demorando indefinidamente una recepción provisional y luego negándose a la recepción definitiva, pero sin comunicar al contratista las deficiencias, [...] no pueden oponerse ahora en perjuicio del contratista de conformidad con el aforismo *nemo turpitudinem allegans*.” Pero no se entiende el razonamiento: lo que el Ayuntamiento alegaba eran los defectos de construcción y el único problema para aceptar que, en efecto, no procedía devolver la fianza era que no había comunicado formalmente al contratista tales defectos por los que se negaba a recibir la obra; el Ayuntamiento no alegaba su propio incumplimiento de las normas (la falta de recepción) sino los defectos de la prestación del contratista; y lo que la sentencia hace, en el fondo, es dar por perfectamente cumplidas las obligaciones del contratista por el hecho de que la Administración no denunció con las formalidades necesarias el incumplimiento. Francamente, la relación con el *nemo auditur* –incluso con su peculiar versión administrativa– no se ve con claridad.

48. Semejante es la STS de 1 de febrero de 1982 (RJ 603): “no es aceptable que el Ayuntamiento alegue la improcedencia de la revisión de precios por haber infringido lo establecido en el artículo 2 de dicho Decreto ley respecto a la exigencia de resolución motivada para la inclusión de la cláusula” porque “es principio general de Derecho –admitido jurisprudencialmente e inspirador del artículo 115.2 de la LPA [de 1958]– que *allegans propriam turpitudinem non auditur*”.

“Que ante la situación creada por la actividad administrativa es [...] aplicable el principio *propiam turpitudinem allegans non auditur* por el que no cabe alegar ni ampararse en los propios errores.”

Con ese significado, hay otras muchas sentencias contencioso-administrativas que proclaman el mismo “principio” de que la Administración no puede alegar los vicios que ella misma ha originado sin el equivocado envoltorio del *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* pero ya sin limitarlo a defectos de forma o competencia incluyendo algunos que inequívocamente son de nulidad como, por ejemplo, la falta de consignación presupuestaria. Basten algunos ejemplos:

–STS de 9 de marzo de 1966 (RJ 1162): “no es lícito invocar un motivo invalidatorio que [...] derivaría de irregularidades de la propia Administración frente al administrado.”

–STS de 4 de julio de 1966 (RJ 5575) y de 22 de enero de 1975 (RJ 8):

“Si la Administración procedió irregularmente *no puede alegar su vicio en miras de anular lo concertado* con la virtualidad que da el artículo 1258 [...] ya que en Derecho positivo no lo permiten el artículo 1302 del CC del mismo Código civil, en lo concerniente a la contratación, y el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) [...] en lo que atañe a los actos administrativos, preceptiva a que se amolda naturalmente la doctrina de estas salas al declarar que *nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado.*”

–STS de 10 de noviembre de 1975 (RJ 188): “ni es aceptable que se invoque en propio beneficio un defecto contractual imputable a quien pretende obtener provecho de él.”

–STS de 20 de abril de 1976 (RJ 2345): “nadie puede invocar en su favor el motivo de nulidad que haya originado.”

–STS de 3 de noviembre de 1980 (RJ 4255): reitera, exactamente igual que la anterior, que “nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado”.<sup>49</sup>

–STS de 25 de junio de 1981 (RJ 2483), de 8 de febrero de 1983 (RJ 550) y de 8 de marzo de 1984 (RJ 1384): califican como principio general “aquél que por similitud con la prohibición de beneficiarse de las cláusulas oscuras de un contrato a quien hubiese ocasionado la oscuridad (artículo 1288 del CC)” o con la otra prohibición de “alegar la persona capaz la incapacidad de aquél con quien contrato (artículo 1302 del mismo cuerpo legal), *impide invocar a su favor el motivo de nulidad que se haya originado por su proceder.*”

–STS de 29 de septiembre de 1986 (RJ 6096): “la Administración no puede invocar sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos.”

–STS de 23 de diciembre de 1986 (RJ 1567 de 1987): “este Tribunal viene declarando [...] que los defectos de forma no pueden ser alegados por la corporación causante de los mismos.”

–STS de 9 de octubre de 1987 (RJ 8321): vuelve a considerar principio general el que “impide invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado con su proceder” y a deducirlo por su “similitud con la prohibición de beneficiarse de las cláusulas oscuras de un contrato a quien hubiese ocasionado la oscuridad (artículo 1288 del CC)” o aquella otra prohibición de “alegar la persona capaz la incapacidad de aquél con quien contrató” (artículo 1302 del CC).

–STS de 2 de enero de 1990 (RJ 148): “no pudiendo perjudicar los derechos de tercero las causas de anulabilidad [...] de las que aparece como responsable la Administración” según del artículo 115.2 de la LPA/58.

–STS de 31 de marzo de 1999 (RJ 3270): “En cuanto a las demás causas de nulidad que se invocan (por el propio Ayuntamiento) [...] la sala considera correcta la argumentación de la sentencia en el sentido de que conforme dispone el artículo 115.2 de la LPA, el inadecuado proceder de la Administración no puede oponerse por ésta al tercero.”

Sin necesidad de más pruebas, puede reconocerse que la jurisprudencia contencioso-administrativa reiteradamente reconoce y proclama, con unas u otras fórmulas, pero con pequeñas variantes, que la Administración no puede alegar las ilegalidades debidas al propio comportamiento para obtener una anulación que le beneficia.

## 10. Crítica de la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*: no es cierto que no quepa alegar los vicios debidos a la propia conducta; en especial, puede hacerlo la Administración y es lo característico de la nulidad de pleno derecho

### 10.1. La doctrina sólo ha aceptado este peculiar *nemo auditur* como limitación para el administrado y respecto a vicios de anulabilidad

Ni siquiera con ese peculiar significado que le da la jurisprudencia contencioso-administrativa, todas las sentencias que lo citan lo hacen con alguna propiedad y acierto. Algunas de ellas, como se ha ido exponiendo, no partían de ningún incumplimiento, de ninguna ilegalidad, de ninguna omisión de cualquier requisito o formalidad. El ejemplo de la citada STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5095) impidiendo al recurrente alegar la inconstitucionalidad de la Orden ministerial en la que inicialmente basó su petición es suficientemente revelador.

49. Sobre esta sentencia, RODRÍGUEZ MORO, N., “Es obligado el pago del importe de las obras realizadas en favor de un ayuntamiento aunque el con-

trato se hubiere celebrado por el alcalde con infracción de la normativa legal”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 202 (1981), p. 737 y ss.



Otras muchas se explican mejor atendiendo a la protección de la buena fe (o de la confianza legítima) o, concretamente, a la doctrina de los actos propios u otras reglas, como la de la eficacia inmediata de los actos administrativos favorables. Pero, depurado de todas estas desviaciones, excesos o citas superfluas, sigue quedando algo distinto que no se puede explicar ni siquiera como una aplicación del principio de buena fe o como una ampliación del *venire contra factum proprium non valet*. Es esa negación de la posibilidad de obtener provecho de las propias ilegalidades y, más concretamente, la exclusión de alegaciones de vicios invalidantes de los actos administrativos que el mismo sujeto que los alega ha originado con su comportamiento. Si este impropio y advenedizo *nemo auditur* añade algo nuevo de interés es precisamente esa negación de alegar como motivo de invalidez de los actos administrativos los vicios debidos a los propios incumplimientos. Así, en suma, lo que se quiere decir es que nadie puede alegar las ilegalidades debidas al propio comportamiento para obtener una anulación que le beneficia. En concreto, tratándose de relaciones jurídico-administrativas, significa que ni la Administración puede alegar las ilegalidades cometidas por ella para lograr en su beneficio la anulación de sus actos, ni lo puede hacer el administrado en la medida en que también su comportamiento puede determinar vicios de los actos administrativos.

Esta tendencia, que parece poco a poco ir reafirmando en nuestra jurisprudencia, no es exclusiva del Derecho español. Una breve referencia a la doctrina argentina, que se ha ocupado explícitamente del *nemo auditur* en el Derecho administrativo, sirve para corroborarlo. Mairal escribió hace sólo unos años que “la jurisprudencia ha decidido que no rige, respecto de la Administración, la regla que impide invocar la propia torpeza”.<sup>50</sup> Pero más recientemente Gordillo presenta a esa misma jurisprudencia como parcialmente desfasada o superada: “Mientras en Derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), en el Derecho administrativo

antiguo [sic] la Administración sí podía hacerlo, sea revocando los actos ilegítimos [...] sea pidiendo en sede judicial, tanto por acción como por reconvencción, la nulidad de su propio acto.” Pero, dice, “cada vez se afirma más en nuestro Derecho la tendencia contraria a que la Administración invoque su propia torpeza, argumentando de diversas y persuasivas maneras”. Con todo, en realidad, del panorama que ofrece puede deducirse que, más que una verdadera prohibición de alegar las propias torpezas, lo único que hay es una prudente aplicación de los principios de seguridad jurídica y buena fe.<sup>51</sup>

La doctrina administrativa española, en general, no llega a proclamar, al menos no con tanta amplitud y rotundidad, tal supuesto principio de que nadie puede alegar los vicios de nulidad de los actos administrativos debidos a la propia actuación ilegal. Frecuentemente no es aludido de ninguna forma. En algún caso, los autores se limitan a dar noticia de esta jurisprudencia sin cuestionarla.<sup>52</sup> En otros, aparece sólo como un límite para el administrado, sin referencia alguna a la Administración. En esta línea, García de Enterría y Fernández Rodríguez, al analizar los vicios de la voluntad declarada en los actos administrativos, recuerdan que “las personas que hayan determinado o inducido al error, la violencia o la intimidación, el dolo, no podrán invocar el vicio por ellas causado o al que ellas han contribuido, ni tampoco intentar beneficiarse del acto producido”, lo que precisamente anudan al “principio general de Derecho, proclamado por nuestra jurisprudencia, *allegans propriam turpitudinem non auditur*, de la propia torpeza no pueden obtenerse beneficios, principio que recoge parcialmente el artículo 115.2”, ahora, 110.3 de la LRJPAC.<sup>53</sup> Nótese, por tanto, que no deducen de aquí ningún límite para la Administración: sólo para el administrado y, en realidad, sólo respecto a determinados vicios de manera prácticamente idéntica a lo dispuesto en el artículo 1302 del CC, al que no citan. Junto a ello, otro límite también para el administrado: si es la Administración la que pretende anular el acto administrativo obtenido con violencia o intimidación o dolo por el administrado o

50. MAIRAL, H. A., *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Buenos Aires, 1988, p. 78, donde cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su afirmación. Después, en la página 102, reitera: “la Administración puede plantear la nulidad de los actos administrativos firmes que ha dictado y que considere viciados en su legitimidad, sin que quepa oponerle el *factum proprium* ni, ha dicho la jurisprudencia, la regla que prohíbe invocar la propia torpeza.”

51. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo*, tomo 3, “El acto administrativo”, 5ª ed., Buenos Aires, p. XX-7 a 9. Además, luego parece reconocer que sólo hay “síntomas que parecen preanunciar el cambio formal”, que sólo hay “el caldo de cultivo para un cambio”. Al parecer, una incipiente tendencia similar puede observarse en el Derecho inglés, tendencia en la que juega un cierto papel el *nemo auditur*. Véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., “El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: La evolución que continúa”, REDA, 114 (2002), p. 249 a 251.

52. Así, en concreto, SAINZ MORENO, F., en su precursor y excelente estudio “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”,

RAP, 89 (1979), p. 313, que presenta a esta aplicación jurisprudencial del *allegans propriam turpitudinem non auditur* como una concreción del principio de buena fe. Y en la misma línea CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en Derecho administrativo*, Madrid, 1998, p. 259. Véase también MORELL OCAÑA, L., “La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración”, REDA, 114 (2002), p. 193. Más atención recibe en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Madrid, p. 292-293, donde AGUILAR ROS, R., afirma que el nuevo artículo 110.3 de la LRJPAC “no es sino la expresión del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [...] principio invocado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

53. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 10ª ed., Madrid, 2000, p. 553. Debe observarse, no obstante, que el artículo 110.3 de la LRJPAC se refiere a vicios de anulabilidad mientras que algunos de los que citan estos autores podrán considerarse incluidos en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.d) de la LRJPAC.

por error inducido por éste –todo lo cual relacionan con la obrepción y subrepción–, no habrá derecho a indemnización, tal como refleja para un supuesto concreto la legislación urbanística (ahora artículo 44.2 *in fine* de la Ley 6/1988, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones); y, menos aún, cabe aceptar que el administrado que empleó esos medios determinantes de la invalidez pueda alegar, frente a la pretensión anulatoria de la Administración, la confianza legítima.<sup>54</sup>

### 10.2. Este *nemo auditur* no tiene fundamento positivo y, por el contrario, choca con los caracteres de la nulidad de pleno derecho y con el régimen de revisión de oficio

Más allá de esta limitación a las alegaciones del particular de ciertos vicios del acto administrativo debidos a su comportamiento, no se puede afirmar o confirmar este peculiar *nemo auditur*, lo que, sin embargo, no excluye que todas las consecuencias a que llega su aplicación sean equivocadas. Podría ocurrir que algunas sean correctas pero que realmente no se basen en la prohibición de alegar la propia ilegalidad sino en otros principios y reglas. Pero si, en efecto, son estos otros principios y reglas los que realmente justifican algunas de las soluciones a las que se ha llegado con aplicación del *nemo auditur*, importa mucho deshacer su falso fundamento, no ya sólo porque “la sentencia que falla bien y razona mal no satisface los ideales de la justicia”, sino porque, al proclamar una supuesta regla general que prohíbe conseguir la nulidad de un acto administrativo alegando la propia ilegalidad, se llega indefectiblemente a otras muchas conclusiones equivocadas, excesivas y claramente contrarias a lo que establece el Derecho. Si el Tribunal Supremo no ha llegado a las conclusiones equivocadas y flagrantemente injustas a que conduciría la aplicación estricta de esta jurisprudencia, es porque no la aplica normalmente –al contrario, en infinidad de supuestos se aceptan nulidades basadas en vicios originados por el mismo que los invoca– sino sólo en algunos casos en que ve razonable impedir que prosperen las alegaciones de nulidad debidas al comportamiento del mismo que la invoca. Por mucho que se presente como una jurisprudencia basada en un supuesto principio general, es, en realidad, una jurisprudencia casuista que, en la mejor de las hipótesis, busca y logra la justicia del caso concreto y que, no encontrando mejores argumentos o huyendo de explicaciones más difíciles o embarazosas, echa mano de este tópico *nemo auditur*.

54. A este respecto, GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza legítima*, Madrid, 2002, p. 353, habla precisamente del “principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia torpeza”. Sobre todo, cuando en las p. 360 y ss., estudia las circunstancias que excluyen la protección de la confianza en el Derecho alemán, se pone de relieve la relación con nuestro objeto. Explica que se excluye la protección de la confianza cuando el destinatario ha obtenido dolosamente el acto, con fraude, intimidación o cohecho,

Lo cierto es que no sólo no se encuentra ningún fundamento sólido a este peculiar *nemo auditur* sino que choca frontalmente con la legalidad y con algunas instituciones capitales y perfectamente asentadas. Por lo pronto, sobre todo, con el significado y régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho. También, más concretamente, con la revisión de oficio de los actos nulos y con el recurso de lesividad contra los actos anulables.

#### 10.2.1. Los supuestos apoyos deducidos del Código civil: en particular, el artículo 1302 sólo se refiere a casos de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, nulidad ante la que ni siquiera se considera aplicable la doctrina de los actos propios

Desde luego, el supuesto fundamento en el artículo 1288 del CC, que es uno de los más reiteradamente invocados, no resiste la crítica. La regla según la cual “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad” puede, en efecto, aplicarse en Derecho administrativo, aunque con matizaciones.<sup>55</sup> Pero resulta casi inimaginable cómo podría deducirse de ello que nadie puede alegar los vicios que él mismo originó. Tanto que casi es difícil combatir una conclusión tan poco razonable. Bástenos decir que, salvo error u omisión, nadie ha deducido del artículo 1288 del CC que, en Derecho civil, las partes no puedan alegar los vicios que hayan originado. Algo parecido puede decirse de la insólita alusión al artículo 1270 del CC, que aparece en alguna ocasión como fundamento de nuestra regla y en el que es difícil encontrar relación con ella salvo por su exclusión del dolo empleado por las dos partes como determinante de invalidez, dolo doble que ni siquiera se daba en ninguno de los supuestos considerados. Por lo que se refiere al supuesto apoyo en los artículos 1305 y 1306 del CC, que ocasionalmente aparece en alguna de las sentencias como fundamento de la regla, casi no hace falta explicar a estas alturas que eso no es más que un juego de palabras basado en la homonimia inventada previamente: en efecto, los artículos 1305 y 1306 del CC consagran la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* con el significado que ya explicábamos antes que nada tiene que ver con el que le da la jurisprudencia contencioso-administrativa, hasta el punto de que esos artículos ni siquiera impiden alegar el vicio de nulidad consistente en la inmoralidad o ilicitud cualificada de la causa.

así como cuando ha suministrado información incorrecta o incompleta. Tras ello afirma que “la evidente conexión [...] con el principio reiteradamente proclamado en nuestro Ordenamiento en general y en el Derecho administrativo en particular, *allegans propriam turpitudinem non auditur* o, dicho en otras palabras, que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza” (p. 384).

55. Véase RIVERO YSERN, E. *La interpretación del contrato administrativo*, Sevilla, 1997, p. 116 a 119.

Más atinada es la referencia reiterada en las sentencias recogidas en el artículo 1302 del CC que, por ello, merece mayor detenimiento. Tras establecer la regla general de que cualquiera de las partes de un contrato puede ejercitar la acción de nulidad, establece: “Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.” Pese a alguna similitud y a un cierto campo común con la prohibición de que se aleguen los vicios invalidantes debidos a la propia conducta, hay diferencias notables por las cuales no se ha deducido de este artículo una regla similar en el Derecho civil. Muy por el contrario, según jurisprudencia y doctrina absolutamente dominante, el artículo 1302 del CC es sólo una pieza capital en el régimen jurídico de la anulabilidad de los contratos e, incluso así, necesitada de alguna matización porque no se trata sólo de que quienes emplearon esos medios no puedan invocarlos sino más exactamente que sólo los que sufrieron el dolo, la violencia, la intimidación... pueden hacer valer la anulabilidad basada en esos vicios. Pero, en cualquier caso, cuando se trata de nulidad de pleno derecho se afirma rotundamente que la puede alegar cualquier interesado incluido, desde luego, el mismo causante del vicio. Esto es casi un lugar común repetido una y mil veces. Y se aclara expresamente, incluso, que a ello no se opone la doctrina de los actos propios. Es especialmente clara la

exposición de Delgado Echeverría precisamente al comentar el artículo 1302 del CC y poniendo de relieve que lo que este artículo consagra no es de ninguna forma aplicable a los vicios de nulidad de pleno derecho:

“La nulidad absoluta, aunque no genera una acción pública, puede hacerla valer cualquier particular que muestre un interés legítimo [...] En primer lugar, por tanto, puede hacerla valer cada uno de los contratantes [...], aun cuando haya causado voluntariamente la nulidad. La consideración que de este modo se fomenta la denuncia de la ilegalidad [...] triunfa sobre el principio de que nadie puede ir contra sus actos propios (éstos, para que actúe el principio, han de ser válidos, suele decir la jurisprudencia).”<sup>56</sup>

Por tanto, salvo que se rompa con una arraigada doctrina, el artículo 1302 del CC no puede invocarse como justificación de que no se puedan alegar los vicios de nulidad de pleno derecho generados por el mismo que los alega porque, lejos de ello, es presentado con “un carácter excepcional, al señalar los únicos casos en los que la nulidad no queda abierta a ambas partes contractuales, siendo todos ellos de anulabilidad”.<sup>57</sup>

#### 10.2.2. El artículo 110.3 de la LRJPAC tampoco justifica una regla con la amplitud del *nemo auditur* aplicado por los tribunales

Pero, sin ningún género de dudas, el precepto más insistentemente citado como fundamento de que nadie –y, en especial, la Administración– puede invocar los vicios

56. En *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, XVII, 2º, p. 387-388. Cita después jurisprudencia civil que prueba definitivamente que, según el Tribunal Supremo, concordemente con la doctrina, los vicios de nulidad los puede invocar el que los originó sin que nada, incluida la doctrina de los propios actos, se oponga a ello. A las sentencias que cita pueden añadirse otras posteriores como la del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995: “El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de la nulidad absoluta”; por tanto, “no puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo la nulidad”. Véase también Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos, op. cit.*, p. 201 y ss., sobre la aplicación de tal doctrina a supuestos de anulabilidad, pero no de nulidad. Sin embargo, su exposición a este respecto no es del todo clara. Por una parte, en la página 201, afirma que “se puede venir contra los propios actos realizados contraviniendo la ley y siempre que el acto sea absolutamente nulo”. De otra, en la página siguiente dice: “Se viene lícitamente contra un *factum proprium* cuando se pretende la declaración de ineficacia de un negocio irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad.”

Aunque críticamente, PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, sintetiza con especial acierto esta jurisprudencia consolidada: en la página 131 afirma que si el contrato es nulo “cualquiera puede pedir la nulidad, incluso quien la ha causado. Ningún límite se impone a la legitimación para instarla, y la difusa doctrina de los actos propios nada tiene que hacer frente a la contundencia de las consecuencias de la nulidad”. En la página 136 insiste: “El carácter *absoluto* de la nulidad, con el corolario de una legitimación abierta a todo interesado, propicia acciones de nulidad interpuestas por quien ha creado conscientemente o participado en el vicio invalidatorio del contrato; contratos con causa ilícita en los que una de las partes utiliza la nulidad protectora de la ley o de las buenas costumbres para desligarse de compromisos firmemente asumidos; contratos con deficiencias formales que son invocadas por quien los otorgó para recuperar bienes

cuando cambiaron las circunstancias.” En la página 145 dice: “nulidad y vinculación por los actos propios son cosas incompatibles.” En las páginas 154-155 explica los supuestos fundamentos de esta construcción: “Si un contrato es nulo (por estar afectado de una causa de nulidad), es nulo para todos [...] Al ser una cualidad del mismo, el juicio de validez/nulidad es un juicio objetivo, un juicio de comprobación que sólo mira al contrato, y no a quien interpone la demanda de nulidad. De ahí que, necesariamente, si el contrato adolece de una causa de nulidad, cualquiera que interponga una demanda pidiendo que así se declare, vencerá en juicio; bastará, entonces, que esté interesado en una tal declaración.”

57. PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad...*, op. cit., p. 224. Pero debo reconocer que el mismo Pasquau, apartándose conscientemente de esa posición consolidada y dominante, afirma después, en la página 232, que “el artículo 1302, leído sin prejuicios, permite identificar en él una *ratio* que es perfectamente generalizable fuera de los casos expresamente mencionados en él [...]. Liberado de la lectura reduccionista que lo quiere referir exclusivamente a los casos de anulabilidad, el artículo 1302 no es más que expresión de claros principios generales, como el que prohíbe ir contra los propios actos y el que prohíbe el abuso de derecho”. Y ya en esta línea llega a afirmar, en contra de la doctrina y jurisprudencia civil y casi como la jurisprudencia contencioso-administrativa que analizamos, lo siguiente: “no puede invocar la nulidad la parte contractual que voluntariamente ha creado la causa de nulidad (artículo 1306)”, o sea, con apoyo en el mismo precepto del *nemo auditur*. Todas estas afirmaciones se inscriben en una construcción mucho más amplia y ambiciosa con la que Pasquau pretende montar las bases para una reconsideración del régimen jurídico de la nulidad y, entre otras cosas, articular una categoría de nulidades de pleno derecho relativas. Sobre ello volveremos luego brevemente. También he de reconocer que Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos, op. cit.*, p. 203, sí establece una relación directa entre este artículo 1302 del CC y el *nemo auditur*, aunque me parece que se trata de un error que no se refleja de ninguna forma en su obra posterior.

de nulidad que él mismo ha originado es el artículo 115.2 de la LPA/58, que, como ya explicamos, se contenía en idénticos términos en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992 y con mínimas modificaciones, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, en el actual artículo 110.3 de la LRJPAC.

Algunas sentencias, como se ha visto, afirman que ese precepto es la formulación misma del principio o que este principio está expresamente incorporado al Derecho positivo por él; otras, más tímidamente, sólo dicen que el principio se deduce de él o que éste es una concreción o manifestación parcial de tal principio. Pero no me parece de ninguna forma que el artículo 110.3 de la LRJPAC –como tampoco, claro está, el anterior artículo 115.2 de la LPA/58– recoja o exprese el tan traído y llevado principio. No digo ya que no tenga nada que ver con las notificaciones erróneas ni con la imposibilidad de alegar la inconstitucionalidad de una norma en la que previamente se basó una petición... y otras aplicaciones ya completamente desviadas y antes criticadas y que, en realidad, ni siquiera encajan con el supuesto principio. Digo ahora que ese precepto no plasma ni refleja el principio de que nadie puede invocar los vicios de nulidad que haya originado.<sup>58</sup> Muy lejos de ello, el precepto sólo se refiere a los motivos de los recursos administrativos (porque está contenido en el capítulo dedicado a los recursos administrativos y, concretamente, en el artículo dedicado a la interposición de los recursos administrativos) y únicamente se refiere a “los vicios y defectos que hagan *anulable* un acto”, no nulo de pleno derecho. Así las cosas, no hay inconveniente en extender la misma regla a los recursos contencioso-administrativos que interpongan los mismos particulares. Pero la extensión de la regla no puede ir más allá. Ni se puede extender a los vicios de nulidad de pleno derecho<sup>59</sup> alegados por los particulares que los hayan originado; ni, y esto es lo más importante, cabe extender la limi-

tación del artículo 110.3 de la LRJPAC a la propia Administración que hace valer cualquier vicio invalidante al margen de un recurso, sobre todo si es un vicio de nulidad de pleno derecho.

Hay muchísimas razones para negar que del artículo 110.3 de la LRJPAC se pueda deducir la prohibición de alegar los vicios causados por uno mismo con la amplitud con que lo acepta la jurisprudencia contencioso-administrativa. Entre ellas que este precepto aparece claramente como una excepción a la regla general que se contiene ahora en el artículo 107.1 de la LRJPAC según el cual los recursos administrativos se pueden “fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”. Además, cuando la LRJPAC habla de “anulable” en el artículo 110.3 lo hace, como en toda la Ley, con plena conciencia, propiedad e intención, igual que antes lo hacía la LPA/58, y no hay ninguna razón para pensar que se equivoque al emplear ese término o que quisiera referirse indistintamente a nulidad y a anulabilidad. Todo lo contrario: el mismo régimen y significado de la nulidad de pleno derecho de los actos y de los contratos administrativos, según es generalmente explicado, lleva indefectiblemente a concluir que, en efecto, cualquier interesado puede invocar los vicios de nulidad radical, aunque sea él mismo el que los haya originado.<sup>60</sup> En realidad, el artículo 110.3 de la LRJPAC es casi una perfecta plasmación del régimen clásico de la anulabilidad. Este apartado, como su predecesor de la Ley de 1958, es el equivalente al artículo 1302 del CC, pero desprovisto ya de su casuismo y pasado por el tamiz de la teoría de las nulidades elaborada por la doctrina civilista y adaptada al Derecho administrativo. Por eso habla con toda precisión de anulabilidad y es completamente contrario a su letra, a su espíritu y a su rigor conceptual pretender deducir de ahí una regla válida también para los vicios de nulidad de pleno derecho.<sup>61</sup>

58. Y ni siquiera es una consecuencia de la buena fe. En contra, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GÓÑÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1997, II, p. 1764, afirman que “puede considerarse esta limitación una aplicación del principio de buena fe”. No creo que sea así sino que hay sólo una consecuencia del régimen típico de la anulabilidad.

59. Si del artículo 1302 del CC se puede llegar a pensar que si se identifica con la anulabilidad es sólo porque se lee con los prejuicios de la doctrina pero que no es imposible, liberado de tales prejuicios, aplicar el principio que late en él a la nulidad de pleno derecho, según dice Pasquau (véase la anterior nota 33), es imposible afirmar lo mismo del artículo 110.3 de la LRJPAC: se refiere sólo y exclusivamente a vicios que hagan “anulable” al acto. A lo sumo cabe decir que la LRJPAC está directamente influida por la teoría de las nulidades construida por la doctrina civilista según la cual sólo la anulabilidad tiene restringido el ámbito de los sujetos legitimados para alegarla.

60. En realidad, las cosas son incluso más radicales puesto que, como es sabido, siempre se afirma que la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos debe ser declarada incluso de oficio por el Tribunal, aunque nadie la pidiera y aunque el recurso haya sido interpuesto por persona no legítima-

da. Por todos, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, op. cit., p. 348, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, op. cit., p. 612-613.

61. O sea, que el artículo 110.3 de la LRJPAC (antes 115.2) expresa muy claramente y con acierto lo que quiere decir y no hay base alguna para hacerle decir más de lo que dice. Por tanto, si acaso, podrá afirmarse que consagra el *nemo auditur* respecto del administrado recurrente y sólo en cuanto a ciertos vicios, como, según vimos, hacían García de Enterría y Fernández Rodríguez. A lo sumo, llevándolo más lejos de lo que lo hacían estos autores (que sólo se referían a los casos de dolo, intimidación, error o violencia), deben incluirse todos los vicios de anulabilidad, puesto que el artículo 110.3 de la LRJPAC, a diferencia del artículo 1302 del CC, se refiere genéricamente a todos ellos. Pero, como ha quedado claro, el Tribunal Supremo aplica esta prohibición de alegar las propias ilegalidades como motivo de anulación a la Administración y a todos los vicios, incluidos los de nulidad de pleno derecho. En realidad, el Tribunal Supremo, al aplicar esta regla, ni siquiera distingue y ni se plantea si el vicio es de nulidad o anulabilidad. Pero, en la mayoría de los casos, se trata de nulidad de pleno derecho (compromiso de gastos sin partida presupuestaria, supuestos de incompetencia manifiesta, etcétera).

### 10.2.3. El régimen de revisión de oficio choca con este *nemo auditur*

Por otra parte, aplicar a la Administración esta limitación de que nadie puede alegar los vicios invalidantes que hubiere causado choca frontalmente con el régimen de la revisión de oficio de los actos nulos (artículo 102 de la LRJPAC; y, hasta 1999, de los actos anulables: artículo 103 de la LRJPAC en su redacción originaria) y con el recurso de lesividad contra los actos anulables (artículo 103 de la LRJPAC). El Consejo de Estado lo ha destacado con gran acierto y claridad:

“Estas invocaciones de nulidad no podrían yugularse de inmediato [...] por el precepto según el cual ‘los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos’ (artículo 115.2 de la LPA/58). Esta norma aparece recogida a propósito de los recursos de alzada y reposición [...] y directamente apuntan a que el recurrente no puede alegar vicios o defectos por él causados. La extensión de este mandato y limitación a la Administración implicaría suscitar una cuasieliminación de la revisión de oficio de los actos de la propia Administración, ya que, por supuesto, la Administración los ha causado [...]. Esto quiere decir que la invocación al caso del conocido principio de Derecho de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* debe hacerse con la circunspección que exige el respeto a la Ley que consagra [...] remedios y procesos instrumentales de retorno a su mantenimiento que no pueden ser cegados.”<sup>62</sup>

Claro está, en efecto, que en la inmensa mayoría de los casos los vicios de los actos administrativos son exclusivamente debidos a la propia Administración y que si la Administración puede revisar de oficio sus actos nulos e impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa sus actos anulables es porque puede alegar los motivos de invalidez que ella misma originó.<sup>63</sup> Y en el caso de la nulidad de pleno derecho, no sólo puede, sino que debe hacerlo, como es ya hoy unánimemente admitido y plasma incluso literalmente la actual redacción del artículo 102.1 de la LRJPAC al decir “declarará” y no simplemente “podrá declarar”. Negar esto supondría desactivar todo el sistema de los artículos 102 y 103 de la LRJPAC y además, en realidad, dejar

que se consumen sin remedio las ilegalidades más perjudiciales para los intereses generales a los que debe servir la Administración (artículo 103.1 de la CE).<sup>64</sup>

En conclusión, como ya adelantábamos, este *nemo auditur* inventado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, no sólo no tiene fundamento sino que es contrario al Derecho positivo, sobre todo al régimen jurídico-administrativo de la nulidad de pleno derecho, de la revisión de oficio y del recurso de lesividad.

### 11. Soluciones similares a las que se llega con el *nemo auditur* pueden y deben lograrse por otras vías: en especial, la equidad como instrumento para moderar los excesos de la nulidad de pleno derecho

Dicho lo anterior, nuestra misión puede darse por terminada y sólo nos queda decir, en consecuencia, que debe abandonarse esa jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el *nemo auditur*: ni el aforismo latino significa que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de un acto, ni es verdad que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de los actos administrativos; en particular, la Administración pública sí puede alegar sus ilegalidades como vicios invalidantes, sobre todo, si determinan la nulidad de pleno derecho de sus actos: afortunadamente es así en nuestro Derecho y debe seguir siendo así como regla general. Ese *nemo auditur* es falso, y se basa en una suma de errores y en un cúmulo de, si se me permite la expresión, torpezas.

Pero todavía conviene añadir que lo que de justicia y acierto tiene esta jurisprudencia podía y debía haberse conseguido por otras vías: respetando el régimen positivo de la invalidez, sobre todo de la nulidad de pleno derecho, pero moderándolo drásticamente con una aplicación más amplia del artículo 106 de la LRJPAC.<sup>65</sup> Este artículo puede suministrar la vía correcta para llegar a las soluciones aceptables en las que la jurisprudencia se ha servido de su peculiar *nemo auditur*. Para extraer del artículo 106 de la LRJPAC todas sus virtualidades, sin que en absoluto se traicione su sentido general, debe aceptarse que se aplique, no sólo como límite a las facultades de revisión de la Administración, que es

62. Dictamen 53.437, de 6 de julio de 1989; recopilación de doctrina legal, núm. 54.

63. Valen para esto los mismos argumentos que empleó GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad”, RAP, 20, 1956, sobre todo p. 73 a 75, para poner de manifiesto que la misma existencia del recurso de lesividad desvanece la eficacia de la vinculación de los actos propios.

64. No es ésta una afirmación retórica y vacía de contenido. Ya se ha dicho que tampoco es cierto en Derecho civil que los particulares no puedan alegar las causas de nulidad absoluta que hayan originado; y que en Derecho administrativo tampoco hay una regla que prohíba a los administrados alegar los vicios de nulidad radical de los actos administrativos, aunque ellos los hubieran originado. Por tanto, tampoco cabe afirmarlo sin más de la

Administración. Pero aunque fuera cierto para los particulares, no tendría que ser cierto para la Administración. Hay razones que justificarían una diferencia radical. Podrá aceptarse, tal vez, que un particular no consiga una nulidad que le interesa como una especie de sanción por su conducta ilegal anterior. Pero eso no tiene ningún sentido para la Administración: sería absurdo decir que la Administración no puede conseguir una nulidad que conviene a los intereses generales (la de una autorización ilegal que permite un daño al medio ambiente o a la salud pública, por ejemplo; la de un acto que supone un ilegal compromiso de gasto que endeuda inútilmente y por años a un municipio...) porque fue ella misma la que cometió la ilegalidad; eso sería dejar injustamente desprotegidos a los intereses generales y a los ciudadanos por unas culpas de unas autoridades y funcionarios que actuaron ilegalmente; sería como sancionar a todos por las ilegalidades que cometieron concretas personas.

como formalmente aparece en la LRJPAC, sino también, al menos, como límite a la posibilidad de que la Administración alegue, en los recursos contencioso-administrativos en que aparece como demandada, la excepción de invalidez de sus actos y contratos debida a sus propias ilegalidades.<sup>65</sup>

El artículo 106 de la LRJPAC llama a la buena fe y ello debe completarse con la actual proclamación de la confianza legítima (artículo 3.1 *in fine* de la LRJPAC). Todo ello mitiga en favor de la seguridad jurídica el régimen de la invalidez y sobre todo el más severo de la nulidad de pleno derecho. En alguna medida eso podría ser suficiente para llegar a las mismas soluciones que el Tribunal Supremo alcanza por la incorrecta vía del *nemo auditur* o a otras próximas o similares y tal vez más ajustadas. En este mismo número monográfico hay estudios específicos sobre la buena fe y la confianza legítima, por lo que basta aquí con esta alusión. A lo sumo, conviene recordar que una de las manifestaciones o concreciones del principio de buena fe, siempre admitida como tal, es la prohibición de abuso de la nulidad por motivos formales,<sup>67</sup> que podría ser suficiente para corregir gran parte de los excesos que la jurisprudencia analizada pretende eliminar con el *nemo auditur*.

Pero creo que la buena fe y la confianza legítima no son suficientes por sí solas para justificar todas las soluciones razonables a las que llega la jurisprudencia del *nemo auditur*. Hay algo de razón y de justicia en esa jurisprudencia que no se consigue del todo con la buena fe y la confianza legítima (máxime teniendo en cuenta que la doctrina de los actos propios –concreción de la buena fe– se desvanece ante los supuestos de nulidad de pleno derecho, según la doctrina dominante, como ya recordamos). Algo, sin embargo, que también está en el artículo 106 de la LRJPAC y a lo que se ha prestado mucha menos atención que a la buena fe y la confianza legítima, y que ya no se basa en el valor de la seguridad jurídica sino en otro muy distinto: la equidad. Según el artículo 106 de la LRJPAC tampoco pueden ser ejercitadas las facultades de revisión de actos inválidos cuando, por cualesquiera circunstancias (el precepto dice “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias”) “su ejercicio resulte contrario a la equidad”.<sup>68</sup> Así que el régimen estricto de la invalidez se atempera, por un lado, en favor de la seguridad jurídica y, por otro, en favor de la

equidad. Y cabe pensar que los tribunales, en el fondo, han aplicado esta limitación a los casos en que la nulidad se pretende hacer valer en un contencioso-administrativo, ya sea por el demandante ya sea, sobre todo, por la Administración demandada causante de la invalidez alegada por ella misma. Sólo que lo han hecho, en vez de invocando sin más la equidad, disfrazándola con ese *nemo auditur* del que hemos dado cuenta. Pero con esto no queremos decir, a la postre, que el *nemo auditur* esté realmente justificado como un principio general que se deduce de la equidad. Nada de eso. La equidad es la justicia del caso concreto, una válvula de escape cuando la fórmula de la ley es muy rígida y su aplicación, mecánica y ciega a todos los casos, incluso a aquellos en que no pensó el legislador, está reñida con lo que parece razonable. La equidad no se deja encerrar en reglas ni principios so pena de dejar de ser lo que es. Por definición, las soluciones de equidad no son susceptibles de organizarse en un cuerpo de principios que determine las soluciones futuras, pues dependen de las circunstancias particulares de cada caso considerado individualmente. Así que, como hemos dicho, no cabe de ninguna forma establecer una regla de equidad en virtud de la cual nadie pueda alegar los vicios de nulidad que haya originado y menos aún cabe predicar eso de la Administración pública respecto de sus actos y contratos viciados por su culpa. No nos retractamos de tales afirmaciones lo más mínimo. Pero, a veces, en algunos casos concretos, más bien excepcionales, es contrario a la equidad permitir que se consiga la nulidad invocando la propia conducta ilegal. Naturalmente no procede intentar enumerar con carácter general tales casos; ni, menos aún, deducir una regla o un principio general.

El artículo 3.2 del CC permite que las resoluciones de los tribunales descansen “de manera exclusiva en ella (la equidad) cuando la ley expresamente lo permita”. No se encontrará mejor campo para basar exclusivamente las decisiones en la equidad que en la anulación de actos administrativos pues expresamente permite el artículo 106 de la LRJPAC que no se revisen cuando resulte contrario a la equidad. Así que los tribunales podrían directamente haber fundado sus soluciones en la equidad en vez de en el falso y excesivo fundamento del *nemo auditur*.

Pero es que, además, según creo, el régimen de la nulidad de pleno derecho ofrece un terreno especial-

65. En su caso, también se pueden dulcificar las consecuencias excesivas e injustas de la nulidad completando su régimen con otras instituciones como la responsabilidad patrimonial de la Administración causante de los vicios de invalidez y, por tanto, de los daños que ello genere, o como la *actio de in rem verso*, pues el enriquecimiento eventualmente obtenido será más patentemente injusto si tiene su origen en las ilegalidades del enriquecido. Véase mi monografía *El enriquecimiento injusto de la Administración...*, *op. cit.*, p. 365-366, y COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 439. Pero no es esto, que nos llevaría demasiado lejos, lo que nos importa ahora.

66. Así lo he defendido ya en *El enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 395 y ss.

Véase también GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección...*, *op. cit.*, p. 347 y 412 y ss., que señala, no obstante, que esa posibilidad de aplicación del artículo 106 de la LRJPAC a los recursos administrativos debe limitarse por la protección a terceros perjudicados por actos administrativos.

67. Por todos, Díez-PICAZO, L., en el prólogo al libro de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1982, p. 22. En la doctrina administrativa, véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 76-77, y SAINZ MORENO, F., *La buena fe en las relaciones de la Administración...*, *op. cit.*, p. 313.

68. Véase CASTILLO BLANCO, F., *La protección...*, *op. cit.*, p. 279 y ss.

mente necesitado de las moderaciones de la equidad. Ésta siempre encuentra su mejor campo cuando el Derecho es muy rígido y no presenta matizaciones o posibilidad de adaptación a la diversidad de supuestos. Y esto es lo que sucede con el régimen de la nulidad de pleno derecho y su inexorable consecuencia de estar abierta su invocación a cualquier interesado, o sea, a cualquiera que tenga interés en conseguir la anulación, a todo el que obtenga un provecho con la anulación. Tan unidas están las dos nociones que se consideran sinónimas las expresiones nulidad de pleno derecho y nulidad absoluta, es decir, nulidad para todos, nulidad que puede alegar cualquiera que obtenga provecho con ella, aunque no tengan ningún interés en que se respete la norma cuya vulneración determina el vicio. Ello, sumado a la progresiva ampliación de los casos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y a un concepto de interés legítimo desvinculado absolutamente del interés protegido por la norma violada, hace que, en algunos casos, se llegue a soluciones poco o nada equitativas que, entre otras cosas, acaban por premiar el comportamiento ilegal y hasta por traicionar la finalidad de la norma violada.<sup>69</sup> Ante ello, la equidad, a la que sabiamente llama el artículo 106 de la LRJPAC, puede suministrar el remedio al dogmatismo inflexible de la nulidad de pleno derecho y, en concreto, a la posibilidad de ser alegada con éxito por cualquiera que obtenga provecho con ella. Hasta puede, si no desde luego justificar que nadie pueda invocar el motivo de nulidad por él mismo originado, sí algo parecido, algo que dé un sentido más razonable al interés legítimo de manera que coincida con el protegido por la norma vio-

lada o, por lo menos, que no sea exactamente el contrario del protegido por la norma cuya vulneración se invoca, y ello pese a que nuestros dogmas sobre la nulidad de pleno derecho y sobre la legitimación conduzcan a otra cosa. Si la equidad tiene que ver, según se dice, con la apreciación de la justicia por el hombre medio, estoy seguro de que la equidad aprueba y hasta exige que no se declaren nulidades que benefician precisamente al que la norma violada no quería proteger que, a veces, es el mismo que la infringió.<sup>70</sup> Así que, en suma, no es tan errada toda la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*, que ha escrito Derecho (o equidad) con reglones torcidos, pero en latín; que ha buscado la equidad pero que, sintiendo pudor de presentarla como tal –en uno de los pocos casos en que podría haberlo hecho así (artículo 106 de la LRJPAC)– la ha revestido con un aforismo, brocardo o máxima que no tiene gran cosa que ver y que hasta la desvirtúa, pero que suena bien y le da una prestancia científica y un brillo que la modesta y humilde equidad no tiene. En este caso, al menos, me parece que los tribunales administrativos sí pueden alegar la torpeza y, por mi parte, alego la propia, por si lo que queda dicho es equivocado. ■

69. Me parece, por lo que aquí he tratado de reflejar páliida y parcialmente y por otras muchas razones que no procede recoger porque no se relacionan de ninguna forma con el *nemo auditur*, que es necesario reconsiderar o hasta reconstruir la teoría de las nulidades del Derecho administrativo, como ya han comenzado a hacer las mentes más lúcidas de la doctrina civilista con la nulidad de los contratos propugnando, entre otras cosas, la aceptación de nulidades de pleno derecho relativas. Sobre todo, ello encuentra brillante desarrollo en la ya reiteradamente citada obra de PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, donde, además, se da noticia de otros intentos en esa misma dirección. Para lo aquí analizado son interesantes sobre todo en las páginas 225 y ss. Entre otras aportaciones valiosas que no debieran pasar inadvertidas para la teoría del Derecho administrativo, cuestiona el mismo concepto puramente procesal de interesado –interés en que prospere la acción de nulidad, interés de todo el que obtiene un beneficio con la nulidad–, apuntando la posibilidad de construir un concepto sustantivo o material de interesado en cuya virtud sólo estarían legitimados para pedir la nulidad de pleno derecho aquellos que tuvieran un interés coincidente con el protegido por la sanción de nulidad. Con ello y profundas correcciones de la teoría asentada de las nulidades que no tienen, según explica, verdadero fundamento, llega a construir una categoría de nulidades de pleno derecho, pero relativas, sobre todo para los casos de vulneración de normas imperativas de naturaleza protectora de una de las partes y para los casos de nulidad por defecto de forma. Además, y esto también es de interés para nuestro objeto, afirma que la nulidad de pleno derecho no es incompatible con la aplicación de la doctrina de los actos propios, aunque así se afirme generalmente: “carecen de sentido los reparos que con tanta frecuencia doctrina y jurisprudencia oponen a la virtualidad del principio (de los actos propios) en este ámbito” (p. 247-248).

Una reconsideración de este tipo me parece oportuna también en el Derecho administrativo. Si no se hace, como mínimo, habría que delimitar de otra forma los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos pues es equivocado entender que deben ser todos los de vicios graves o los que lesionan los valores superiores (p. ej., derechos fundamentales) si eso conduce a que cualquier interesado en la nulidad pueda alegarla aunque no tenga ningún interés en la regularidad del acto. Y a falta de todo ello, el artículo 106 de la LRJPAC, y, por lo que ahora importa, la equidad, deberá mitigar los excesos de la nulidad de pleno derecho.

70. Permitaseme decir, medio en broma, que late en esa jurisprudencia sobre el *nemo auditur* la misma idea elemental de justicia que en la famosa “ley de la ventaja” del fútbol por la que, quien ha cometido una falta, no se beneficia si, pese a ella, el equipo que la ha sufrido goza de una posición más favorable que la que tendría con su señalización y la interrupción del juego; o por la que no se anula un gol conseguido tras el penalti del equipo batido; o por la que, pese a la alineación indebida del derrotado, no se anularía el partido terminado con un 5-0 para colocar en su lugar sólo un 3-0 que beneficiaría al incumplidor. Con estas licencias futbolísticas, que espero que se me disculpen, pretendo poner de relieve elementalmente que tiene que haber mecanismos para que la aplicación de las normas no consiga un efecto distinto y hasta opuesto al que persiguen: las normas protegen determinados intereses y es absurdo que, por su aplicación mecánica y ciega, se acepte en casos determinados que acaben por perjudicar exactamente a los intereses que protegían y cumpliendo en la práctica la finalidad contraria de aquella para la que están previstas. Eso es lo que ocurre a veces con la nulidad de pleno derecho y la consecuente legitimación para ser alegada por cualquiera que tenga interés en conseguir la anulación.