

Venire contra factum proprium en el Derecho Administrativo del siglo XXI

Alejandra Boto Álvarez¹

1. Universidad de Oviedo.

El objetivo de esta contribución es presentar la pervivencia de la conocida como doctrina de los actos propios en el Derecho Público Contemporáneo, y en concreto en el Derecho Administrativo, en particular desde una perspectiva europea comparada, pero sin renunciar a una aspiración global.

Se dan por conocidos los orígenes controvertidos y el alcance del aforismo, pues ciertamente resultaría más que osado por mi parte pretender siquiera una síntesis, dado el foro especializado en que el trabajo se enmarca. Sería un esfuerzo además trufado de sentimiento, pues no podría sino evocar mis tiempos -ya lejanos- en las aulas de los profesores Carmen López-Rendo y Justo García Sánchez, uno de los precursores en el tratamiento del Derecho público romano. Otros ponentes en este encuentro se han ocupado anteriormente del mismo brocardo, en sus vertientes más ortodoxas y clásicas, con contribuciones que engarzan con el Derecho Privado (servidumbres) y Procesal (preensiones). A ellos me remito pues en este punto.

Enfocando la cuestión ya desde el contexto actual, el diccionario panhispánico del español jurídico (editado por la Real Academia Española de la Lengua, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española en 2020) considera que la vinculación de los actos propios, que califica como un principio general del derecho, supone la aceptación de las consecuencias vinculantes que se desprenden de ellos². Se señala la conexión directa del autor a los resultados de sus actos, con prohibición de adoptar después un comportamiento incompatible con ellos. Se añade después que, además de en su forma latina (cuya formulación principal es conforme a esa misma obra, *venire contra proprium factum nulli conceditur*), es conocido en el derecho anglosajón como principio de estoppel o en el alemán como Verwirkung.

Con ello parece darse a entender que existe una equivalencia entre esas tres figuras, lo que sin embargo ha sido combatido con vehemencia desde la academia. Se ha dicho así, por ejemplo, que la doctrina de los actos propios hace a la seguridad jurídica, al igual que el llamado retraso desleal; la diferencia entre ambas nociones estaría en que, mientras que en los actos propios el velo de confianza se rompe mediante un nuevo hacer positivo contradictorio con la conducta inicial, en el retraso desleal ese velo de confianza es quebrado por un accionar tardío del sujeto activo³. También se ha señalado que existen puntos en común con la alegación de la propia torpeza, pues conducen al eventual resultado de conservación de un negocio irregular, pero en el caso del *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, ello es debido a la culpabilidad del sujeto torpe mientras que en el caso del *venire contra* la razón no deriva de la actitud que tuvo al negociar, sino de la que tiene después. De nuevo en la casilla de partida, la referencia temporal se relaciona con el ejercicio tardío de derechos y el retraso desleal⁴.

2. <https://dpej.rae.es/lema/venire-contra-proprium-factum-nulli-conceditur> (última consulta realizada el 7 de noviembre de 2021).

3. La reflexión, en L. P. LEIVA FERNÁNDEZ, «Verwirkung: la teoría del retraso desleal», *Anales de la legislación argentina*, núm. 2, 2021, donde se propone una teoría que distingue entre deber de coherencia, teoría de los actos propios y principio de confianza. En ese mismo trabajo también se afirma que existe una diferencia entre el *estoppel* y la teoría de los actos propios: el primero surgió en la Edad Media, se lo caracteriza como una presunción y no puede ser aplicado de oficio por un juez.

4. En España sigue siendo referencia inexcusable el esfuerzo conceptualizador de E. ARANA GARCÍA, *La alegación de la*

En esta materia es imposible trazar líneas de frontera nítidas. Así, en Francia, por ejemplo, se entiende que todo conecta con la protección de la confianza⁵. Además, las variantes latinas con las que se vincula el origen de la doctrina de los actos propios son múltiples y sólo por citar algunas cabe mencionar también el *nemo in potest mutare consilium alterius iniuriam*, o el *verti uti cesso iure non posse*, que tienen cierto arraigo en la jurisprudencia alemana⁶. Por similitud rítmica y léxica también cabría relacionar la doctrina de los actos propios con el aforismo *protestatio facto contraria non valet*, que en Italia se ha vinculado con la lealtad procesal y el exceso de poder⁷.

En la práctica, puede decirse que la apreciación del *venire contra* requiere la verificación de varios requisitos⁸. Desde el punto de vista objetivo, debe existir una primera conducta jurídicamente vinculante y eficaz (el acto propio previo). Ese acto debe ser voluntario, o espontáneo, y válido⁹. Es esencial que ese acto suscite además confianza en la otra parte¹⁰. En segundo lugar, debe existir una pretensión ulterior contradictoria con ese acto previo, que es lo que daría lugar a la imposibilidad de volver sobre él porque se generan perjuicios para el otro sujeto de la relación jurídica. Así las cosas, la segunda conducta pudiera ser lícita en abstracto, pero deviene inadmisibles porque el voluble sobresalta y lesiona derechos o intereses ajenos¹¹. La sanción jurídica consustancial a la aplicación de la doctrina de los actos propios es la inadmisibilidad de la pretensión posterior a la conducta vinculante, apreciándose a través de una excepción o de oficio.

La aparente simplicidad de esta construcción en el ámbito civil tiene, sin embargo, una serie de importantes limitaciones, conectadas con el carácter subsidiario o residual de la doctrina de los actos propios. Así, se dice que su valoración y aplicación queda en manos del juez, y que no puede cobijar la reacción frente a cualquier comportamiento contradictorio; no opera, por ejemplo, cuando la Ley regula una solución expresa para la

propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo, Granada, Comares, 2003.

5. D. BAILLEUL, «La règle *Nul ne peut invoquer sa propre turpitude* en droit administratif», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 5, 2010, pp. 1235-1272.

6. J. PUIG BUTRAU, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, p. 97 y P. CERAMI, «D. 1.7.25 Pr. (Ulp. 5 opon.) e il brocardo *venire contra factum proprium*», en F. REINOSO BARBERO, (coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 855-868.

7. R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, Liguori, 2000.

8. Por todos debe verse L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

9. Se ha dicho también entre los civilistas que, como hecho jurídico, ha de tratarse de una conducta relevante, inequívoca y objetiva: C. I. JARAMILLO JARAMILLO, *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla *venire contra factum proprium* en el ámbito contractual*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2014, pp. 328-336.

10. A. I. PIAGGI, «Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: la buena fe y los actos propios», en M. M. CORDOBA (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 107-129.

11. M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, «La doctrina de los actos propios» y M. L. NEME VILLARREAL, «*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe», ambos trabajos en la obra colectiva de homenaje a F. HINESTROSA: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, respectivamente en tomo I (pp. 353-400) y tomo III (pp. 11-55).

conducta que objetivamente es contradictoria¹².

En la medida en que el principio de la buena fe no es sólo aplicable a la relación jurídica que media entre las partes, sino también al proceso en que se ventila la controversia, existe una clara derivación procesal de la doctrina de los actos propios que conecta con el abuso de derecho¹³. Pero el abuso de derecho no sólo es procesal, y también puede analizarse en clave iuspublicista: como abuso de autoridad, institucional o incluso de libertad¹⁴. Que la doctrina de los actos propios que traduce el aforismo *venire contra* también juega en el Derecho Administrativo es algo incontestable, a la vista tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia. Cosa muy distinta es, sobre lo que se volverá más adelante, cómo debe operar la regla en un ámbito en que hay un sujeto que defiende intereses públicos, siendo de suponer que sus cambios de posición sólo buscarán una mejor defensa de aquéllos¹⁵; o el sustrato sobre el que debe entenderse aplicable, teniendo en cuenta que el mismo concepto de “acto” es uno de los menos unívocos de la disciplina¹⁶.

En la academia, el juego del *venire contra* en sede administrativa ha sido analizado por trabajos de cabecera como los de Borda¹⁷, Mairal¹⁸ o López Mesa¹⁹ en Latinoamérica; y Sáinz Moreno²⁰, Soriano García²¹ o Sánchez Morón²² en España. También existen

12. J. M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en Derecho privado)*, Buenos Aires, De Palma, 1985, p. 28.

13. O. M. DÍAZ SOLIMINE, «La buena fe procesal y la conducta de las partes», *La Ley (Argentina)*, 2013-B, 851. También, desde Europa: G. TROPEA, «Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche», *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, pp. 685 y ss.

14. En clave de Derecho Constitucional puede verse: A. R. DALLA VIA, «La buena fe y los abusos en el Derecho público», en la obra ya citada: *Tratado de la buena fe en el Derecho*, pp. 915-923.

15. La cuestión no es tan simple, porque la intensa presencia de la Administración en todas las facetas del tráfico moderno y la supremacía jurídica de sus actos también hace que la confianza que en ellos depositan los particulares pueda ostentar una importancia incluso superior a los observables en hipótesis análogas del Derecho privado. Sobre esta cuestión y sosteniendo que de la mera tolerancia no puede suponer aceptación porque el interés público involucrado trasciende el interés particular puede verse F. A. LÓPEZ, «La regla del “venire contra factum proprium non valet” ¿vincula a la Administración pública?», *La Ley*, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009.

16. En España es habitual contraponer de partida y dicotómicamente el acto administrativo al reglamento, como disposición administrativa de carácter general. En Argentina, suele preferirse como designación genérica que engloba ambos tipos de disposiciones, particulares y normativas, siendo importante la distinción entre “acto” y “hecho” (por todos, F. G. COMADIRA, «Actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 135, 2021). En España se ha propuesto hablar en ese sentido de “conducta” de la Administración (J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 229 y ss.).

17. A. BORDA, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

18. H. A. MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la Administración pública*, Buenos Aires, De Palma, 1988.

19. M. J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios*, 3ª ed., Buenos Aires, B de F, 2013.

20. F. SAINZ MORENO, «La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados», *Revista de Administración pública*, núm. 89, 1979, pp. 293-314.

21. J. E. SORIANO GARCÍA, «*Non venire contra factum proprium*. Un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del Derecho», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 427-491.

22. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Venire contra factum proprium non valet», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2002,

nuevos trabajos a nivel internacional sobre las conexiones de la locución venire contra con el precedente administrativo²³, la autovinculación²⁴, la protección de la confianza²⁵, la buena administración²⁶ o el estoppel anglosajón²⁷.

Respecto a la jurisprudencia, la doctrina de los actos propios ha estado muy presente en tiempos recientes en diversos casos de cariz manifiestamente administrativista, sobre nacionalidad, pensiones, expropiación o empleo público discutidos ante instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de la Nación Argentina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Consejos de Estado francés e italiano, o los Tribunales Supremo y Constitucional españoles, por ejemplo²⁸.

Y sin embargo hay muchos matices que deben hacerse al aplicar el aforismo a un sujeto estatutario (la administración pública) cuyas relaciones no están presididas por la autonomía de la voluntad sino por un estricto principio de legalidad, atendiendo además a la gestión de intereses públicos. Ciertamente, no es fácil dar el salto a un ámbito que se caracteriza por la vinculación positiva al ordenamiento, máxime cuando esa vinculación admite además gradaciones distintas, por ejemplo, ante la discrecionalidad técnica o la actividad material. Por otro lado, la misma teoría del órgano, y las alteraciones en el ejercicio de la competencia, abonan el advenimiento de distintos tipos de representaciones y apariencias, al tiempo que el funcionamiento tradicionalmente burocrático puede ser con facilidad fuente de distintos tipos de errores, a veces en cascada. Ciertamente es, también se ha dicho, que todo el Derecho Administrativo moderno está en gran medida orientado ya hacia la coherencia, la lealtad, la ejemplaridad, la probidad y la previsibilidad, y estos valores son cada vez más nucleares, ante el avance de fenómenos como el soft law y la inteligencia artificial. Desde la perspectiva más tradicional, de lucha contra las inmunidades del poder, en esa clave cabría llegar a leer por ejemplo la teoría de la inderogabilidad singular de los reglamentos, la estabilidad del acto administrativo, la necesidad de atenerse al agotamiento de la vía administrativa o la motivación de los cambios de criterio con respecto al precedente. No es casualidad tampoco que el mismo profesor García de Enterría se ocupara tempranamente de explorar la relación de la doc-

pp. 223-246.

23. Por todos, puede verse F. GARCÍA PULLÉS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 160, en Latinoamérica; y S. DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, en España.

24. En una perspectiva italo-germana: P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1990. Desde Latinoamérica, ensaya una teoría de las autovinculaciones de la Administración pública: C. M. GRECCO, *Fragments y testimonios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 175.

25. R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Londres, Hart Publishing, 2000.

26. M. A. MALDONADO MELÉNDEZ, «La doctrina de los actos propios: un ejercicio del principio a la buena administración», *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 2021, en prensa.

27. B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, Paris, 2007.

28. Al respecto puede verse mi trabajo «Justificación y efectos de la doctrina de los actos propios en la jurisdicción contencioso administrativa: una visión de derecho comparado», en la obra conmemorativa por los veinte años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo en Perú, coordinada por T. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ (en prensa).

trina de los actos propios con la autotutela y las facultades revisoras²⁹.

Ante las dificultades descritas, muchos han propugnado la necesidad de depurar el uso la locución latina en el ámbito público, o directamente de superarla y abandonarla, por considerar la doctrina de los actos propios innecesaria a la vista de otras figuras más adecuadas a los tiempos, marcados por la idea más moderna de buena administración, y a los principios del propio sistema de Derecho Administrativo³⁰.

Entre las razones de esta “muerte anunciada” hay argumentos de gran peso. Así, un comportamiento contradictorio en el marco de las relaciones bilaterales de la Administración puede solventarse casi siempre aplicando la teoría del negocio jurídico, sin que nada concreto o adicional aporte el venire contra. En todo caso, resulta innegable que la actividad negocial de la Administración está presidida, además de por el acuerdo de voluntades, por sus privilegios, que han marcado tradicionalmente el régimen de los contratos administrativos. Ciertamente, la legislación refleja muchos casos en que cabalmente cabe que la Administración se desdiga, resultando que en ocasiones el mismo cambio de criterio es vinculante para el particular, que no puede oponer el pacta sunt servanda ya sea por imperativo legal o propiamente contractual, al haberse aceptado junto con los pliegos que funcionan como *lex contractus*. Ejemplos bien conocidos son el *ius variandi*, el *factum principii*, la interpretación unilateral o el secuestro de las concesiones, profusamente regulados en la legislación de contratos del sector público.

La sobre-regulación es aún mayor en lo que a la actividad administrativa unilateral se refiere y, ante una apuesta clara del derecho positivo, inútil parece recurrir a máximas tópicas, o brocados y cultismos. En efecto, no son pocos los casos en que es la propia normativa aplicable la que anuda un cierto efecto vinculante a una conducta con la que después no cabe contradecirse, sea de la Administración, sea de la ciudadanía. Sucede, entre otros muchos casos, con la renuncia o desistimiento de la persona interesada en un procedimiento, con la identificación de un medio o lugar a efectos de la recepción de notificaciones, con el silencio administrativo, con el reconocimiento de responsabilidad ante una infracción, o con la reversión y la retasación en la expropiación forzosa.

Cuando frente al venire contra está la Administración del siglo XXI hay, en fin, un último elemento de crisis que desnaturaliza el juego tradicional de la doctrina de los actos propios. Este tiene que ver con el hecho de que cada vez es más frecuente que se

29. E. GARCÍA DE ENTERRÍA CARANDE, «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *Revista de Administración pública*, núm. 20, 1956, pp. 69-80.

30. En este punto no todas las ramas del Derecho público apuntan en la misma dirección, y así se ha sostenido que, entre otras cosas por la posición especialmente débil del contribuyente, en el Derecho Tributario sí es necesaria la aplicación de la doctrina de los actos propios. Por todos: D. MARÍN-BARNUEVO FABO, *La doctrina de los actos propios en Derecho Tributario*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 83-121. Pero más allá, incluso, es algo similar a lo que también se ha señalado en materia de relaciones laborales, entendiendo que el fraude social es de interés público, como objeto de políticas de Estado. Esta idea en ocasiones abona una tesis de “hiposuficiencia negocial” del trabajador, que para algunos no quedaría vinculado por una inacción aunque haya sido sostenida en el tiempo; otros autores entienden en cambio que el silencio, la indiferencia y la inacción del empleado durante un largo lapso afecta también a la sociedad y por lo tanto cada quien debe responsabilizarse de sus actos (en ese sentido: L. M. Peña, « Los actos propios y el tiempo razonable frente a la denuncia de irregularidades en el registro del contrato de trabajo », *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2018). En todo caso, resulta evidente cómo se entrecruzan el ámbito público y privado, de una forma no exenta de polémica.

dilucide sobre la eventual contradicción no en sede procesal, sino en instancias administrativas especializadas, como los organismos reguladores, las autoridades independientes o los órganos de resolución de recursos especiales. Sucede, sin ir más lejos, en materias tan sensibles como la protección de datos personales, la energía, las telecomunicaciones o la contratación pública. Incluso, y esta es una característica del Derecho global y la internacionalización, abundan las prórrogas de jurisdicción en favor de instancias arbitrales, organizaciones constituidas por personas típicamente privadas, a las que se confiere autoridad para definir las reglas de conducta aplicables a los Estados y, no lo olvidemos, a las relaciones de estos con la ciudadanía. Esto lleva a nuevas reglas para la aplicación de la legalidad administrativa en el espacio y a una quiebra del mismo Derecho estatutario, pues a la Administración se le acaban aplicando normas, reglas y principios de derecho ajeno por partida doble (privado o incluso extranjero)³¹.

En ese marco cobra más sentido el interés por los aforismos, como acertadas fórmulas que sintetizan principios lógicos e ideales generalmente compartidos, y una vía a explorar en la búsqueda de un lenguaje común para los juristas³², en particular entre ramas del conocimiento³³. Cuando esas reglas se plasman en locuciones latinas, enraizadas en la tradición nacida del Derecho Romano y en el *ius commune* medieval, ese valor de comunión se refuerza. Y esto, no sólo porque aquellos juristas romanos supieron crear unas bases que aún hoy permanecen, sino también porque su formulación estaba presidida por un ánimo expansivo, de límites y fronteras, muy útil ante la globalización actual.

Quizás por eso, y a pesar del sólido diagnóstico apriorístico inicial, un análisis empírico del uso práctico del *venire contra* en distintos ámbitos relacionados con el Derecho Administrativo demuestra que el aforismo está hoy más que vivo, tanto en sede judicial como administrativa, y en materias que cubren desde el empleo público a las subvenciones. Trasciende además la dicotomía público-privada y las mismas fronteras y tradiciones jurídicas³⁴.

Es, no obstante, un argumento más de abogados que de jueces³⁵ y, entre estos, más de votos particulares³⁶, juicios de valor para afejar la conducta reprochable de las partes³⁷ y *obiter dicta* que verdadera *ratio decidendi*³⁸. En su aplicación en ámbitos de Derecho

31. Sobre estos temas puede verse H. D. PIOMBO, *Extraterritorialidad del Derecho extranjero*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

32. D. SIMON, « Les adages et le droit écrit », *Revue française de Droit Administratif*, núm. 1, 2014, pp. 17-22.

33. H. HOEPFFNER Y J. KLEIN, « Les adages communs au droit public et au droit privé », *Revue française de Droit Administratif*, núm. 2, 2014, pp. 201-206.

34. Ese trabajo se ha acometido con detalle en A. BOTO ÁLVAREZ, *Administración y doctrina de los actos propios. Incoherencias aplicativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. A esta monografía se remite para el estudio de fondo de los datos y casos que llevan a las conclusiones que se formulan a continuación.

35. Es algo que evidencia, sin ir más lejos, un repaso al empleo del aforismo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde es habitual que la doctrina de los actos propios se discuta a instancia de parte en las vistas orales y se invoque en las conclusiones de los Abogados Generales, pero suele perderse en el fallo final.

36. Ha ocurrido en múltiples ocasiones en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular a cargo de los jueces portugueses CABRAL BARRETO y PINTO DE ALBURQUERQUE.

37. Es habitual encontrar reproches abiertos a conductas sorprendentes o veleidosas, sobre todo por parte de la Administración, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

38. De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional español que a finales de los años noventa del siglo pasado definitivamente

Administrativo, al venire contra le falta depuración técnica y concreción, pero ni ha desaparecido ni creo que vaya a hacerlo en el futuro. El aforismo traslada rápidamente un ideal de sistematización, de coherencia lógica y consistencia que suscita adhesión automática, incluso en un ámbito tan poco natural y común con su origen como el sistema administrativo. Goza por ello de buena salud, aunque su uso es más estético y retórico que verdaderamente jurídico.

mente reconoció la aplicabilidad del *venire contra* al Derecho Administrativo lo hizo en condición de *obiter dictum*.

