

Mario Castillo Freyre  
Rita Sabroso Minaya

---

# La teoría de los actos propios



Mario Castillo Freyre (1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos en dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Rita Sabroso Minaya (1980) es Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia de Contratos en dicha Universidad y Asistente Legal en el Estudio Mario Castillo Freyre.

MARIO CASTILLO FREYRE  
RITA SABROSO MINAYA

**LA TEORÍA DE LOS  
ACTOS PROPIOS**



## ÍNDICE

### **LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS**

Primera edición, marzo 2006  
Tiraje, 1,000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, 2006  
© Palestra Editores S.A.C., 2006

Diseño de cubierta: Iván Larco  
Diagramación de interiores: FM. Servicios Gráficos S.A.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

ISBN: 9972-224-03-1  
Hecho el depósito legal: 2006-1819

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Palabras Liminares	11
<b>1. CAPÍTULO I. ORÍGENES HISTÓRICOS</b>	15
1.1. El Derecho romano	16
1.1.1. Emancipación de la hija de familia	16
1.1.2. Cambio de parecer en perjuicio de otro	18
1.1.3. Constitución de servidumbre por condónimos en forma individual	20
1.1.4. Posterior adquisición de la propiedad de la cosa ajena por el disponente «non dominus»	21
1.1.5. Invocación de la propia torpeza	24
1.1.6. Fidelidad a la palabra dada	26
1.2. El Derecho intermedio	27
1.2.1. Glosadores	28
1.2.2. Postglosadores	30
1.2.3. Canonistas	31
1.2.4. Prácticos	31
1.2.5. Tratadistas	32
<b>2. CAPÍTULO II. DERECHOS EXTRANJEROS CONTEMPORÁNEOS</b>	35
2.1. El <i>Estoppel</i> anglosajón	35
2.1.1. Definición	35
2.1.2. Características	38
2.1.3. Requisitos	40
2.1.4. Clases	40
2.2. La <i>Verwirkung</i> alemana	48
2.2.1. Definición	49

2.2.2. Requisitos	51
2.2.3. Aplicación de la <i>Verwirkung</i>	53
2.2.4. <i>Verwirkung</i> y prescripción extintiva	56
2.2.5. <i>Verwirkung</i> y renuncia tácita	58
2.2.6. <i>Verwirkung</i> y <i>venire contra factum proprium</i>	59
<b>3. CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS</b>	<b>61</b>
3.1. Concepto	61
3.2. Naturaleza jurídica	63
3.2.1. Principios generales del Derecho	64
3.2.2. Regla de Derecho	68
3.2.3. Norma jurídica	70
3.2.4. Buena fe	71
3.2.5. Principio general de buena fe	76
<b>4. CAPÍTULO IV. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS</b>	<b>81</b>
4.1. Conducta vinculante	82
4.2. Pretensión contradictoria	90
4.3. Sujetos	94
4.3.1. La sucesión	96
4.3.2. La representación	101
<b>5. CAPÍTULO V. SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE APLICA LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS</b>	<b>107</b>
5.1. La Teoría de los Actos Propios y la nulidad	109
5.1.1. El acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres	109
5.1.2. El acto jurídico en donde falte la manifestación de voluntad del agente	112
5.1.3. El acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz	114
5.1.4. El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable	118
5.1.5. El acto jurídico nulo por fin ilícito	122
5.1.6. El acto jurídico nulo por adolecer de simulación absoluta	124
5.1.7. El acto jurídico nulo por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad	126

5.1.8. El acto jurídico nulo por declararlo así la ley	128
5.2. La Teoría de los Actos Propios y la anulabilidad	129
5.2.1. El acto jurídico anulable por incapacidad relativa del agente	130
5.2.1.1 El acto jurídico anulable celebrado por una persona mayor de diecisésis y menor de dieciocho años de edad	131
5.2.1.2 El acto jurídico anulable celebrado por un retardado mental	133
5.2.1.3 El acto jurídico anulable por haber sido celebrado por persona que adolece de deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad	134
5.2.1.4 El acto jurídico anulable celebrado por el pródigio	135
5.2.1.5 El acto jurídico anulable por ser celebrado por una persona que incurra en mala gestión	136
5.2.1.6 El acto jurídico anulable por ser celebrado por un ebrio habitual	137
5.2.1.7 El acto jurídico anulable por ser celebrado por un toxicómano	138
5.2.1.8 El acto jurídico anulable por ser celebrado por una persona que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil	139
5.2.2. El acto jurídico anulable por vicio de la voluntad	140
5.2.2.1 El acto jurídico anulable por error	140
5.2.2.2 El acto jurídico anulable por dolo	143
5.2.2.3 El acto jurídico anulable por violencia	145
5.2.2.4 El acto jurídico anulable por intimidación	146
5.2.3. El acto jurídico anulable por simulación relativa	148
5.2.4. El acto jurídico anulable por declararlo así la ley	150
5.3. La rescisión y la Teoría de los Actos Propios	151
5.3.1. La rescisión y la lesión	153
5.3.2. La rescisión y la venta del bien ajeno	154
5.3.3. La rescisión y la venta del bien parcialmente ajeno	156
5.3.4. La rescisión y la compraventa sobre medida	156
5.4. La resolución y la Teoría de los Actos Propios	158
5.4.1. La resolución y el pacto de retroventa	160
5.4.2. La resolución y la excesiva onerosidad de la prestación	162
5.4.3. La resolución y el saneamiento por evicción	163
5.4.4. La resolución y el saneamiento por vicios ocultos	165

5.5. La eficacia e ineficacia y la Teoría de los Actos Propios	165
5.5.1. La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción en el registro respectivo	165
5.5.2. La ineficacia de los actos celebrados por el representante excediendo o violando las facultades conferidas y la ineficacia de los actos celebrados por supuestos representantes	167
5.5.3. La ineficacia y fraude del acto jurídico	171
5.5.4. La ineficacia en los contratos de adhesión y con cláusulas generales de contratación	173
5.6. La prescripción y la caducidad frente a la Teoría de los Actos Propios	176
Bibliografía	183
Índice	7

## PALABRAS LIMINARES

Desde hace algunos años en nuestro medio jurídico -tan proclive a adoptar irreflexivamente teorías novedosas como propias- ha ido ganando terreno la Teoría de los Actos Propios.

La primera ocasión en la que tuve un acercamiento profesional con esa teoría fue en el año 1999. Confieso que el estudio que hice en aquella oportunidad podría volverlo a suscribir el día de hoy, pues, desde aquel momento entendí el valor y la importancia de la referida doctrina, pero también me quedó claro que la misma tenía muchos límites y sus fronteras no eran tan amplias.

Con posterioridad a ese informe, y como se expandía la labor profesional de mi Estudio de Abogados, hubo ocasión de aplicar la referida teoría en muchos otros casos, a la par que confrontarla con los referidos límites, en la medida de que poco a poco uno constataba que para muchos abogados esta teoría era algo así como la panacea del Derecho; y en ella encontraban todos los argumentos y todas las respuestas; precisamente, porque carecían de argumentos y respuestas sólidas en el Derecho.

Y es esta situación de que muchos consideren que esta teoría es de aplicación prácticamente universal, la que ha conducido a que la misma sirva para sostener que, en buena cuenta, nadie puede cambiar de opinión, que nadie puede actuar distinto a cómo actuó antes, porque si así fuere, su contraparte solucionará todos sus problemas jurídicos invocando a su favor, la teoría de los actos propios.

Confieso haber sido testigo en mi ejercicio profesional, de los más diversos absurdos y de los más aberrantes excesos en los que han incurrido colegas, aplicando la Teoría de los Actos Propios, a supuestos que repugnan a la doctrina que ha tratado la materia y que causan rechazo, no sólo en el campo del Derecho, sino en el del mínimo sentido común.

Pero, el tema no ha quedado allí, pues en el mes de febrero del año 2005, una Comisión Oficial que viene estudiando una propuesta de reformas al Código Civil Peruano de 1984, ha llegado al extremo de incluir en su Anteproyecto de Enmiendas, a la Teoría de los Actos Propios como un principio del Derecho, tal como se aprecia en el texto que proponen como nuevo artículo VI, del Título Preliminar del Código Civil, cuando se adopta la referida teoría, sin ambages, sin restricciones, sin límites y sin fronteras, al señalar que: «No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho».

Pero, no sólo eso, pues la referida doctrina ha sido reiteradamente empleada en una serie de normas de ese Anteproyecto, llegando, incluso a proponer su aplicación a supuestos de nulidad.

Esta propuesta legislativa fue una de las tantas que nos rebelaron ante el referido Anteproyecto de Enmiendas, y que motivaron que en septiembre del 2005, publicáramos un libro en el que calificábamos a dicho Anteproyecto como defectuoso.<sup>1</sup>

Pero es ante la insistencia de los propulsores de esta reforma, por considerar que la Teoría de los Actos Propios es un principio del Derecho<sup>2</sup> y por imponer su incorporación legislativa de manera arbitraria, que decidí emprender el camino de dar forma orgánica a los trabajos e investigaciones profesionales que mi Estudio de Abogados había elaborado en torno a la Teoría de los Actos Propios.

Para tal efecto, he contado con la participación de Rita Sabroso Minaya, quien trabaja conmigo desde hace más de cuatro años, y con quien he compartido la responsabilidad en la elaboración de una serie de informes relativos a la Teoría de los Actos Propios.

1 CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984* (con la participación de Verónica Rosas Berastain). Lima: Palestra Editores S.A.C., 2005.

2 Por lo demás, siempre hemos sostenido que los abogados generalmente recurren a la invocación de los *principios* del Derecho, cuando ha llegado el final de sus argumentos.

Sus altas cualidades personales y profesionales, la han hecho una muy destacada integrante de mi Estudio, dado su brillante y muy agudo criterio jurídico y profesional.

Con ella hemos escrito esta obra sobre la Teoría de los Actos Propios, la misma que, si alguna virtud pensamos tiene, es que constituye un trabajo que por primera vez en el Derecho peruano, pone esta Teoría en su sitio, es decir, la coloca en el lugar que le corresponde; como una regla general de Derecho y no como un principio del Derecho, condición que equivocadamente se le ha venido atribuyendo.

Este libro está dividido en cinco Capítulos.

En el primero de ellos, abordamos los orígenes históricos de la figura; en el segundo, estudiamos el tema en Derechos extranjeros contemporáneos, concentrando nuestra atención en el *Estoppel* del Derecho Anglosajón y en la *Verwirkung* del Derecho Alemán.

En el tercer Capítulo analizamos de lleno la naturaleza jurídica de la Teoría de los Actos Propios; en tanto que en el cuarto Capítulo estudiamos detalladamente los presupuestos de la mencionada figura.

Pero, el Capítulo V constituye, tal vez, el extremo más novedoso y característico de esta obra, en la medida de que en dicho Capítulo analizamos los supuestos en los que no se aplica la Teoría de los Actos Propios.

El referido Capítulo V, el más extenso de este libro, sirve para demostrar la infinidad de casos en que la Teoría de los Actos Propios, no resulta aplicable en el Derecho Civil, en general, y en el Derecho Civil Peruano, en particular, en la medida de que hemos confrontado la citada teoría, con los diversos supuestos de nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución e ineeficacia, que contiene el Código Nacional, habiendo llegado a la conclusión de que los casos en que no se aplica la citada teoría, son tan numerosos que se hace imposible calificarla como un principio del Derecho, que, por concepto y naturaleza, debería ser aplicable al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Por otra parte, deseamos que este libro contribuya a fomentar que en el Perú se discuta a profundidad sobre los temas jurídicos de importancia y para que no nos dejemos guiar por cantos de sirena, los mismos que, en muchos casos, suelen deslumbrar a

quienes no conocen a fondo las instituciones jurídicas y, fácilmente, son desviados de la ruta que conduce a buen puerto.

Esta obra, por lo demás, constituye un segundo aporte en aras de la reflexión, para que el medio jurídico nacional conozca los verdaderos alcances del defectuoso Anteproyecto de Reforma del Código Civil y, de esta forma, pueda constatar los múltiples peligros que conllevaría su aprobación, en relación al ordenamiento jurídico nacional.

Lima, febrero del 2006

MARIO CASTILLO FREYRE

## CAPÍTULO I ORÍGENES HISTÓRICOS

La Teoría de los Actos Propios -como tantas otras- ha tenido una lenta evolución, hasta llegar a ser lo que hoy conocemos con ese nombre. Así, dicha teoría tiene su origen en el brocario *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

El empleo del latín no debe hacernos pensar que la Teoría de los Actos Propios -tal como la conocemos- se originó en el Derecho Romano, ya que en él solo encontramos algunas sanciones individuales a casos concretos, en donde se manifestaba un actuar contradictorio. Pero ello no nos permite afirmar que en el Derecho Romano ya encontramos un desarrollo completo y sistemático de la referida teoría.

En otras palabras, si bien la regla según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos» no fue formulada en el Derecho Romano, éste suministró la información necesaria para su posterior formulación.

Efectivamente, este brocario data del Derecho intermedio, época en la cual el *venire contra factum proprium nulli conceditur* -junto con otros brocarios- configuraba recién una síntesis de diversos textos romanos.

Es decir, aunque el *venire contra factum proprium nulli conceditur* haya sido formulado en el Derecho intermedio, esta formulación se produce como generalización de una serie de soluciones y decisiones romanas, que sirvieron de fundamento y de justificación a la doctrina elaborada por la Glosa.

Dentro de tal orden de ideas, resulta importante estudiar los antecedentes históricos más importantes de la Teoría de los Actos Propios.

## 1.1. El Derecho romano

Como ya lo señaláramos, en el Derecho Romano no encontramos uniformidad y homogeneidad en la aplicación de lo que hoy conocemos como Teoría de los Actos Propios.

Es preciso, por ello, detenerse a examinar cuáles son esas decisiones fragmentadas que luego fueron consideradas como fundamento y justificación de la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium*.

### 1.1.1. Emancipación de la hija de familia

Luis Díez-Picazo<sup>1</sup> señala que la formulación más antigua que se conoce de la regla que prohíbe venir contra los propios actos se encuentra en la glosa *factum suum*.

En tal sentido, siendo el *Corpus Iuris Civilis* el que da origen a dicha glosa, corresponde analizar los pasajes más relevantes del mismo para el estudio de la referida regla.

Así, en un pasaje de Ulpiano (fragmento 25 del Digesto 1, 7, de *adoptionibus et emancipationibus et altis modis, quipus potestas solvitur*) se señala lo siguiente:<sup>2</sup>

«Después de la muerte de su hija, que cual madre de familia había vivido como emancipada según derecho, y falleció con herederos instituidos en testamento, se prohíbe que el padre promueva controversia contra su propio hecho, como si no la hubiese emancipado según derecho, ni en presencia de testigos».

Recordemos que la emancipación en Roma era un acto muy solemne y formal, el cual debía reunir una serie de requisitos. Una vez cumplidos los requisitos, los hijos se liberaban de la patria potestad del padre y pasaban a formar parte de la categoría de

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 22.

<sup>2</sup> *El Digesto de Justiniano. Libro I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 117.

personas *sui iuris*, esto es, ciudadanos libres y con capacidad para -entre otras- testar e instituir herederos.<sup>3</sup>

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, una vez muerta la hija que había vivido como legalmente emancipada y -además- como *mater familias*, el padre, para obtener vía indirecta la nulidad del testamento otorgado en vida por su hija, sostuvo que la emancipación no había sido regular, que no era jurídicamente eficaz en cuanto no habría cumplido las formas prescritas por el Derecho, en relación al número de testigos requeridos.

La nulidad de la emancipación acarrearía, naturalmente, la del testamento y, de esa forma, el padre conseguiría indirectamente librarse de los efectos del testamento que le eran perjudiciales.

Si bien la actitud del padre se fundamenta en el cumplimiento de las formas que establece la legislación para otorgar la emancipación, dicha actitud es inadmisible debido a que él mismo ha permitido que su hija sea tratada como *sui iuris*, es decir, le ha permitido vivir como si fuera emancipada aun cuando no hubieran sido cumplidos los requisitos establecidos en el Derecho Romano, esto es que el acto no fue solemne ni había cumplido con las exigencias formales.

Al respecto, Borda<sup>4</sup> señala que la solución dada al caso no tiene como primera razón sancionar la conducta contradictoria sino, más bien, evitar un resultado que objetivamente es considerado injusto. En efecto, lo que se procura es defender la eficacia del testamento otorgado por la hija que es, en definitiva, lo que pretende impugnar el padre desconociendo la emancipación. Tanto es así que si el padre, que ha permitido a la hija ser tratada como *sui iuris*, durante la vida de ella inicia la acción reclamando la inexistencia de la emancipación -por el motivo que fuere-, podrá hacerlo aun cuando dicha actitud importe contrariar sus primeros actos. Ello ocurre porque tal comportamiento no resulta abusivo en tanto no existen perjudicados por dicho reclamo.

<sup>3</sup> En el Derecho Romano Clásico, sólo podían instituir herederos, el hombre libre, ciudadano y *pater familias*; y la mujer libre, romana y *sui iuris*.

<sup>4</sup> BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 14.

### 1.1.2. Cambio de parecer en perjuicio de otro

Papiniano (fragmento 75 del Digesto 50,17, de *diversis regulis iuris antiqui*) nos brinda un antecedente de la regla que impide venir contra los propios actos, al establecer que *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injurie* (nadie puede mudar de parecer en daño de otro).

Una primera aplicación de esta regla se relaciona con la *bonorum possessio ab intestato o contra tabulas*, institución creada por el Derecho pretorio como un beneficio para subsanar la situación de los hijos emancipados, los cuales no eran considerados herederos (*sui heres*) según el Derecho Civil.<sup>5</sup>

Esta figura venía a ser un remedio cuyo único fin era evitar la preterición de los hijos emancipados, de manera que puedan resultar favorecidos por la sucesión del padre, a pesar de que no les corresponda participar.

Sin embargo, debemos precisar que la solución a los casos que se podían presentar en relación a la *bonorum possessio* no era una sola y de carácter general.

En relación a este tema, Díez-Picazo<sup>6</sup> señala que la participación de los hijos emancipados en la herencia del padre a través de la *bonorum possessio* implicaba una situación de desigualdad, ya que conforme a la organización de la familia romana, forma parte del patrimonio del padre todo el caudal de los hijos que se encontraban sometidos a su potestad.

De esta manera, los hijos emancipados, titulares de su propio patrimonio, conservaban éste para sí, incluidas las donaciones que el padre les hubiera hecho, y participaban de los incrementos originados en el patrimonio del padre por las adquisiciones de los hijos no emancipados. Por el contrario, los hijos no emancipados no tenían parte alguna en lo que los emancipados hubiesen adquirido, incluidas las donaciones.

<sup>5</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 45.

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 37-38.

Para remediar tal situación, se estableció la *collatio bonorum*, imponiéndose a los hijos emancipados que quieran obtener la *bonorum possessio*, la obligación de computar en la masa hereditaria todo aquello que, en el supuesto de haber permanecido bajo la potestad del padre, hubiera correspondido a éste.

En un primer caso, un hijo emancipado, que en un primer momento se negó a efectuar la *collatio bonorum*, trata luego de obtener la *bonorum possessio*.

Resulta evidente el cambio de parecer del hijo emancipado, perjudicando -de esta manera- a los hijos no emancipados.

Sin embargo, a pesar de que podríamos considerar como inadmisible ese cambio de parecer, el jurisconsulto -en dicha oportunidad- admitió la posibilidad de que el hijo emancipado recurriera a la *bonorum possessio*.

Situación distinta se presentó cuando el hijo emancipado reclamaba o aceptaba un legado a su favor, instituido en el testamento del padre y, luego, el mismo hijo emancipado pretendía la *bonorum possessio*.<sup>7</sup>

Aquí también resultaba manifiesta la contradicción en el parecer del hijo emancipado, ya que, por un lado, no puede aceptarse el testamento en lo que le es favorable y, por otro lado, rechazarlo, invocando el beneficio pretorio de la *bonorum possessio*, en cuanto le perjudica.

En este último supuesto, el jurisconsulto sancionó la referida contradicción en el parecer del hijo emancipado, señalando que o se optaba desde el inicio por aceptar el legado instituido en el testamento del padre o se optaba por la *bonorum possessio*, pero nunca ambas, ya que ello equivaldría a disminuir los bienes a repartir entre los otros herederos, ocasionándoles un perjuicio.

María Fernanda Ekdahl<sup>8</sup> comenta otro supuesto. Esta vez, relacionado con la querella del testamento inoficioso, institución excluida por los textos romanos cuando los *exheredati* han realizado algún acto que implique una tácita aprobación del testamento inoficioso, o un reconocimiento tácito de los

<sup>7</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>8</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 46-47.

herederos que en él se instituyen, como sería, por ejemplo, reclamar un legado, adquirir un bien hereditario u otros semejantes.

Aquí tampoco, el jurisconsulto hace referencia a la contradicción entre ambas conductas, sino que se apoya más bien en la idea de un asentimiento tácito.

En consecuencia, como vemos, para los romanos, el argumento esencial para atacar determinados actos incoherentes no era simplemente la conducta contradictoria, sino que, sin dejarlo de tener en cuenta, se resolvía cada caso de la manera que se entendía más justa.<sup>9</sup>

#### 1.1.3. Constitución de servidumbre por condónimos en forma individual

Aquí es Celso (fragmento 11 del Digesto 8, 3 de *servitutibus praediorum rusticorum*) quien nos brinda un antecedente de la regla que impide venir contra los propios actos.

En relación al texto de Celso, Díez-Picazo<sup>10</sup> señala que el jurisconsulto sostiene que el derecho de pasar a través de un fundo, que es propiedad de varias personas, puede ser concedido por cada uno de los propietarios del fundo común separadamente y que en este caso, estrictamente hablando, el derecho no se adquiere enteramente más que cuando todos lo han concedido, de tal manera que con la última cesión quedan confirmadas las anteriores, pero que esto no es más que una sutileza, por lo que es más benigno decir que, antes de que el último haga la cesión, los demás, que la hayan hecho, no pueden impedir el uso del derecho cedido.

En otras palabras, cada propietario va dando su consentimiento, pero el derecho de servidumbre no nace hasta que el consentimiento no sea dado por la totalidad de copropietarios.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>11</sup> Esta solución es la que ha subsistido hasta la actualidad. Incluso, nuestro Código Civil de 1984 establece, en su artículo 1042, que «el predio sujeto a copropiedad sólo puede ser gravado con servidumbres si prestan su asentimiento todos los copropietarios».

En tal sentido, cada copropietario que ha manifestado su consentimiento podría retractarse hasta que la totalidad de ellos no lo hayan otorgado.

Sin embargo, la solución que da el jurisconsulto es que el copropietario que ha prestado su consentimiento debe respetar y mantener el asentimiento dado. De manera tal que manifestar una postura contradictoria con su anterior conducta, importaría tanto como ir contra sus propios actos, lo que es inadmisible.

En relación al texto de Celso, Borda<sup>12</sup> comenta que la doctrina se ha planteado una doble interrogante: ¿En virtud de qué título el servidor puede realizar actos de ejercicio cuando no ha sido prestado el consentimiento por la totalidad de los copropietarios y, por tanto, no puede decirse que el derecho de servidumbre haya nacido? y ¿en virtud de qué título los sirvientes no pueden impedir tales actos?

Borda entiende que dichas interrogantes no apuntan al sentido legítimo del texto. Asimismo, señala que resulta obvio que el servidor no podrá hacer uso de la servidumbre de paso hasta que la totalidad de los condóminos presten su consentimiento, porque es derecho de éstos evitar la perturbación de su dominio. Pero, por otra parte, cree que no interesa averiguar cuáles son los títulos ejercidos para ejecutar o impedir los actos de ejercicio; sino que, lo verdaderamente importante es que se respete la voluntad expresada por el condómino que ha consentido la servidumbre y no que no pueda ser violentada por un acto posterior en sentido contrario, atentatorio de la buena fe de quien ha solicitado dicha servidumbre.

#### 1.1.4. Posterior adquisición de la propiedad de la cosa ajena por el disponente «non dominus»

Enseña Díez-Picazo<sup>13</sup> que en el Derecho Romano, existe una serie de fragmentos y de textos dispersos en los cuales se sanciona como intolerable o inadmisible, una actuación contraria

<sup>12</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 32.

a la propia conducta anterior.<sup>14</sup> De los cuales, merecen ser examinados -entre otros-, aquellos que contemplan el supuesto de realización de un acto de disposición por un *non dominus* que posteriormente adquiere la propiedad.

Uno de los supuestos en los que se aplicaba la regla que impide venir contra los propios actos, era el de la adquisición ulterior de la cosa ajena por quien la había vendido con anterioridad sin ser, al momento de la venta, propietario de la cosa.

En primer lugar, debemos recordar que en el título décimo octavo del Digesto, encontramos menciones específicas respecto a la validez para el Derecho Romano del contrato de venta de bien ajeno. Intentando seguir los comentarios de los tratadistas franceses Foignet, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, podemos explicar cuáles eran las razones de esta validez. Ella, fundamentalmente, se basaba en que:

- (a) En Roma el contrato de compraventa era meramente obligacional, no siendo por sí mismo traslativo de propiedad.
- (b) A lo que se obligaba el vendedor no era, en estricto, a transferir la propiedad del bien vendido, sino a garantizar en adelante, al comprador, la tranquila posesión del mismo.
- (c) Se suponía que cuando las partes celebraban un contrato de estas características, lo hacían en el entendido supuesto de que el vendedor tomara los arreglos necesarios con el propietario de la cosa, para poder, después de adquirirla, efectuar su transferencia al comprador.
- (d) El contrato de compraventa tenía el carácter de *res inter alios acta*, es decir, que sólo surtía efecto entre las partes y no en relación al tercero, propietario del bien.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> El autor señala algunos textos; a saber: a) Ulpiano (fragmento 32, Digesto 44, *4 de dolí malo et metus exceptione*); b) Marciano (fragmento 17, Digesto 23, *5 de fundo dotali*); y c) Ulpiano (fragmento 1, Digesto 21, *3 de exceptioni rei venditae et traditae*).

<sup>15</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 75.

Al respecto, Borda<sup>16</sup> señala que no existe una venta verdadera porque la operación no reunía los elementos necesarios para tenerla por válida. En efecto, para vender legítimamente una cosa, el vendedor debe ser -al mismo tiempo- el dueño de la cosa, lo que no ocurre en el supuesto dado. Por tanto, al no tener validez dicha venta no ha operado transmisión de dominio alguna por cuanto nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tiene. Consecuencia de ello es que el vendedor de cosa ajena que posteriormente adquiere el dominio de lo vendido -por el título que sea- podría intentar la reivindicación de la cosa enajenada, lo que resulta inadmisible.

En efecto, es *injusto* que quien se hace pasar por dueño venda el bien, y luego, intente reivindicarlo cuando lo adquiere, ya que ello atentaría contra la buena fe del comprador, que por no haber adquirido el bien del legítimo propietario, sólo sería un poseedor de buena fe; y se estaría privilegiando la mala fe del vendedor de cosa ajena.

En dicho supuesto, el jurisconsulto optó por sancionar la imposibilidad de la reivindicación, fundamentándose en la idea del *venire contra factum proprium*.

En torno a este tema, el Código Civil Peruano de 1984, a diferencia de otros Códigos,<sup>17</sup> establece que el comprador puede

<sup>16</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>17</sup> El Código Civil Francés contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo, contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho Francés antes de la promulgación del Code.

Dado que en Derecho Francés la palabra *nulidad*, puede comprender tanto a la nulidad absoluta, como a la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho Peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que -a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa- es el más razonable.

Además, ésta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la aprobación del Código Civil. A ella se adhieren Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

rescindir el contrato de venta de bien ajeno, salvo en el supuesto de que dicho comprador hubiese sabido que el bien no pertenecía al vendedor o cuando el vendedor adquiría la propiedad del bien.

### 1.1.5. Invocación de la propia torpeza

Existe un parentesco muy estrecho entre la idea de la inadmisibilidad de venir contra los propios actos y la regla que más tarde se formulara, en el sentido de que nadie puede invocar o

Sin duda alguna, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó de gran manera en el proceso codificador de este Continente el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los Códigos Civiles Chileno (1857), Uruguayo (1868), Colombiano (1873), Venezolano (1880) y Ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil Panameño de 1917.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos asegurar si más allá de nuestro Continente), que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil Chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que no se extingan por el paso del tiempo. El Código Civil Uruguayo recoge esta norma en su artículo 1669, pero concluye el artículo señalando que esta venta vale, mientras *no se extinga por la prescripción*. Los Códigos Colombiano y Ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil Chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781). El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942. De los Códigos Civiles consultados, existen tres: el Código Civil Italiano ya mencionado, el Código Civil Boliviano de 1976 y el Código Civil Paraguayo de 1987, que optan por el Sistema de la Resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Por otra parte, tenemos a un grupo de Códigos Civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como «El Sistema Abstencionista».

alegar su propia falta o su propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non auditur*).<sup>18</sup>

Estanislao Arana García<sup>19</sup> sostiene que analizando los antecedentes del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, hay que partir de la idea de que el principio como tal no era conocido en el Derecho Romano, aunque parece que de sus textos se podía deducir.

Díez-Picazo<sup>20</sup> cita como aplicaciones concretas de la regla, los siguientes ejemplos:

- (a) No puede alegar el fraude de acreedores la persona que lo ha cometido (Severo, fragmento 5 del Digesto 7, 8 de *servo pignori dato manumisso*).
- (b) El donante no puede intentar la revocación de una donación alegando que fue hecha en fraude de un tercero, ni siquiera cuando esta afirmación se haga a pretexto de arrepentimiento (Diocleciano, fragmento 4 del Digesto 8, 55 de *revocandis danationibus*).
- (c) No puede valerse ni aprovecharse de un engaño la misma persona que lo ha producido.
- (d) No puede pedir la repetición del pago o ejercitar la *conductio* el que es culpable de la causa inmoral o ilícita.

Al respecto, Borda<sup>21</sup> señala que en los casos dados se pretende evitar el desconocimiento de un acto por haber sido efectuado inmoralmente y en busca del beneficio propio. Esto es alegar la propia torpeza para pretender desconocer su conducta o acto anterior.

Además, se puede apreciar dos actos o conductas contradictorios entre sí. Por ello, el citado autor dice que los límites entre la regla que prohíbe alegar la propia torpeza y la teoría de

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>19</sup> ARANA GARCÍA, Estanislao. *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares S. L., 2003, p. 52.

<sup>20</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>21</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 18.

los propios actos son algo confusos. Sin embargo, la diferenciación entre ambas figuras se encuentra en el carácter subjetivo de la propia torpeza y el objetivo de la teoría de los actos propios.

En consecuencia, e independientemente de la certeza o no de su origen en el Derecho Romano, lo importante es señalar que a través de esta regla se impide obtener un resultado favorable con base en la irregularidad del acto anterior, cuando es el mismo sujeto el culpable de dicha irregularidad.

#### 1.1.6. Fidelidad a la palabra dada

En el Derecho Romano, encontramos una serie de textos en los que se ordena la fidelidad a la palabra dada y la imposibilidad de venir en contra de ella.

En efecto, se trata de una serie de fragmentos fundamentados en la idea de la vinculatoriedad a la palabra dada y la obligación de permanecer fiel a ella.

Entre los más importantes podemos citar:<sup>22</sup>

(a) Fidelidad a lo pactado (*nemini licere adversus pacta sua venire*)

Se exige un deber de observancia a lo pactado, a fin de impedir su contradicción.

En tanto, el pacto en el Derecho Romano Clásico no generaba una acción a través de la cual se pudiera exigir su cumplimiento, la manera de evitar que una parte contradiga lo que había pactado era a través de una excepción, la *exceptio pacti*, la cual paralizaba el ejercicio de la acción contradictoria.

(b) Vinculación a la situación jurídica aprobada (*remissione pignoris*)

En estricto no hay contrato ni pacto que cumplir; sin embargo, si una situación jurídica (declaración de voluntad) es con-

<sup>22</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 47-49 y DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 40-42.

firmada en forma expresa o tácita con la aquiescencia, no cabe su posterior desconocimiento.

El supuesto de aplicación de esta regla se refiere al caso del esclavo dado en prenda, que es manumitido por el deudor con conocimiento del acreedor, por lo que no sería lícito a éste ni a sus herederos reclamar la esclavitud de tal persona.

(c) Vinculación al contrato (*obligationibus et actionibus*)

En principio, todas las personas son libres de contratar o no. Sin embargo, una vez que optan por hacerlo deben permanecer sujetas al contrato que celebraron, no pudiendo apartarse de él, retractándose o modificándolo, si la otra parte no consiente en ello.

(d) Vinculación a lo manifestado documentalmente (*non numerata pecunia*)

El supuesto de aplicación de esta regla se refiere a que cuando en un documento se ha prometido una cantidad de dinero, debida en virtud de una causa anterior, y el promitente ha expresado de una manera especial esta causa, no puede después exigirle al acreedor la prueba de dicha causa, sino que tiene que atenerse a su propia declaración, a menos que pueda probar con toda evidencia su falsedad.

En consecuencia, quien se obligaba contractualmente o a través de un pacto, no podía desconocer su anterior declaración de voluntad, ni tampoco exigir la prueba de la causa cuando se había obligado documentalmente.

#### 1.2. El Derecho Intermedio

El Derecho Intermedio (siglo IX a inicios del siglo XVIII aproximadamente) comprende desde el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* hasta el proceso de codificación y formación de Derechos nacionales.

Como ya lo hemos señalado, el Derecho Romano sólo suministró los materiales necesarios para la formulación de la regla que impide venir contra los propios actos.

Sin embargo, el proceso como tal sólo tiene lugar durante el periodo intermedio, debido a la forma como son ordenados, analizados y sistematizados los elementos proporcionados por el Derecho Romano.

### 1.2.1. Glosadores

En la Baja Edad Media nació en Italia la denominada Escuela de la Glosa. La glosa es un método consagrado a la exégesis aislada del *Corpus Iuris*.

En un primer momento, los glosadores<sup>23</sup> realizaban breves notas aclaratorias colocadas entre líneas y luego colocadas al margen, que poseían un carácter interpretativo o gramatical.

En esta primera etapa, el trabajo de los glosadores se distingue como esencialmente teórico, en cuanto no se preocupan de la aplicación práctica del Derecho, ni de impulsar o profundizar el Derecho vivo, sino más bien, subyugados por la escolástica, de aclarar e interpretar la obra de Justiniano.<sup>24</sup>

Posteriormente, los glosadores comenzaron a agrupar textos que tenían un sentido similar y a contraponerlos con otro grupo de textos de espíritu diferente. Esto produjo un trabajo de síntesis y la construcción de reglas y principios jurídicos, que dieron origen a las sumas y a los brocados.

Las sumas son breves exposiciones según el orden consecutivo de los títulos de los libros de Derecho, las que, más que obras sistemáticas independientes, pueden ser consideradas como ojeadas sobre el contenido de las respectivas secciones de las fuentes.<sup>25</sup>

Por su parte, el brocado es una representación breve de una verdad jurídica tomada de la síntesis de diversos textos romanos. Uno de estos brocados es la regla *venire contra factum proprium nulli conceditur*, también formulada como *adversus factum suum*

<sup>23</sup> Entre los glosadores que destacan tenemos a Bulgario, Martín, Jacobo, Hugo, Piacentino, Bassiano, Pilio, Hugolino, Azzo (quien representó la cumbre de la escuela) y Accurcio.

<sup>24</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

*quis venire non potest* por Accurcio. Como hemos dicho antes, el brocado consiste en impedir un resultado conforme al estricto Derecho Civil, pero contrario a la equidad y la buena fe. Operaba como una excepción, similar a la *exceptio doli*, que podría ser opuesta a una acción fundada civilmente.<sup>26</sup>

Riccobono<sup>27</sup> señala que pueden distinguirse tres tipos de brocados: unos que tienen su origen en la recopilación justiniana de *regulae juris*; otros que nacen de la práctica judicial, y, por último, restan los de origen popular, tales como los refranes.

Justamente la regla por la cual nadie puede venir en contra de sus propios actos es formulada a través de un brocado. Dicho brocado ha sido adjudicado a Azzo, quien distingue si el acto al cual se quiere contradecir fue hecho legítima o ilegítimamente.

En el primer caso, es decir, en el supuesto de que el primer acto o conducta fuese legítimo, es inadmisible el *venire contra factum proprium*; en el segundo caso, se hace una nueva distinción, analizando -esta vez- la naturaleza de la ilegitimidad; a saber:

- (a) Resulta admisible volver contra los propios actos, cuando la primera conducta fue contraria a una expresa disposición legal.
- (b) Resulta inadmisible volver contra los propios actos, cuando la ilicitud proviniera de no haberse cumplido con las formalidades legales del acto, con los presupuestos legales de eficacia o si no hubieran concurrido todas las declaraciones de voluntades necesarias.<sup>28</sup>

En consecuencia, junto con Borda,<sup>29</sup> podríamos afirmar que el pensamiento de Azzo reside en impedir volver contra los propios actos, excepto cuando el primer acto o conducta vinculante haya sido ilegítimo por violar expresas disposiciones legales de fondo.

<sup>26</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>27</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 20.

### 1.2.2. Postglosadores

A partir de los conocimientos ya adquiridos, aparecen los postglosadores (juristas del siglo XIV), quienes continuaron con la obra de los glosadores, pero agregando una jurisprudencia constructiva y aplicando de forma práctica el resultado de sus investigaciones.<sup>30</sup>

Entre los glosadores, destacan Bartolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldi.<sup>31</sup>

Bartolo, al abordar el tema del *venire contra factum*, afirma que es inadmisible volver contra los propios actos cuando el primer acto o conducta ha sido realizado *secundum legem* o *praeter legem*. En cambio, sí es admisible cuando el acto primero fue realizado *contra legem*, por ser este tipo de actos de naturaleza revocable.

Por su parte, Baldo distingue si se actuó en nombre ajeno o en nombre propio. Si se actuó en nombre ajeno, se puede volver contra los propios actos.

Si se actuó en nombre propio, uno podía volverse contra los propios actos:

- Siempre que el primer acto hubiera sido hecho *contra legem*;
- Siempre que el primer acto hubiera sido hecho *praeter legem* y se tratase de un contrato nulo de nulidad *quod rem et obligationem*;
- Si el primer acto hubiera sido hecho *praeter legem* y se tratase de un contrato nulo, pero de nulidad *quoad rem*, únicamente se podía volver contra el propio acto, si se conocía la causa de la nulidad.

<sup>30</sup> Si bien los glosadores habían contribuido insuperablemente a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianos, pronto debía surgir la dificultad de aplicar estos preceptos a las necesidades de la práctica, dificultad debida principalmente a que en la época regían numerosos Derechos, como el Derecho estatutario de los municipios italianos, el longobardo y el canónico. (KOSCHAKER, citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 47).

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 47-49.

Asimismo, para Baldo era lícito volver contra los propios actos, si el acto hubiese sido realizado *praeter legem* y el contrato adolecía de nulidad *quoad rem*, cuya causa era ignorada.

Finalmente, Baldo señalaba que para revocar el *factum proprium* no era admisible la alegación del propio fraude (propia torpeza).

### 1.2.3. Canonistas

En el Derecho Canónico pueden encontrarse ciertos pasajes que encierran una idea semejante a la regla del *venire contra factum proprium*.

Al respecto, se pueden citar como ejemplos:<sup>32</sup>

- (a) No puede privar del beneficio eclesiástico concedido a un clérigo inhábil, el obispo que lo ha otorgado.
- (b) La excomunión injusta no puede ser levantada por quien la decretó.

Como se aprecia, en ambos casos se tiende a impedir la rea- lización de un acto o de una conducta que resulta contradictoria con otro acto efectuado con anterioridad por la misma persona.

### 1.2.4. Prácticos

En el siglo XVI, aparece un grupo de estudiosos dedicados a la exposición y transformación del Derecho para darle un uso práctico inmediato, apoyándose básicamente en la doctrina de los postglosadores.

Gran parte de las obras de estos juristas se componen de diccionarios, recopilaciones de brocárdenos, de axiomas o bibliografía, obras que tendían a servir como ayuda en el ejercicio profesional.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 21 y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>33</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 56.

Díez-Picazo<sup>34</sup> cita las obras con mayor trascendencia; a saber:

- *Alphabetum juridicum* (Gil de Castejón), en donde se recoge el aforismo *contra factum proprium venire quis non potest* y se encuentra abundante bibliografía.
- *Axiomatas et loca comuna iuris* (Álvarez de Velasco), en donde se recoge el brocado *factum proprium nemo impugnare potest*. Aquí se añaden las excepciones clásicas del brocado, recordando que sólo se aplica cuando se ha actuado en nombre propio, pues si se ha actuado en nombre ajeno, sí se puede venir contra los propios actos, siempre que resulten nocivos a la persona por quien se ha actuado.
- *Summa seu praxis iudicium et advocatorum* (Cardoso do Amaral), en donde se recoge alfabéticamente diversas reglas y aforismos, precisándose que puede venirse contra el acto propio, cuando se trata de un acto prohibido por la ley.

#### 1.2.5. Tratadistas

La utilización -aunque de forma imprecisa- de la regla por la cual se prohíbe venir contra los propios actos se generalizó durante el siglo XVII. Destacan en esta época Pufendorff y Lauterbach.<sup>35</sup>

Cabe señalar que en este periodo no existió una verdadera elaboración doctrinal sobre el tema, ya que la regla que prohíbe venir contra los propios actos se empleaba en la discusión de temas de diversa naturaleza, situación que no permitía establecer una conexión entre los diversos supuestos.<sup>36</sup>

Finalmente, antes de finalizar este breve recorrido histórico en el desarrollo del *venire contra factum proprium nulli conceditur*, debemos referirnos al primer ensayo monográfico sobre el tema: «De impugnatione facti proprii».

El referido trabajo fue escrito por Juan Cristóbal Schacher, en la segunda mitad del siglo XVII. Este autor se planteó el problema de en qué casos se podía venir contra los propios actos,<sup>37</sup> llegando a la conclusión de que, por lo general, nadie puede retractarse de aquello que uno mismo ha hecho lícitamente (*nemo retractare potest quod a se legitimum factum est*).

Schacher pone como ejemplos, la imposibilidad de que el cónyuge inocente, que ha perdonado el adulterio de su consorte, lo persiga después; la imposibilidad de modificar la elección ya realizada en el legado de género; la imposibilidad de que un árbitro corrija su sentencia, después de dictada; la de que el comodante exija intempestivamente el uso de la cosa; y, en general, la observancia de los pactos.

<sup>34</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 50-52.

<sup>35</sup> Quienes habrían considerado a dicha regla como un principio del Derecho natural o como una regla derivada de la razón natural.

<sup>36</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 53-56.

<sup>37</sup> Interrogante a la que pretendemos -a lo largo de la presente obra- dar respuesta. Así, en el Capítulo V se analizarán los supuestos en los que no se aplica la Teoría de los Actos Propios.

## CAPÍTULO II

### DERECHOS EXTRANJEROS CONTEMPORÁNEOS

La Teoría de los Actos Propios presenta dos manifestaciones similares, las mismas que sin ser iguales a la Teoría de los Actos Propios, tienen rasgos muy parecidos, tanto en el Derecho Anglosajón (*Estoppel*) como en el Derecho Alemán (*Verwirkung*).

A continuación, veremos cuáles son esas coincidencias entre la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos y el *Estoppel* y la *Verwirkung*.

#### 2.1. *El Estoppel anglosajón*

##### 2.1.1. Definición

Del origen y de la evolución histórica del *Estoppel* muy poco puede decirse, porque es un problema que permanece en la oscuridad. La formación de la doctrina es obra lenta de una jurisprudencia secular que se ha ido introduciendo poco a poco a través de los diversos casos decididos por los tribunales.<sup>38</sup>

En relación a las raíces históricas del *Estoppel*, Borda<sup>39</sup> sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet* sirve de fundamento tanto en la doctrina de los actos propios como en el *Estoppel* anglosajón. Tan es así, que la palabra *estoppel* tiene la misma raíz que el término español «estopa».

Por su parte, Riezler<sup>40</sup> cree posible encontrar algún supuesto de *Estoppel* en los juristas anglosajones el siglo XII. Recordemos

<sup>38</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>39</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>40</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 63.

que en el medioevo, los juristas ingleses fueron fuertemente influidos por el Derecho Romano-canónico.

Asimismo, también debemos tener presente que en la doctrina del *Estoppel* es frecuente la expresión *own act* u *own deed*, que son sinónimos de *acto propio*.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>41</sup> nos dice que en la doctrina del *Estoppel* encontramos una idea semejante a la que se expresa bajo la rúbrica de que «nadie puede venir contra sus propios actos».

Sin embargo, algunos autores sostienen que el *Estoppel* es una institución jurídica exclusiva del sistema angloamericano de Derecho, que no se encuentra en ninguno de los regímenes jurídicos derivados del Derecho Romano.

Entre dichos autores, encontramos a Rabasa,<sup>42</sup> quien señala que el *Estoppel* constituye la regla del Derecho Anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado antes un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio.

Al respecto, Puig Brutau<sup>43</sup> sostiene que no hace falta mucho esfuerzo para demostrar que la descripción de la doctrina del *Estoppel*, a la cual tratan de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la Teoría de los Actos Propios.

Para el citado autor, la regla del *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de la Teoría de los Actos Propios y del *Estoppel*.

De esta manera, le resulta sumamente curioso que Phanor Eder<sup>44</sup> después de sostener que no hay equivalencia al *Estoppel* en el Derecho Latinoamericano, diga que la palabra *estoppel* tiene la misma raíz que la palabra española «estopa», citando un proverbio español que dice «no bastan estopas para tapar tantas bocas», que se equipara con la frase *stoppeth bis mouth*, utilizada al momento de explicar la doctrina del *Estoppel*.

Asimismo, al confrontar las opiniones de Enneccerus -cuando habla de la doctrina de los actos propios- y las de V.A. Griffith -cuando define el *Estoppel*-, llega a la conclusión de que existe entre ellas coincidencias al exigir:<sup>45</sup>

- (a) Una conducta determinada de un sujeto;
- (b) Que haya engendrado una situación contraria a la realidad, esto es, aparente y, mediante tal apariencia, susceptible de influir en la conducta de los demás; y
- (c) Que sea base de la confianza de otra parte que haya procedido de buena fe y que, por ello, haya obrado de una manera que le causaría un perjuicio si su confianza quedara defraudada.

Borda,<sup>46</sup> al analizar las distintas definiciones existentes sobre el *Estoppel*, prefiere aquellas en donde aplican el *Estoppel* en un plano de generalidad. Así, por ejemplo, V.A. Griffith, en su obra *Outlines of the law*, sostiene que el *Estoppel* es la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>42</sup> Citado por PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En: Estudio de Derecho Comparado. Barcelona: Ariel, 1951, p. 104.

<sup>43</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>44</sup> En 1950, este autor realizó un estudio comparativo entre el Derecho anglosajón y el Derecho Latinoamericano, titulado *Comparative Survey of Anglo-American and Latin America Law*, en donde, al hablar del concepto de *estoppel*, concluye en que no hay nada equivalente en el Derecho Latinoamericano.

<sup>45</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>46</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 25-26.

mediante actos, produce en otro la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha 'representado' con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona.

Nosotros coincidimos con Borda, cuando señala que las definiciones dadas por Puig Brutau y V.A. Griffith son las más adecuadas, en tanto tienden a sancionar toda conducta incoherente, incluso las realizadas fuera del pleito. Si lo sancionable es la contradicción, no vemos el motivo de limitarla a la cuestión meramente procesal; su aplicación debería abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles.<sup>47</sup>

### 2.1.2. Características

El *Estoppel* tiene cuatro características fundamentales;<sup>48</sup> a saber: apariencia jurídica, eficacia procesal, medio de defensa y reciprocidad.

#### (a) Apariencia jurídica

La primera de las características del *Estoppel* es su relación con el principio de protección de la apariencia jurídica, ya que el *Estoppel* consiste en la imposibilidad de que una parte

<sup>47</sup> Para algunos autores, el *estoppel* se refiere, más que nada, a una cuestión procesal. Así, Luis Moisset de Espanés lo define como la barrera o freno erigido a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contradicción con lo que anteriormente había aceptado.

Por su parte, Vallet de Goytisolo señala que el *estoppel* impide la alegación dentro de un proceso –aunque sea cierta– que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. La ubica como un arma estrictamente defensiva.

Dobson lo ha definido como el instituto que tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengan a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado.

<sup>48</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 65-70.

alegue y pruebe hechos que están en contraste con la apariencia que ella misma ha creado o suscitado.

Puig Brutau<sup>49</sup> precisa que en la doctrina del *Estoppel*, la importancia radica en la *apariencia*. La *apariencia* es expresada, en la doctrina anglosajona, como *representation*.

Brutau señala que la palabra *representation* debe ser entendida en su sentido corriente, como cuando se habla de una *representación teatral* y no debe pensarse en el acto de *representación a través de un poder*.

En consecuencia, de lo que se trata es de proteger a aquel sujeto que confió en la apariencia de determinada situación, y de impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie. Es decir, el *Estoppel* sería una especie de sanción a aquél sujeto que pretende contradecir su primera conducta, la cual ya suscitó en otro una determinada apariencia.<sup>50</sup>

#### (b) Eficacia procesal

La segunda característica del *Estoppel* es su eficacia procesal. Recordemos que *Estoppel* significa que dentro de un proceso, una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta.

En el Derecho Anglosajón, el *Estoppel* no crea, ni modifica, ni extingue un acto jurídico; simplemente, imposibilita determinada alegación y hace que sea declarada inadmisible. El *Estoppel* nunca llega más allá de las partes que actúan en el proceso, ni del proceso en que se actúa.

#### (c) Medio de defensa

Como tercera característica, constituye un medio de defensa, en el sentido amplio de la palabra y no sólo como *excepción*. Ello, en virtud de que el *Estoppel* no sólo puede ser usado por el demandante frente a la demanda, sino también por el propio demandante frente a la excepción del demandado.

<sup>49</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 112-114.

<sup>50</sup> A diferencia de la Teoría de los Actos Propios que lo que busca proteger es el comportamiento coherente y no la apariencia jurídica.

Asimismo, en tanto el *Estoppel* es un medio de defensa, sólo puede ser empleado por la parte a quien favorezca y no puede ser aplicado de oficio por el juzgador.

(d) Reciprocidad

Y como cuarta característica, tenemos a la reciprocidad, en el sentido de que el *Estoppel* puede ser invocado, tanto por el demandado (al contestar la acción) como por el actor (frente a los alegatos del demandado), es decir, por ambas partes del proceso.

También, debemos precisar que el *Estoppel* nunca puede ser invocado por terceros ni puede ser opuesto a ellos.

2.1.3. Requisitos

Los requisitos del *Estoppel* también son cuatro.<sup>51</sup>

El primero de ellos consiste en que un sujeto debe dar por cierto un determinado estado de cosas.

El segundo, es que ese estado de cosas debe ser claro, es decir, que no sea ambiguo. La afirmación debe ser unívoca, a fin de que no sea susceptible de diversas interpretaciones.

En tercer lugar, ese estado de cosas afirmado debe presentarse como existente en el presente o en el pasado, pero nunca en el futuro.

Como cuarto requisito, el *Estoppel* se produce en favor del sujeto que ha confiado en ese estado de cosas afirmado.

2.1.4. Clases

La doctrina del *Estoppel* alude al régimen de los derechos y situaciones jurídicas que no admiten controversia. Ello, en tanto que si las cuestiones que ya han sido decididas de manera solemne pudieran admitir nueva controversia y si los hechos admitidos en firme pudieran ser nuevamente denegados o desmentidos, jamás

<sup>51</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 70-71.

terminaría la posibilidad de entablar litigios y de sembrar confusión.<sup>52</sup>

En tal sentido, la doctrina anglosajona<sup>53</sup> establece una amplia clasificación del *Estoppel*.

Veamos.

(a) *Estoppel by record*

Esta figura, básicamente, corresponde a lo que nosotros conocemos como *cosa juzgada*,<sup>54</sup> aunque, en un primer momento estaba relacionado únicamente con la fe pública registral.

Puig Brutau afirma que la expresión *Estoppel by record* alude claramente a lo que está públicamente registrado. Sin embargo, el profesor español precisa que en este grupo se incluye también la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales. En realidad se trata de una reminiscencia del antiguo Derecho germánico, que desconocía la verdadera eficacia de cosa juzgada de las sentencias, en el sentido moderno.

Originariamente se trataba de un auténtico *Estoppel*, es decir, de una prohibición de ir contra los propios actos, pues se trataba de impedir a una de las partes que desconociera la situación que ella misma había creado o había contribuido a crear. No era la alegación de la sentencia firme lo que producía el efecto paralizador, como modernamente ocurre, sino el hecho de que su pretendido desconocimiento implicaba ir contra los propios actos (entendiendo por *actos* a todo aquello que las partes alegaron o admitieron al seguir el procedimiento).

Recordemos que las controversias no son susceptibles de ser continuamente reabiertas, por lo que las partes de un proceso en el cual se ha dictado sentencia definitiva, están *estopped*

<sup>52</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>53</sup> A decir de PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 108-111; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 71-85; BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 32-40.

<sup>54</sup> La cosa juzgada es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, consistente en la inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, en los términos establecidos por el artículo 123 del Código Procesal Civil del Perú.

para discutir la verdad de los hechos contenidos en la sentencia.<sup>55</sup>

Ello, en virtud de que el fin que se persigue es evitar una sucesión indefinida de pleitos que se originarían en el desconocimiento de la sentencia dictada por un tribunal competente en un pleito seguido entre las mismas partes.

El *Estoppel by record* sólo afecta a las personas que han sido parte en el juicio y a sus sucesores, pero no a terceros, ya que no sería admisible que se impida contradecir las afirmaciones contenidas en una sentencia a aquellas personas que no tuvieron la oportunidad para discutirlas en el proceso.

Finalmente, cabe señalar que el *Estoppel by record* no puede ser alegado cuando la sentencia fue obtenida fraudulentamente.

#### (b) *Estoppel by deed*

El *Estoppel by deed* equivale a la veracidad que se desprende de una escritura pública o documento público, es decir, a la veracidad de lo contenido en un instrumento público.

Quien ha emitido una declaración en un documento solemne no puede posteriormente contradecirla. El declarante se encuentra *estopped* de probar lo contrario.<sup>56</sup>

Es decir, quien hace una manifestación de voluntad, asume la responsabilidad y, en consecuencia, no puede discutir la veracidad de lo declarado. La prueba en contrario queda excluida.

Borda resalta que es ésta, justamente, la diferencia que existe entre el *Estoppel by deed* y nuestros instrumentos públicos, los cuales sí admiten la prueba en contrario.

Otro rasgo distintivo es que el instrumento público alcanza a las partes y a terceros, en tanto que el *Estoppel by deed* sólo alcanza a las partes contratantes.

El autor del *deed* se encuentra *estopped* no sólo para discutir los deberes derivados de la declaración (como en el caso de los instrumentos públicos) sino también para discutir las manifestaciones consignadas expresamente como antecedentes.

Finalmente, debemos precisar que tanto los actos fraudulentos o ilícitos como los documentos nulos o dictados por un incapaz no pueden ser frenados (*estopped*) mediante la figura del *Estoppel by deed*.

#### (c) *Estoppel by fact in pais*

Para Puig Brutau, el *Estoppel by fact in pais* (como obstáculo resultante de los actos ejecutados por alguien de manera notoria en cierto lugar) es el que coincide plenamente con la Teoría de los Actos Propios, y puede ser definido como la imposibilidad de negar posteriormente o discutir -en juicio- el título del adversario o su derecho, que ha sido reconocido previamente.

Borda considera que el *Estoppel by fact in pais* es el *Estoppel* que tiene un mayor contacto con la Teoría de los Actos Propios, en comparación con los otros tipos de *Estoppel*; pero ello no significa que ambas figuras sean asimilables.

Recordemos que el *Estoppel* -en general- responde a la idea de apariencia jurídica, en tanto que la Teoría de los Actos Propios tiene en mira el comportamiento coherente. Otra diferencia es que el comportamiento incoherente puede ser alegado en la acción, mientras que el *Estoppel* sólo puede ser opuesto como defensa.

A pesar de todo ello, el profesor argentino tampoco niega que el *Estoppel by fact in pais* coincida en buena medida con el concepto de la Teoría de los Actos Propios.

La idea básica del antiguo *Estoppel by fact in pais* era que quien, mediante un acto ha reconocido el título o la legitimación de su adversario (normalmente para conceder un estado posesorio de un inmueble), no puede posteriormente negarlo o discutirlo en el proceso. Sin embargo, esta figura ha

<sup>55</sup> En el Derecho Anglosajón se dice que la sentencia «is entered upon the record of the Court» y por ello, a esta clase de *Estoppel* se le denomina «*estoppel by record*».

<sup>56</sup> En el Derecho Anglosajón se dice que: «no man is allowed to dispute his own solemn deed».

recibido un contenido nuevo y más amplio. Los casos más significativos del *Estoppel by fact in pais* son los siguientes:

(i) *Tenancy*

El *tenancy* es el acto por el cual un sujeto (*landlord*) otorga a otro (*tenant*) la posesión respecto de una cosa determinada. Esta figura se refiere tanto a los arrendamientos como a las relaciones posesorias en general.

La particularidad es que el *Estoppel* puede ser opuesto por ambas partes, porque ninguna de ellas podrá discutir el título jurídico por el que se ha tratado la relación jurídica, ya que ambas -y de común acuerdo- participaron en la constitución de la mentada relación.

Es decir, el *tenant*, que tiene la posesión del bien, no puede discutir el título en virtud del cual el *landlord* le ha atribuido la posesión ni el título jurídico del causante del *landlord*. Tampoco el *landlord* puede discutir el derecho del *tenant*, pues ha sido el primero quien con su propia conducta ha colocado al segundo en la situación jurídica que pretende discutir.

(ii) *Bailment*

*Bailment* es todo aquel acto de entrega material de bienes muebles, hecha por una persona (*bailor*) a otra (*bailee*), por cierto tiempo y con fundamento en un contrato que impone la obligación de restitución.

En tal sentido, el *bailment* comprende los actos de mera tenencia, a diferencia del *tenancy*, que se refiere a las relaciones posesorias.

Quien ha recibido las cosas no puede negar el derecho de quien se las ha dado, porque ha reconocido implícitamente el legítimo derecho de éste, con quien ha colaborado en la ejecución del contrato.

(iii) *Patentes*

Aquí se produce un *Estoppel* recíproco entre cedente y cessionario, en el caso de las patentes.

En el contrato de concesión celebrado entre el titular del invento y el concesionario de la licencia para su explotación, queda reconocida la titularidad de aquél. Esta situación jurídica debe ser respetada, de tal manera que el concesionario no podrá discutir la validez de la patente y el concedente no podrá negar la existencia jurídica de esa misma patente.

(d) *Estoppel by representation*

Según Díez-Picazo, el *Estoppel by representation* es un subtipo del *Estoppel by fact in pais*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

En la decisión del caso *West vs. Jones*, en 1851, Lord Cranworth expresó «cuando una parte, con sus palabras o con su conducta, ha originado a otra una representación, induciéndola a creer en la existencia de un particular hecho o estado de hechos, y esta otra persona ha actuado confiando en tal representación, la parte que originó la representación no debe ser oída ni puede alegar que los hechos no eran como ella los había representado».

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modificando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

En consecuencia, el *Estoppel* se produce únicamente frente a la persona que actuó con base en la representación, pero no

frente a los demás, ante los cuales no ha quedado vinculado el autor.

Finalmente, sólo queda precisar que la falsa representación originada a otro con la declaración o con la conducta, puede y debe ser corregida por el autor, mediante la advertencia de que no deben, sus palabras o su conducta, entenderse en el sentido en que hayan sido interpretadas. Esta corrección es ineficaz si el destinatario ya ha alterado su posición.

#### (e) *Estoppel by acquiescence*

El silencio o la actitud pasiva tienen mayor importancia cuando existe el deber de hablar o de actuar.

Si como lo señaláramos, la representación puede ser originada por palabras o conductas, la inacción -al ser un tipo de conducta pasiva u omisiva- puede ser también fuente de una representación,

Así el *Estoppel by acquiescence* es la representación que una parte se hace del silencio de otra. Nace de la obligatoriedad que ésta tenía de hablar, importando ese silencio una violación a la buena fe.

Los tribunales ingleses mencionan al *Estoppel by acquiescence*, por primera vez, en 1740 con el caso *Berrysford vs. Millward*, cuando decidieron que «el propietario que ha permitido que otro edifique en su terreno, conociendo el propietario la existencia y alcance de su derecho e ignorándolo el edificante de buena fe, debe permitir el goce quieto y pacífico del edificante sobre lo edificado, si ha intentado hacer valer sus derechos cuando el edificio ya ha sido totalmente terminado». Esta idea se podría sintetizar en que «quien calla cuando debería hablar, no será oído si habla cuando debería callar».

#### (f) *Laches*

Díez-Picazo cita, dentro de la teoría de la aquiescencia, al *laches*, figura que se produce cuando la manifestación de la verdadera situación jurídica, o el ejercicio del derecho por parte de su titular, se realiza con un negligente retraso, que cualquier persona

razonable puede interpretar como un tácito asentimiento a la situación creada y, consiguientemente, a la ausencia de ejercicio del derecho.

El caso *Greenwood vs. Martin* (1933) nos da un buen ejemplo. Aquí tenemos a una mujer que falsificó varios cheques de su esposo, cobrándolos en el Banco. Sin embargo, su esposo no informó ni reclamó al Banco, en vida de la esposa. Una vez fallecida -ocho meses después de conocer la falsificación-, el esposo pretendió la reposición de las cantidades pagadas. En este caso, los tribunales ingleses decidieron que este retraso suponía un asentimiento a la situación creada, impidiendo al Banco el ejercicio inmediato de su derecho contra el falsificador, por lo que el esposo había quedado *estopped* para alegar que las firmas en los cheques no eran suyas.

Por su parte, Puig Brutau señala que el *laches* aparece en escena cuando el silencio ha podido ser interpretado de buena fe como asentimiento o como prueba de la inexistencia del derecho que luego se intenta hacer valer.

Finalmente, para el citado autor, no es extraño que la aplicación de la Teoría de los Actos Propios al supuesto de inactividad transitoria, pueda parecer improcedente a aquellos que creen que sólo el transcurso del plazo de prescripción extintiva puede determinar la pérdida de una acción y del correspondiente derecho.

Sin embargo, el autor estima que se debería tomar en cuenta cómo en el Derecho Anglosajón conviven el *laches* y los *statutes of limitation*.

Los *statutes of limitation* son las leyes que fijan un límite al ejercicio de los derechos subjetivos después de ciertos períodos de inacción por parte del titular. Es lo que nosotros denominamos prescripción extintiva, la misma que se encuentra regulada en los artículos 1989 a 2002 del Código Civil Peruano de 1984.

## 2.2. La *Verwirkung alemana*

Los orígenes de esta figura son puestos de relieve por el profesor Erwin Riezler, quien señala que, si bien cree en la posibilidad de encontrar una regla que sancione a la conducta contradictoria con su inadmisibilidad, ya que importa una contravención a la buena fe, prefiere evitar realizar una formulación de tipo general y se limita a detectar distintas hipótesis donde puede aplicarse el principio latino *venire contra factum proprium*.<sup>57</sup>

Las hipótesis son:

- (a) Quien frente a un negocio jurídico ineficaz lo cumple voluntariamente, no puede posteriormente pretender impugnarlo. Del mismo modo, quien ha aceptado dicho negocio jurídico ineficaz tampoco podrá, más tarde, desconocer la aceptación pretendiendo impugnar la validez del negocio.
- (b) Quien ha elegido entre dos o más opciones no podrá luego pretender modificar su decisión, toda vez que el destinatario de la elección ha podido ajustar su conducta a ella. Esto es, en definitiva, una obligación de género donde el acreedor que elige una cosa determinada y, por tanto, niega definitivamente otra, no podrá con posterioridad hacer valer su derecho sobre ésta.
- (c) Quien ha creado con su comportamiento una apariencia determinada, en la cual otro sujeto ha confiado, tiene que permitir que éste la haga valer en su contra.
- (d) Toda persona debe soportar el riesgo derivado de los propios actos, aun de los efectuados sin culpa, y no puede alegar la propia torpeza -en su propio beneficio- para liberarse de una obligación contraída.

Estas hipótesis han sido obtenidas de la jurisprudencia alemana, la misma que dio origen a la llamada *Verwirkung* o retraso desleal.

<sup>57</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 41.

En efecto, el estudio y desarrollo exhaustivo que la doctrina y jurisprudencia alemanas hicieron del artículo 242 del Código Civil Alemán de 1900 (Bürgerliches Gesetz Buch - BGB),<sup>58</sup> que impone la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe, ha motivado el surgimiento de la doctrina de la *Verwirkung* o retraso desleal.

### 2.2.1. Definición

Díez-Picazo<sup>59</sup> nos dice que traducir el término *verwirkung* es muy difícil, ya que en un sentido amplio y vulgar puede equivaler a *caducidad*; sin embargo, dicha palabra -en estricto- expresa una figura muy concreta y precisa. Una traducción literalaría llevarnos -señala el citado autor- a hablar de *deseficacia*. En efecto, *wirkung* significa *eficacia* y el prefijo *ver* posee aquí un sentido de privación.

Superando el tema de una traducción exacta del término *verwirkung*, podemos señalar que, en general, puede decirse que la *Verwirkung* es aquella institución que hace inadmisible el ejercicio de un derecho subjetivo, en atención a que el titular de ese derecho ha dejado transcurrir un lapso de tiempo considerable sin hacer uso de él, originando con este retraso la creencia en terceros de que dicho derecho no será ejercido.

Para la *Verwirkung*, dicho ejercicio tardío del derecho es un ejercicio desleal, que constituye un atentado contra el principio de la buena fe, ya que con él se perjudica a terceros que razonablemente, ante tan reiterado silencio, consideran o estiman que el derecho no existe o no será ejercido.

Gustav Boehmer<sup>60</sup> señala que a través de la *Verwirkung* se priva de vida a derechos subjetivos que, a tenor del texto literal

<sup>58</sup> El texto vigente del referido artículo es el siguiente:

*Artículo 242.* «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe, en atención a los usos del tráfico».

<sup>59</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>60</sup> BOEHMER, Gustav. *El derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y su creación*. Barcelona: Bosch, 1959, pp. 242-246.

de las reglas del Derecho, todavía deberían considerarse plenamente subsistentes por no haber transcurrido el plazo de prescripción ni haber quedado extinguidos por el transcurso del plazo de caducidad, por entender que, dadas las circunstancias del caso concreto, su ejercicio resulta abusivo y es, por ello, inadmisible.

Para el citado autor, la *Verwirkung* ha sido definida como la paralización del ejercicio de un derecho con el fin de ampliar y rectificar los formalistas y esquemáticos plazos de prescripción por medio de un idóneo instituto jurídico de propia creación, que pueda adaptarse a la situación concreta de cada caso.

Según Siebert,<sup>61</sup> la *Verwirkung* es un caso especial de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal.

Al respecto, Borda<sup>62</sup> señala que se entiende que el ejercicio del derecho *paralizado*, que se funda en que los plazos de prescripción no han transcurrido íntegramente, importa un abuso de derecho. Por tanto, ese derecho ejercido resulta inadmisible en base a que ha sido realizado con un retraso objetivamente desleal, a pesar de que dicho derecho todavía existe según las normas legales. Echar mano de esa norma legal importa atentar contra la buena fe y lesionar la confianza del tráfico jurídico.

María Fernanda Ekdahl<sup>63</sup> señala que la doctrina alemana de la *Verwirkung* se sitúa también en el mismo orden de ideas que la doctrina de los actos propios, constituyendo una aplicación particularizada de dicha regla. Quien intenta hacer valer un derecho después de haberlo prácticamente abandonado, incurre en una intolerable contradicción con el sentido objetivo que se deriva de su anterior conducta omisiva, motivo por el cual el ejercicio posterior se impide y se hace inadmisible. Con ello se considera y protege a

<sup>61</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>62</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>63</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 88.

los terceros que son injustamente afectados con el ejercicio posterior de un derecho, con el cual no contaban, atendidas las circunstancias del caso.

En consecuencia, la idea básica de la *Verwirkung* es que el ejercicio de un derecho es inadmisible cuando se realiza con un retraso objetivamente desleal. Y es -justamente- la *Verwirkung* la que proporciona al adversario de aquél que actuó con un retraso desleal, una excepción a través de la cual se paraliza la pretensión.

## 2.2.2. Requisitos

Para que pueda aplicarse la figura de la *Verwirkung* debe confluir el retraso en el ejercicio del derecho, la conducta contradictoria y la infracción a la buena fe, traducida en que el adversario pueda esperar fundamentalmente que no se hará valer el derecho.

Boehmer<sup>64</sup> sostiene que como fenómeno excepcional que amplía y suplanta los plazos legales fijos, la *Verwirkung* debe ser cuidadosamente reservada para los casos en que el ejercicio retrasado del derecho aparece verdaderamente como un *abuso de derecho*.

Así, el citado autor señala que la simple falta de ejercicio de una pretensión o de un derecho protestativo, durante un cierto plazo (que debe ser medido según la clase de derecho y el conjunto de circunstancias del caso concreto), por sí solo todavía no es suficiente.

Además, deben concurrir otros dos requisitos. Por un lado, el silencio del titular debe aparecer a la otra parte como expresión de voluntad de renunciar al ejercicio del derecho, independientemente de si *in concreto* existe tal voluntad o incluso el mismo conocimiento de la existencia del derecho. Únicamente es decisiva la objetiva situación de hecho que justifica que lo admite la otra

<sup>64</sup> BOEHMER, Gustav. *Op. cit.*, pp. 268-269.

parte. Por otro lado, está además, el requisito de que se haya ajustado la conducta a la justificada creencia de que no se ejercitará la pretensión.

En consecuencia, si los referidos requisitos coinciden, será un ejercicio inadmisible del derecho, ya que el titular -en contradicción con la conducta observada hasta entonces- infringe deslealmente la buena fe.

Según Ekdahl,<sup>65</sup> la *Verwirkung* presupone, para poder operar, la presencia de un elemento indispensable, que no requiere la doctrina de los actos propios: el transcurso del tiempo.

Sin embargo, tal como lo reconoce Siebert,<sup>66</sup> tal distinción puede volverse inexistente, ya que la mayor parte de las veces entre la conducta anterior y la actual, media un cierto periodo de tiempo que puede ser o no considerable. Por otro lado, es conveniente no perder de vista que la sola idea de la demora no es suficiente. Lo decisivo es que el transcurso del tiempo, de acuerdo con la peculiaridad de la relación, conlleve una infracción a la buena fe, lo que ocurre en todos los casos en que la omisión origina legítimamente en terceros la creencia de que el derecho no existe o no será ejercido, de manera que si pretende hacer uso de él tardíamente, se provoque a éstos un perjuicio que habría sido del todo evitable si se hubiese hecho valer en tiempo oportuno.

Por su parte, Díez-Picazo<sup>67</sup> señala que la omisión del ejercicio del derecho durante un cierto periodo de tiempo, es un requisito esencial para la *Verwirkung*, pero no es suficiente: es necesario, además, que el ejercicio actual aparezca como desleal e intolerable para el adversario.

La deslealtad y la intolerabilidad deben medirse objetivamente, esto es, no resulta necesario que el titular haya adoptado su actitud pasiva, con objeto de sorprender posteriormente a su adversario. La *Verwirkung* se produce cualquiera que hayan sido las causas del retraso y de la inactividad, incluso aunque el titular

<sup>65</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>66</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>67</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 94-95.

no haya tenido conocimiento del derecho que le asistía. Basta que el adversario haya podido contar -en vista de las circunstancias y de una manera objetiva- con que el derecho no sería ya ejercido.

En consecuencia, los conceptos de deslealtad e intolerabilidad no podrán en todo caso ser fijados o determinados *a priori*, ya que no existiría una regla única y universal que pudiera ser aplicada a la totalidad de las situaciones. En tal sentido, el juez deberá sujetarse a cada caso y, de acuerdo a las circunstancias concretas, deberá determinar si se cumple o no con tales exigencias.

### 2.2.3. Aplicación de la *Verwirkung*

El origen de la *Verwirkung* lo encontramos en los temas relacionados con los problemas suscitados en el Derecho Laboral, el Derecho de la Propiedad Industrial (marcas, nombres y firmas comerciales y modelos) y la Competencia Desleal, así como también en aquellos derivados de la desvalorización y posterior revalorización de la moneda alemana.

En un primer momento, la jurisprudencia alemana debió echar mano de la *Verwirkung* cuando tuvo que enfrentar los problemas derivados de la depreciación monetaria que siguió a la Primera Guerra Mundial y por la revalorización que se impuso después. La depreciación monetaria se manifestó en los negocios de la vida diaria con un aumento progresivo de los precios. Por ello se experimentó la necesidad de que el deudor tuviera conocimiento, cuanto antes, de la elevación del precio que se le exigía, pues de lo contrario resultaría insopportable la incertidumbre económica.<sup>68</sup>

Los tribunales alemanes entendieron que no cabía admitir que el deudor, sobre todo cuando ya había pagado la deuda, tuviera que estar durante mucho tiempo esperando a saber si el acreedor pediría o no la revalorización; y que el derecho a la revalorización no podía ser ejercido cuando el acreedor, con su inactividad,

<sup>68</sup> BOEHMER, Gustav. *Op. cit.*, pp. 250-251.

había permitido que el deudor creyera que la pretensión de revalorización no había ya de ser ejercida.

Así, el Tribunal del Reich resolvió por primera vez, mediante sentencia del día 27 de enero de 1925, que el derecho a revalorizar la deuda queda destruido cuando quien tenía derecho a dicho reajuste guardare silencio y dejare por mucho tiempo al deudor en la creencia de que no se pretendería tal revalorización.

Sin embargo, el campo de aplicación de la idea de revalorización se amplió progresivamente. No sólo comprendería las pretensiones que ya estaban pagadas, sin ninguna reserva por parte del acreedor y en las que el deudor podía suponer que se trataba de un arreglo definitivo, sino que la *Verwirkung* se extendió a los casos en los que el acreedor había hecho tal reserva e incluso a los casos en los que todavía no se había producido ningún pago.

El silencio –como la larga inactividad que permite la creencia de que el derecho no será ejercido– ha sido sancionado con la figura de la *Verwirkung* también en otros campos del Derecho, principalmente, en el Derecho Laboral y en el Derecho de la Propiedad Industrial.

Borda<sup>69</sup> recuerda que la aplicación de la *Verwirkung* en el campo laboral se ha realizado con sumo cuidado. Y es que la realidad indica que existen silencios –generalmente del trabajador– que no importan consentimiento con el orden establecido y, por lo tanto, impiden la aplicación de la figura de la *Verwirkung*.

Ejemplos de estos silencios son los casos en que el trabajador recibe un sueldo menor al establecido legalmente y no formula protesta alguna debido a que desconoce, en forma excusable, el derecho que le asigna la ley. Tampoco es aplicable la figura en análisis cuando el empresario a conciencia, sea violando expresamente una disposición legal, sea explotando el estado de necesidad del trabajador, sea amenazando a éste con el despido, obtiene una rebaja del salario.

Sin embargo, la *Verwirkung* resulta aplicable a otras hipótesis, tales como:

- (a) Cuando el trabajador que conoce su derecho, acepta formalmente una disminución de su salario en casos como, por ejemplo, que la empresa esté pasando dificultades económicas. La figura en estudio es aplicable cuando el trabajador, después de varios años –aunque se haya retirado de la empresa– intenta cobrar las diferencias impagadas, y siempre que sea antes de que prescriba.
- (b) Cuando se promueven litigios por diferencias de salarios fundados en circunstancias de difícil comprobación, como la clasificación del trabajador en una determinada categoría, retribución por trabajo en horas extras o suplementos en concepto de salario familiar, y siempre que dichos reclamos no sean efectuados durante la relación laboral sino una vez disuelta.
- (c) Cuando el empresario pretende repetir lo que erróneamente ha pagado en exceso, en el concepto de salario, y ha transcurrido un prudencial lapso temporal que permite al trabajador creer que nunca le sería reclamado.

La *Verwirkung* ha encontrado también un amplio campo de aplicación en el Derecho Industrial, sobre todo en materia de marcas y de competencia desleal.

La usurpación de una marca, el indebido uso del nombre comercial de otro o las invasiones de la llamada propiedad industrial, son situaciones que originan, en favor del titular del derecho lesionado, una pretensión dirigida a hacer cesar tal situación o a obtener una indemnización de daños y perjuicios o una restitución de los enriquecimientos injustificados. Pues bien, la jurisprudencia alemana ha entendido que una larga inactividad del titular, cuando puede ser interpretada objetivamente como signo de aquiescencia al estado posesorio y como signo de que la acción no será ya ejercida, puede, de hecho, conducir a una inadmisibilidad del ejercicio tardío del derecho, incluso aunque el titular no conociese el perjuicio sufrido o el causante de la lesión hubiera originariamente obrado con dolo. Una idea semejante ha

<sup>69</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 44-45.

sido también admitida, aunque más limitadamente, en materia de patentes de invención y de derechos de autor.<sup>70</sup>

Finalmente, debemos señalar que hubo quienes sostuvieron que la *Verwirkung* sólo era aplicable a los problemas enunciados. Sin embargo, la *Verwirkung* también se ha aplicado al resto del Derecho privado e, incluso, al Derecho público.<sup>71</sup>

#### 2.2.4. *Verwirkung* y prescripción extintiva

Independientemente de que Boehmer<sup>72</sup> señale que la *Verwirkung* sustituye a la figura de la prescripción extintiva, en tanto los extensos plazos de prescripción han sido sociológicamente superados por la primera, creemos preciso ocuparnos -aunque sea brevemente- de la estrecha similitud que la *Verwirkung* presenta con la figura de la *prescripción extintiva*.

Díez-Picazo<sup>73</sup> sostiene que la doctrina alemana se ha preocupado enormemente en destacar que la *Verwirkung* es una institución diversa de la prescripción extintiva.

Sin embargo, el citado autor señala que en trazos muy generales la función de la prescripción y la función de la *Verwirkung* son

<sup>70</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 86.

<sup>71</sup> La *Verwirkung* ha sido aplicada a las prestaciones contractuales derivadas del préstamo dinerario (mutuo), al pago de alquileres, a la restitución de lo pagado en exceso, a la indemnización de daños, a las cuestiones derivadas de sociedades anónimas, a los seguros, etc.

En el Derecho público también se ha hecho aplicación de la figura de la *verwirkung* como derivación del principio de la buena fe; pero dicha aplicación ha sido más restringida debido a que el Estado interviene y no puede dejarse de tener en cuenta que el Estado tiene el deber de tutelar derechos, prestar asistencia y proteger a los ciudadanos. Por tal motivo, la demora por largo tiempo por parte de un funcionario, que ha sido despedido, en reclamar contra la ilegalidad de dicho despido no implica una renuncia al reclamo, siempre que no se trate de un texto claro, concreto y expreso. (BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46).

<sup>72</sup> BOEHMER, Gustav. *Op. cit.*, p. 245.

<sup>73</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. pp. 97-98.

muy semejantes. En ambos casos, se trata de impedir que sean ejercidos -casi resucitados- derechos muy antiguos, abandonados por su titular durante mucho tiempo. Un ejercicio tardío del derecho aparece siempre como socialmente inconveniente. Así, en la prescripción basta con el transcurso del tiempo para que el efecto extintivo se produzca. En la *Verwirkung* es necesario algo más: que, según las circunstancias, la conducta omisiva haga inadmisible y abusivo el ejercicio del derecho.

Al respecto, Borda<sup>74</sup> señala que la prescripción y la *Verwirkung* tienen en común la necesaria omisión del ejercicio de un derecho por un período y que dicho transcurso del tiempo posee una eficacia destructora de derechos, pero la última se diferencia en que se requiere, además, que la conducta omisiva haga inadmisible y abusivo el ejercicio del derecho -incluso aunque no haya prescrito ni caducado- debiendo el tiempo ser determinado y valorado por el juez, conforme a las circunstancias del caso. Por ello, el período puede ser menor al requerido por la prescripción y, por tanto, podrá oponerse la *Verwirkung* al titular de un derecho que aún no ha prescrito, pero que con su silencio y el transcurso del tiempo ha creado una apariencia tal que otra persona -confiando en esa apariencia- haya actuado consecuentemente.

Por su parte, Ekdahl<sup>75</sup> afirma que tal como ocurre con la prescripción, en la *Verwirkung* es factible también advertir una finalidad primordial de regularización de las situaciones jurídicas, para impedir que éstas se prolonguen indefinidamente en el tiempo, provocando con ello un grado intolerable de incertidumbre en las relaciones. De esta forma el ejercicio atrasado de un derecho, a pesar de no hallarse aún prescrito, podrá igualmente ser impedido a través de la *Verwirkung*.

No obstante, la citada profesora señala que existe una peculiar distinción entre una y otra figura: ambas requieren como condición esencial el transcurso de un lapso en el que se

<sup>74</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>75</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 95-96.

abandone o no se haga uso de un determinado derecho, pero tratándose de la *Verwirkung* es además indispensable que el ejercicio actual sea intolerable, abusivo, atentatorio contra el principio general de la buena fe.

Otra diferencia que podemos inferir de estas dos figuras, es que en la prescripción los plazos de tiempo son fijos y determinados *a priori* por la ley, lo que no ocurre con la *Verwirkung*, donde es preciso -como ya lo hemos señalado- que el juez analice las circunstancias concretas de cada caso para determinar si el tiempo en el que el titular ha permanecido inactivo da lugar o no a la inadmisibilidad del derecho en cuestión. Asimismo, la *Verwirkung* puede afectar también a los derechos que según la ley son imprescriptibles y no siempre le son aplicables las causas de interrupción que señala la ley para la prescripción.

Finalmente, no queremos concluir este ítem sin mencionar a la excepción de prescripción. Según Boehmer,<sup>76</sup> la *Verwirkung* no constituye un instituto que sólo tiende a liberar al deudor sino que, además, pretende proteger al acreedor. He aquí que se considera inadmisible que la excepción de prescripción sea opuesta en forma abusiva; como por ejemplo, cuando dicha excepción es esgrimida por un deudor que ha impedido a su acreedor que hiciera valer oportunamente sus derechos, dando lugar a la prescripción sobreviniente, como es el caso de la petición formulada por el deudor de que se le conceda un plazo con la promesa simultánea de cumplimiento puntual.

#### 2.2.5. *Verwirkung* y renuncia tácita

La *Verwirkung* también debe ser distinguida de la renuncia tácita. La renuncia tácita requiere de una voluntad negocial y la posibilidad de que el renunciante pueda demostrar que esa declaración de voluntad no existió, con lo que se borra el efecto extintivo; la *Verwirkung*, en cambio, se funda en la buena fe.

<sup>76</sup> BOEHMER, Gustav. *Op. cit.*, pp. 269-274.

Sobre este punto, Díez-Picazo<sup>77</sup> comenta que la doctrina alemana también ha distinguido cuidadosamente la *Verwirkung* de la renuncia tácita, aunque ambas ideas fueron confundidas en la más antigua jurisprudencia.

Según el citado autor, la *Verwirkung* y la renuncia tácita se mueven en órbitas diferentes. Para poder pensar en una renuncia tácita es menester que exista una declaración de voluntad tácitamente emitida por medio de una conducta concluyente. Esto quiere decir que, en la renuncia tácita, el efecto jurídico de la extinción del derecho subjetivo, depende del consentimiento del renunciante. Es necesario, por tanto, una voluntad negocial.

En cambio, la *Verwirkung* se mueve en un círculo completamente objetivo y es, por ello, independiente de la voluntad del titular del derecho. La inadmisibilidad del ejercicio no se funda en que haya existido una declaración de voluntad, sino en el significado objetivo de la conducta, cualquiera que haya sido la voluntad que la haya generado. La renuncia, aunque sea tácita, depende de la voluntad del renunciante, quien podrá excluir la producción del efecto extintivo demostrando que tal voluntad no existió; por ejemplo, porque ni siquiera conocía que tal derecho existía. Esto, en cambio no es posible en la *Verwirkung*.

#### 2.2.6. *Verwirkung* y *venire contra factum proprium*

Díez-Picazo<sup>78</sup> señala que en la doctrina alemana se prepondera la idea de que la *Verwirkung* constituye el principal caso de aplicación de la regla de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria o de la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium*. El titular que trata ahora de ejercer su derecho, se coloca en una intolerable contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta omisiva. Viene contra sus propios actos. En este sentido, enseña Boehmer, que en la institución de la *Verwirkung* confluyen tres

<sup>77</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>78</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Op. cit.*, p. 89.

ideas: la del retraso en el ejercicio del propio derecho, la de la conducta contradictoria (*venire contra factum proprium*) y la de infracción de la buena fe, y son estas tres ideas juntas las que llevan al «concluyente juicio de valor de que la conducta del titular representa un abuso del derecho».

Siebert,<sup>79</sup> en cambio, entiende que no se puede llevar la *Verwirkung* estrictamente al campo del *venire contra factum proprium*, sino que es preciso concederle posición independiente y autónoma dentro del marco de los casos de aplicación del parágrafo 242 del Código Civil Alemán (BGB).

Para el citado autor, *verwirkung* y *venire contra factum proprium* son dos supuestos de aplicación específicos, y por ello diversos, de una regla o de un principio genérico que es la «inadmisibilidad de una conducta que contraviene la buena fe».

La *Verwirkung* se distingue del *venire contra factum proprium*, en que la primera presupone siempre el transcurso de un cierto período de tiempo, mientras que en el *venire contra factum proprium*, el titular puede ahora ponerse en contradicción, no siendo preciso que se halle distanciada temporalmente.

Siebert reconoce que en la práctica, la diferencia puede llegar a ser inexistente, pues entre la conducta actual y la anterior ha de mediar siempre algún lapso de tiempo, pero esto no borra la diferencia. Asimismo, el autor añade que en la *Verwirkung* este tiempo denota retraso e inactividad, idea que, en cambio, no es necesaria para aplicar la regla de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria.

<sup>79</sup> Citado por DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 88-89.

### CAPÍTULO III

## LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

Luego de haber revisado brevemente los orígenes del brocado *venire contra factum proprium nulli conceditur*, así como las figuras del *Estoppel* y la *Verwirkung*, en el presente capítulo vamos a estudiar la Teoría de los Actos Propios tal como es entendida en la actualidad.

En ese sentido, vamos a delimitar su contenido a partir de las principales definiciones que se han dado sobre el tema.

### 3.1. Concepto

Entre quienes han definido a la Teoría de los Actos Propios, Borda<sup>80</sup> cita a Enneccerus-Nipperdey, quienes afirman que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Sobre esta definición, Borda precisa que los autores no se refieren específicamente a la Teoría de los Actos Propios sino al brocado *venire contra factum proprium*, pero entiende que la definición cabe, en líneas generales, en el concepto de la mencionada teoría.

Para este autor, la Teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona

<sup>80</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 51-53.

como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Al respecto, Puig Brutau<sup>81</sup> señala que la base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho. Se supone, pues, cierta conducta que induce razonablemente a la creencia de que el derecho no existe o no se hará efectivo.

Por su parte, Compagnucci de Caso<sup>82</sup> afirma que la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, agregando que no es posible permitir que se asuman pautas que susciten expectativas o confianza en un desarrollo ulterior y luego se contradiga al efectuar un reclamo judicial.

Fueyo<sup>83</sup> también nos da una definición que él llama explicativa, al señalar que la doctrina de los actos propios es un principio general de Derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto.

Moisset de Espanés<sup>84</sup> nos dice que esta doctrina -haciendo referencia a la Doctrina de los Actos Propios- entraña con los deberes de conducta que impone la buena fe; ella exige que haya

coherencia en el obrar del sujeto y sanciona a las conductas contradictorias.<sup>85</sup>

En consecuencia, podemos afirmar que la Teoría de los Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza.

### 3.2. Naturaleza jurídica

Como hemos podido apreciar, la definición que la doctrina nos brinda en torno a los Actos Propios no es unánime en lo que respecta a la naturaleza de dicha teoría. Para algunos, se trata de un principio de Derecho, para otros, es una regla de Derecho derivada del principio de la Buena Fe.

Precisamente, uno de los problemas centrales de la doctrina de los actos propios es su indeterminación dentro del Derecho. No aparece, por lo pronto, como una norma legislativa ni como una jurisprudencial.

Muchas veces se suelen utilizar distintos términos en forma indiscriminada sin reparar en las distintas acepciones que éstos pueden tener. Así, quienes han recurrido a la Teoría de los Actos Propios para su aplicación o no, la han denominado *doctrina*, *principio de Derecho*, *regla*, *teoría*, *brocardo*, *máxima*, *aforismo*, etc.

<sup>81</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>82</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. «La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: 1985, tomo A, p. 1001.

<sup>83</sup> Citado por RIVAS GUZMÁN, Ramón. «La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa». En: *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 192.

<sup>84</sup> MOISSET DE ESPAÑÉS, Luis. «La Doctrina de los Actos Propios». En: *Comercio y Justicia*. 9 de diciembre de 1978, n.º 13. Artículo remitido por el Doctor Moisset por correo electrónico a Mario Castillo Freyre.

<sup>85</sup> El citado autor da como ejemplo el que una persona solicita la resolución de un contrato, afirmando que le resulta excesivamente oneroso porque las prestaciones en dinero que debe efectuar la otra parte representan ahora una porción ínfima del valor de la cosa que ella entrega, es decir, está reclamando la no aplicación del nominalismo. Sin embargo, este mismo sujeto que reclama la resolución del contrato, pretende devolver nominalmente las sumas que ya había percibido, asumiendo -evidentemente- una conducta contradictoria, que va en contra de su propio acto.

En tal sentido, corresponde preguntarnos cuál es la naturaleza jurídica de la máxima según la cual nadie puede venir contra sus propios actos.

### 3.2.1. Principios generales del Derecho

Ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión «principios», hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la «zona de penumbra» resulta ser más amplia que el «núcleo de certeza».<sup>86</sup>

En tal sentido, veamos si la Teoría de los Actos Propios constituye un principio general del Derecho.

Marcelo López Mesa y Carlos Rogel Vide<sup>87</sup> señalan que los principios generales del Derecho son verdades jurídicas notorias, indubitables, de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho y de aplicación a aquellos casos no regulados por una norma expresa, aplicable al supuesto.

Díez-Picazo<sup>88</sup> afirma que los principios generales del Derecho no son simples ideas, verdades o criterios. Son normas jurídicas que tienen un carácter básico en la organización del grupo humano y que revelan de modo espontáneo el sistema de convicciones en que reposa esta organización del grupo social.

Para este profesor español, es indiferente que se hallen expresamente formuladas o que tengan su arraigo en la conciencia social y, si están formuladas, es también indiferente el rango del texto que las ha recogido.

<sup>86</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. «Diez argumentos a propósito de los principios». En: *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 15, año XI. Lima, 2000, p. 294.

<sup>87</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005, p. 36.

<sup>88</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 131-132.

Federico de Castro<sup>89</sup> enseña que los principios generales del Derecho poseen una triple función:

(a) *Fundamento del ordenamiento jurídico (fuente de las fuentes)*.

Como fundamento del ordenamiento, cumplen una función informadora: Cuando los principios generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora y fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como superfuente o fuente de las fuentes e, indirectamente, están presentes en la ley o costumbre aplicables.

Así, en numerosas ocasiones, el legislador se inspira en algún principio general del Derecho para redactar una norma a su semejanza. Cuando ello ocurre, tal principio opera como superfuente de la normativa.

(b) *Como orientadores de la interpretación (como criterio interpretativo de las leyes)*.

En su condición de orientadores de la labor interpretativa, cumplen la función de criterio interpretador de la ley y la costumbre. Como prisma de contrastación, se han utilizado infinidad de veces los aforismos romanos, para dar fuerza a determinada solución basada en un texto normativo no del todo convincente.

(c) *Fuente en caso de insuficiencia del ordenamiento positivo (como elemento de integración del derecho)*.

No obstante, la importancia de lo ya expuesto en los puntos (a) y (b), resulta claro que es la función integradora, la más importante reconocida a los principios generales del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>90</sup> El segundo párrafo del inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que «en tal caso [en caso de vacío o deficiencia de la ley] deben aplicarse los principios generales del Derecho».

Asimismo, el artículo VIII del Código Civil Peruano de 1984 establece que «los

Esta función integradora hace realidad los principios de plenitud y complejión del orden jurídico; ello, pues, echando mano a uno o a varios principios generales del Derecho, el juez puede sellar o superar una laguna jurídica o axiológica y dar una solución a un caso, a primera vista no previsto.

Por otro lado, Borda<sup>91</sup> señala que existen dos corrientes jurídicas que se han disputado la correcta conceptualización de lo que importa un principio general de Derecho. Ellas son las corrientes positivistas y las naturalistas. Las primeras entienden que los principios generales de Derecho son aquellos que informan las soluciones concretas del Derecho positivo, sirviéndole de fundamento; y que se obtienen mediante un proceso de abstracción y generalización creciente. Para las corrientes naturalistas son una suma de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares.

El citado profesor, más allá de adoptar una u otra corriente, nos dice que lo verdaderamente importante es destacar que dichos principios generales constituyen normas jurídicas básicas en la organización social, que revelan el sistema en que reposa la sociedad. Así, los principios generales reúnen tres características; a saber: no admiten excepciones, abarcan una generalidad de

jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

Finalmente, no podemos dejar de manifestar nuestra extrañeza en relación a la decisión adoptada por la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984, la cual pretende –entre otros muchos desaciertos– derogar el citado artículo VIII, aduciendo que no es necesario reiterar lo establecido en el texto constitucional.

Baste señalar que el artículo VIII es una norma que se invoca a diario, ya que sirve para recordar al juez que es intérprete de las normas, y ante el defecto o deficiencia de la ley, es también una suerte de legislador.

<sup>91</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 55.

situaciones y son la base de una pirámide que no acepta una idea aún más amplia.

En relación a la primera de las características, se dice que el principio general de Derecho no admite excepciones, porque no puede ser vulnerado lícitamente.

Aquí ya se presenta el primer inconveniente en relación a la máxima según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos», en tanto que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existe una serie de supuestos en los cuales una actuación contraria a la conducta anterior del sujeto se encuentra no sólo permitida, sino aun protegida jurídicamente.<sup>92</sup>

En relación a la generalidad de situaciones que debe abarcar un principio general de Derecho, Puig Brutau<sup>93</sup> sostiene que el elemento esencial de un principio general es la vaguedad, que consiste en que la formulación del citado principio no incluye la descripción del supuesto de hecho al que ha de aplicarse.

Si, como hemos visto, existen numerosos supuestos en los cuales sí está permitida una conducta contradictoria, qué ge-

<sup>92</sup> Como ejemplos de conductas contradictorias legitimadas por la ley civil peruana, podemos citar a las siguientes:

- Cuando se autoriza al oferente a retractarse de la oferta antes de que sea aceptada por el destinatario (artículos 1374, 1384 y 1385, inciso 3).
- Cuando se permite el arrepentimiento para la celebración de un contrato o su cumplimiento en caso de haber pactado arras (artículos 1477 a 1483).
- Cuando se concede, mediante pacto comisorio, la resolución a quien optó previamente la acción de cumplimiento (artículo 1430).
- Cuando se establece la facultad de solicitar la resolución del contrato si la prestación a la que antes se obligó se ha tornado en excesivamente onerosa, por algún acontecimiento extraordinario e imprevisible (artículos 1440 a 1446).
- En el caso de la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, la misma que se presume hecha bajo la condición suspensiva, de que dichas cosas sean del agrado personal del comprador (artículo 1572).
- Cuando se establece la posibilidad de revocar un poder o un mandato (artículos 149, 151 y 1808), etc.

<sup>93</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 98.

neralidad podríamos atribuirle a la máxima según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos».

En consecuencia, creemos que la máxima según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos» no puede ser considerada como un Principio General de Derecho, en la medida de que es posible formular tantos casos en los que se puede actuar en contra del propio hecho como aquellos otros en los que no se debe, lo que quedará plenamente probado en nuestro Capítulo V.

### 3.2.2. Regla de Derecho

La expresión *regla de Derecho* tiene su origen en el Derecho Romano de los tiempos de Justiniano.

Castro<sup>94</sup> nos dice que bajo este nombre se comprenden trozos de antiguos autores, fragmentos de decisiones judiciales y fórmulas de fácil retener. Las reglas de Derecho no tienen valor jurídico propio.

Asimismo, el citado profesor español señala que las reglas de Derecho pueden tener muy diversos contenidos:

- (a) Una regla puede ser una fórmula que sirve de vehículo a un auténtico principio general de Derecho. Aquí, la regla -por sí carece de valor; es el hecho de que, de alguna manera, contenga y exprese un principio, lo que le atribuye valor normativo.
- (b) Una regla de Derecho puede ser también la fórmula mediante la cual se expresa o se resume el sentido de una institución, o de un complejo de normas. Entonces, las reglas encierran en sí, resumidamente, una o varias normas jurídicas concretas -legales o consuetudinarias-.
- (c) Finalmente, hay reglas vacías de todo contenido normativo, que son abstracciones o simplificaciones de una doctrina jurídica. Su significación, en este caso, es puramente doctrinal y explica o resume una teoría formulada para explicar un

<sup>94</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 126.

problema de inteligencia de una institución o de un mecanismo jurídico.

Por su parte, Borda<sup>95</sup> piensa que la regla de Derecho puede no haber tenido valor jurídico propio en un comienzo, pero desde el momento en que ha empezado a tomar vida, seguramente ha de ser insertada en el plexo normativo legal, consuetudinario o jurisprudencial. De lo contrario, no tendría valor alguno y pronto caería en el olvido.

Diferenciando una regla de Derecho de un principio general, debemos reiterar que este último no admite excepciones; en tanto que una regla de Derecho sí las tiene.

Un principio general abarca una gama muy grande de situaciones; la regla de Derecho, en cambio, comprende un puñado de ellas. En tal sentido, podríamos decir que, dentro de una pirámide, la regla de Derecho se encuentra por debajo del principio general debido a que abarca una menor cantidad de situaciones y puede ser vulnerada lícitamente.

Dentro de tal orden de ideas, hasta el momento, podemos afirmar que la máxima según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos» es una regla de Derecho. Ahora, el problema sería averiguar si es o no una regla con valor normativo.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>96</sup> afirma que es indiscutible que a la luz de la experiencia cotidiana, la regla según la cual nadie puede venir contra sus propios actos, tiene valor normativo. Para demostrarlo basta tener en cuenta que es de hecho aplicada, como tal norma jurídica, por los tribunales de justicia y que es criterio decisivo para resolver innumerables litigios.

Si seguimos a Díez-Picazo y admitimos que el *venire contra factum proprium* tiene valor normativo, debemos ver a qué norma sirve de vehículo (si a un conjunto de normas jurídicas o a un principio general de Derecho).

<sup>95</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>96</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 128.

### 3.2.3. Norma jurídica

Borda<sup>97</sup> entiende por norma jurídica aquella disposición emanada de la ley o de la costumbre, e incluso de la jurisprudencia. De esta manera, la norma jurídica es legal cuando se encuentra en la legislación nacional o comparada; es consuetudinaria cuando la hallamos en la costumbre de algún pueblo (en este caso su valor se extiende sólo al lugar de origen); y es jurisprudencial cuando nace de las resoluciones emanadas de los tribunales de un país (con valor limitado al territorio donde es competente el referido tribunal).

Por su parte, Díez-Picazo<sup>98</sup> sostiene que el *venire contra factum proprium* no se trata de una norma legal, en tanto no existe disposición legal alguna con un contenido semejante a que nadie puede ir contra sus propios actos.

Continúa el citado profesor, señalando que podría pensarse que es una norma consuetudinaria, consagrada por un constante *usus fori*, pero una construcción de este tipo adolecería de graves inconvenientes. Asimismo, cabe pensar en una norma jurisprudencial, pero para ello habría que admitir previamente que la jurisprudencia es fuente de Derecho y que puede crear o implantar *praeter legem* normas jurídicas de alcance general. Precisa que en el sistema positivo español, esta afirmación es insostenible, en tanto que los Tribunales de Justicia no tienen la misión de crear *ex nihilo* normas jurídicas. La misión de los Tribunales -señala- es decidir litigios aplicando las normas en vigor.

En consecuencia, la regla según la cual «nadie puede venir contra sus propios actos» tampoco sería una norma jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, seguimos sin resolver plenamente la interrogante sobre la naturaleza jurídica de la Teoría de los Actos Propios.

Hasta el momento, tenemos que se trataría de una regla de Derecho (en tanto su aplicación sí admite excepciones) que no

es vehículo de un conjunto de normas jurídicas. Entonces, podríamos estar ante una regla de Derecho que sirve de vehículo a un principio general de Derecho. Pero, ¿cuál sería ese principio general de Derecho?

La respuesta es que la inadmisibilidad de contravenir una conducta anterior constituye una derivación del principio que impone el deber de proceder lealmente en las relaciones jurídicas, es decir, el *venire contra factum proprium* sería una regla de Derecho que deriva del principio general de la buena fe.

### 3.2.4. Buena fe

Lograr una única definición de *buena fe* es tarea difícil. Ni lo establecido por el artículo 1362 del Código Civil Peruano<sup>99</sup> nos da una definición de *buena fe*.

López Mesa y Rogel Vide<sup>100</sup> señalan que en diversas sentencias y artículos de doctrina, puede apreciarse un cierto grado de confusión entre dos distintas elaboraciones conceptuales: el principio general de la buena fe y el concepto de la buena fe. Esta confusión es absolutamente inconveniente, dado que el concepto de buena fe a secas posee un alcance absolutamente distinto del principio general de la buena fe.

María Martínez Gallego -citada por López Mesa y Rogel Vide- sostiene que la buena fe es, ante todo, un concepto jurídico indeterminado, al cual se refieren todos los ordenamientos jurídicos desde tiempos inmemoriales.

Esta buena fe -como concepto- consiste en la convicción de actuar conforme a Derecho. De este modo, se entiende que actuaría de buena fe quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad, determinado por elementos de

<sup>97</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>98</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>99</sup> Artículo 1362.- «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

<sup>100</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, pp. 57-59.

juicio que verosímilmente pudieron haberle convencido de que su actuación era correcta.

Pero, obviamente, la buena fe no equivale a displicencia ni a confianza excesiva, sino que supone la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar basada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer.

Según expresa Manuel de la Puente,<sup>101</sup> la buena fe es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, al que se le han dado precisiones y convertido en un precepto jurídico.

De la Puente cita las palabras de Ripert, en su famosa obra, *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles*, quien dice que la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y por los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el Derecho positivo.

También recuerda la muy difundida definición de Bonfante, en torno a la buena fe, cuando la califica como «ausencia de mala fe».

De los Mozos<sup>102</sup> sostiene que, con relación a la buena fe, resulta imposible, por la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general; sólo podemos determinar el contenido y la forma de la buena o mala fe accediendo previamente a las diversas aplicaciones que han encontrado en el campo del Derecho. Y las aplicaciones demuestran que responden a una misma sustancia: la fidelidad. De modo que será de buena fe lo que se encuentra adecuado a las *fides*, tanto en el contenido de la relación jurídica como en el comportamiento que se espera o exige de los sujetos

de la misma, que de esta manera se convierte en creencia y confianza.

Al respecto, Alsina Atienza<sup>103</sup> considera que la buena fe consiste en la convicción de actuar conforme a Derecho. En esta noción se unifican sus diversos aspectos: el psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético o voluntad de obrar honestamente.

Por su parte, Wieacker<sup>104</sup> señala que la buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y consecuencias, destacando las siguientes:

- (a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y, por consiguiente, como una causa de exoneración de la sanción o -por lo menos- de atenuación de la misma.
- (b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o a aquello que escuetamente determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.
- (c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

Por otro lado, De la Puente<sup>105</sup> nos dice que la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo.<sup>106</sup> El primero, se

<sup>101</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2001, p. 331.

<sup>102</sup> Citado por MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. «El silencio frente a la buena fe y a los requerimientos privados» En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1994, tomo A, p. 673.

<sup>103</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel «La fuerza de la buena fe» En: *Contratación Contemporánea: teoría general y principios*. Bogotá: Temis, 2000, tomo I, pp. 276-277.

<sup>104</sup> En relación a la buena fe objetiva creemos necesario hacer un breve comentario al Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, en el cual

refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama *buena fe creencia*. En sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine *buena fe lealtad*.

Según De la Puente, la buena fe subjetiva presenta siete características distintas.

La primera de ellas es que se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.

En segundo lugar, la buena fe subjetiva se caracteriza por ser

la Comisión encargada de elaborarlo ha considerado *urgente y necesario* establecer en el artículo V del Título Preliminar que «los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe».

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión, su proyectado artículo V contiene una nueva disposición que consagra la buena fe objetiva en atención a que se trata de un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho.

El efecto hermenéutico de este artículo consiste, según la Comisión, en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es el titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

Aunque no cuestionamos la buena intención de la Comisión al querer incorporar el principio de la buena fe en el Título Preliminar, no podemos dejar de cuestionar el que lo haga, el que considere *urgente y necesario* hacerlo. ¿Cuándo el principio de la buena fe no ha sido invocado?; ¿qué, acaso toda la estructura del Derecho no se construye sobre la buena fe?; ¿acaso la protección de los derechos no se sustenta en este principio?; ¿acaso alguien alguna vez cuestionó aquello?

En realidad, la norma contenida en el artículo V proyectado nada quita ni nada agrega; tan sólo deja abierta la posibilidad de realizar una peligrosa interpretación, distinta y alejada de la intención del legislador. (CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Lima: Palestra Editores, 2005).

una creencia razonada. El sujeto ha apreciado los elementos de juicio a su disposición.

En tercer término, la buena fe subjetiva se caracteriza porque la apreciación del sujeto es fruto de diligencia.

En cuarto lugar, se caracteriza porque no ha habido dolo o culpa.

La quinta característica de la buena fe subjetiva, consiste en que la creencia del sujeto puede recaer en su propia situación, así como en la persona con quien se relaciona.

En sexto lugar, la buena fe subjetiva se caracteriza porque la creencia determina la conducta del sujeto.

Y, finalmente, en séptimo lugar, la buena fe subjetiva se caracteriza porque el Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

Por su parte, la buena fe objetiva, a decir de De la Puente, presenta seis características.

La primera de ellas es que se trata de un deber ético de conducta impuesto al sujeto.

En segundo lugar, la buena fe objetiva se caracteriza porque importa no perjudicar los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela jurídica de los intereses propios.

Como tercera característica, tenemos que para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo.

En cuarto lugar, la buena fe objetiva se caracteriza por el hecho de que quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

En quinto lugar, consiste en comparar la conducta del sujeto con un estándar jurídico medio.

Y, finalmente, señala De la Puente que el estándar debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

Al respecto, René Ortiz Caballero<sup>107</sup> señala que por la buena fe subjetiva se debe evaluar la intención que tuvo la persona para

<sup>107</sup> ORTIZ CABALLERO, René. «La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil peruano». En: *Derecho PUCP*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, n.º 45, p. 272.

actuar y, del análisis de los móviles, determinar si se condujo honestamente. Con la buena fe objetiva no nos preguntamos por lo que ocurre en el fuero interno de las personas, en cada caso, sino que nos prefiguramos una conducta tipo, un modelo de conducta social, que nos sirva de medio de comparación de la conducta objeto de evaluación.

Para Borda<sup>108</sup> la *buena fe lealtad* es esencial para resolver el problema planteado por el tema de los actos propios, porque ella impone el deber de proceder con rectitud y honradez en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas.

Así, el profesor argentino remarca que lo verdaderamente primordial a la Teoría de los Actos Propios es la buena fe objetiva, porque lo más importante es la conducta contradictoria tomada objetivamente y porque la buena fe de quien ha sido defraudado por la conducta contradictoria se presume.

### 3.2.5 Principio general de buena fe

De la Puente<sup>109</sup> también se pregunta si es la buena fe un principio jurídico.

Según el citado profesor, la buena fe, al ser recogida en una serie de normas imbuidas de esta idea, cobra categoría de principio jurídico. Pero la noción tiene una alta categoría ética, la misma que extiende su valor más allá.

Néstor Solari<sup>110</sup> afirma que examinando el principio de la buena fe, su observancia requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra, manteniendo la palabra empeñada.

<sup>108</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>109</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. *Op. cit.* p. 343.

<sup>110</sup> SOLARI, Néstor E. «Disolución del régimen de bienes en el matrimonio y la doctrina de los actos propios» En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1994, tomo C, p. 426.

Por su parte, Díez Picazo<sup>111</sup> nos dice que el principio general de la buena fe es aquella norma que impone a las personas el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico, ajustando su comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética imperante.

De esta afirmación, el citado autor saca algunas consecuencias importantes; a saber:

- (a) Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general. Toda interpretación de una norma, que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser rechazada o, por lo menos, considerada como excepcional. Todo negocio jurídico debe ser objetivamente interpretado en armonía con este principio. Los pactos, las cláusulas y las condiciones contenidas en un contrato o, en general, en un negocio jurídico, deben ser entendidos de buena fe, es decir, entendidos de manera que conduzcan a un resultado empírico que sea conforme con la buena fe.
- (b) Como principio general del Derecho, la norma que ordena que el comportamiento sea de buena fe, tiene el carácter de norma supletoria y los Tribunales deben, a falta de otra norma especial, aplicar este principio para resolver el litigio planteado. Si existe un deber de comportarse de buena fe, toda conducta contraria a la buena fe es, por regla general, antijurídica y, por lo tanto, repudiable y merecedora de una sanción.
- (c) Las consecuencias o las derivaciones inmediatas del principio general de la buena fe, construidas doctrinal o jurisprudencialmente, en torno a particulares situaciones de intereses, tienen el mismo valor y el mismo alcance del principio de que dimanan y en que inmediatamente se fundan.

Es justamente, en la última consecuencia referida por Díez Picazo, en donde encontramos el punto de conexión entre el

<sup>111</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 139-140.

principio general de la buena fe y el brocardo *venire contra factum proprium*.

Así, Borda<sup>112</sup> sostiene que las construcciones derivadas del principio general de la buena fe tienen el mismo valor y alcance que el propio principio. Una construcción derivada del principio de la buena fe es la Teoría de los Actos Propios, que se enmarca dentro de los límites que la buena fe impone, y que refuerza la seguridad negocial. Por lo demás, la contradicción con una conducta anterior constituye -en gran número de casos- una infracción al principio general de la buena fe.

En efecto, de todo lo analizado en el presente capítulo, ha quedado claro que el *venire contra factum proprium* es una regla de Derecho (en tanto admite excepciones) que es expresión de un principio general de Derecho; a saber: el principio general de la buena fe.

Siguiendo la misma línea, López Mesa y Rogel Vide<sup>113</sup> señalan que del principio general de buena fe se extraen, sin esfuerzo, institutos como la doctrina de los actos propios o el *venire contra factum proprium non valet*. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada en Argentina, que la doctrina de los actos propios constituye una derivación necesaria e inmediata del principio general de la buena fe y como tal, integra su Derecho positivo, y se ha resuelto que resultan inadmisibles las alegaciones que importan ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

Al respecto, Solari<sup>114</sup> señala que en realidad, examinando el principio de buena fe, su observancia requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra, manteniendo la palabra empeñada desde el proceso formativo mismo si se trata

de una relación crediticia, haciendo inadmisible la contradicción con una conducta previa y propia.

Continúa el referido autor, citando a Vidal Taquini, afirmando que la doctrina de los actos propios se basa primordialmente en la exaltación de la buena fe como elemento preponderante que debe guiar toda relación jurídica.

Pero, la pregunta que surge en este punto, es si lo que se protege es la buena fe depositada en la apariencia jurídica creada por el primer acto o si se protege la buena fe o confianza en un comportamiento coherente.

Petrone<sup>115</sup> sostiene que mediante la invocación de la buena fe puede considerarse inadmisible el ejercicio de un derecho por existir una conducta contradictoria, cuando el ejercicio del derecho es contradictorio con el anterior comportamiento del interesado (el llamado *venire contra factum proprium*) y la otra parte se ha adoptado al sentido de ese comportamiento anterior.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>116</sup> nos dice que una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente.

La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisible toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza.

Por su parte, Puig Brutau<sup>117</sup> -a diferencia de Díez-Picazo- sostiene que la buena fe protege la confianza depositada en la

<sup>112</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>113</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>114</sup> SOLARI, Néstor E. *Op. cit.*, p. 426.

<sup>115</sup> PETRONE, Aldo. «La doctrina de los actos propios». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1995, tomo D, p. 604.

<sup>116</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>117</sup> PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 102-103.

apariencia. Así, quien ha dado lugar a una situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia.

Nosotros coincidimos con Borda,<sup>118</sup> cuando afirma que todo recurso a la apariencia jurídica debe ser usado en última instancia y siempre que no exista una mejor explicación, porque resulta conveniente acudir a la realidad y no a las apariencias.

Dentro de tal orden de ideas, creemos que la protección de la buena fe debe estar dirigida a resguardar una conducta coherente y no a la confianza depositada en una apariencia.

Como consecuencia de ello, la conducta contradictoria es una contravención al principio general de buena fe, que debe ser sancionada. Por ello, resulta inadmisible un actuar contradictorio con la conducta anterior.

## CAPÍTULO IV

### PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

Como presupuestos de la Teoría de los Actos Propios, la doctrina<sup>119</sup> destaca fundamentalmente tres:

- (a) Una conducta vinculante;
- (b) Una pretensión contradictoria; y
- (c) Identidad de sujetos.

Sin embargo, en relación al segundo presupuesto, cierta parte de la doctrina<sup>120</sup> distingue, por un lado, el ejercicio de la facultad o del derecho (pretensión) y, por otro, la contradicción.

Nosotros -junto con Borda- entendemos que no es posible efectuar tal distinción, debido a que la facultad o el derecho en sí mismos son contradictorios respecto de la primera conducta. En tal sentido, a continuación vamos a analizar cada uno de los presupuestos señalados.

<sup>118</sup> Comparten esta clasificación: BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 65-87; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, pp. 105-118; PETRONE, Aldo. *Op. cit.*, pp. 603-606; FERNANDEZ FERNÁNDEZ, César. «La doctrina de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana». En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales, n.º 58, pp. 197-205; LÓPEZ MESA, Marcelo y José Eduardo GONZÁLEZ. *Principio de la Buena Fe y Doctrina de los Actos Propios*. En el III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado. Córdoba, 19, 20 y 21 de octubre de 2005.

<sup>119</sup> Se encuentran en esta línea de pensamiento: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 194-232; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «Teoría de los actos propios y renuncia tácita». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1983, tomo D, pp. 523- 527; ARANA GARCÍA, Estanislao. *Op. cit.*, pp. 31-42; EYZAGIRRE B., José María. *Breve estudio sobre la teoría comparada del propio acto*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1985; RIVAS GUZMÁN, Ramón. *Op. cit.*, pp. 191-207; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, pp. 1000-1007.

<sup>118</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 65.

#### 4.1. *Conducta vinculante*

Díez-Picazo,<sup>121</sup> citando a Betti, nos dice que, en general, puede hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse, es decir, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales.

Continua señalando el citado autor, que en nuestro caso lo que se valora es, pues, una conducta que una persona ha observado. Esta conducta puede inducirse de un acto o de varios, pero sólo debe tomarse en consideración en cuanto revela una actitud, una postura, un modo general de proceder.

Por su parte, Borda<sup>122</sup> señala que la conducta importa una toma de posición frente a una situación determinada, refleja una actitud. Pero no hablamos de conducta a secas, sino decimos conducta vinculante.

Akdahl<sup>123</sup> entiende a la conducta vinculante como todo acto o serie de actos, toda forma de proceder que conlleve una variación del mundo externo, que en definitiva denote una posición determinada del sujeto, su agente, en un campo, materia o intereses también determinados.

Al respecto, Petrone<sup>124</sup> sostiene que la conducta vinculante consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, «un acto volitivo, exteriorizado de la persona sobre un interés trascendente».

Por otro lado, debemos precisar que en este primer presupuesto, el de conducta vinculante, podemos distinguir cuatro elementos.

En primer término, dicha conducta debe ser *relevante* para el Derecho, lo cual, se dice, excluye no sólo las conductas jurídicamente intrascendentes (meras opiniones, expresiones de deseos o de proyectos, manifestaciones incidentales, etc.),<sup>125</sup> sino también aquéllas que requieren imperativamente una forma determinada, que, por hipótesis, esté ausente.<sup>126</sup>

A fin de que la Teoría de los Actos Propios pueda ser aplicada deberán tenerse en cuenta las conductas ejecutadas dentro de una situación jurídica, es decir, que repercutan en ella, susciten la confianza de un tercero o que revelen una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

Así lo expresa Díez-Picazo<sup>127</sup> al señalar que unos actos sólo pueden ser tomados en cuenta como conducta vinculante, cuando expresan objetivamente una actitud actual frente a una situación jurídica, pero no cuando son simple manifestación de un propósito o perspectiva de un cambio futuro. En tal caso, si el tercero confía en este propósito o en este futuro cambio, debe asumir el riesgo.

En segundo término, dicha conducta debe ser *válida y eficaz*.

Con esto se quiere expresar que aquella primera conducta no debe estar atacada de causales de invalidez o ineficacia. Esta validez y eficacia de la conducta no se refiere a la juridicidad o antijuridicidad del propio acto (pues, al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar con la Teoría de los Actos Propios, el aspecto

<sup>125</sup> En la doctrina inglesa, donde la teoría del *Estoppel* tiene una gran importancia práctica, se distingue claramente aquellos casos en que el sujeto se limita a manifestar –expresa o tácitamente– una intención (*representation of intention*) y aquellos otros en los que da, con palabras o conducta, como existente una determinada situación de hecho (*representation of facts*). Sólo en este último caso hay verdadero *Estoppel*. (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 197).

<sup>126</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. «La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: 1984, tomo A, p. 879.

<sup>127</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>121</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 195.

<sup>122</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>123</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>124</sup> PETRONE, Aldo. *Op. cit.* p. 604.

antijurídico del mismo), sino de subrayar que aquella conducta reúne todos los requisitos de validez y de eficacia como conducta en sí misma, más allá del juicio valorativo que se haga de ella.

Al respecto Borda<sup>128</sup> señala que si la primera conducta es inválida se puede volver lícitamente contra ella. Esto significa que si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuere inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita o contraria a las buenas costumbres o de cumplimiento imposible, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la Teoría de los Propios Actos. Y esto es así porque existen oportunidades en que es lícito volver contra el propio acto; lo que la teoría del *factum suum* impide es pretender actuar contradictoriamente y siempre que el comportamiento incoherente no sea permitido por la ley.

Borda cita a López Mesa, quien precisa que una cosa es impugnar un acto viciado o nulo y otra pretender volver sobre un acto confirmatorio de una nulidad. Si un acto es nulo puede volverse válidamente contra él, pero si después de celebrado, lo confirma o ratifica -expresa o tácitamente- allí resulta aplicable la teoría en estudio.

Ahora bien, distinto es el escenario en el supuesto de los denominados actos eficaces en forma claudicante.

Sobre este tema, Díez-Picazo<sup>129</sup> señala que cuando la puesta en marcha de la ineficacia depende del ejercicio por el interesado de un poder de impugnación, que únicamente a él compete, de tal manera que, hasta el momento en que dicho poder sea actuado, el negocio no es ineficaz, sino, en rigor, eficaz, aunque con una eficacia claudicante, una conducta del sujeto, posterior al negocio, y objetivamente contradictoria con el ejercicio de la acción de impugnación, puede constituir un *factum proprium*.

Dentro de tal orden de ideas, los actos eficaces de forma claudicante son los actos que se convierten en ineficaces por la impugnación efectuada por el mismo sujeto que realiza la primera

<sup>128</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>129</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 202.

conducta, diferenciándose de aquellos que son ineficaces *ab initio*.

Finalmente, en relación a la eficacia del acto vinculante, debemos precisar que en ocasiones, a pesar de tratarse de un acto ineficaz, se impide al interesado intentar su nulidad por haber sido él mismo el causante del vicio. Aquí nos estamos refiriendo a la regla según la cual «nadie puede alegar su propia torpeza» (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*),<sup>130</sup> y en virtud de la cual se priva al sujeto de los medios de impugnación del acto que carece de eficacia jurídica, cuando él ha creado o contribuido a crear dicha situación.

En tercer término, la conducta vinculante tiene que presentarse en una *misma situación jurídica*.

En otras palabras, la conducta vinculante es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses.

Borda,<sup>131</sup> citando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina, señala que la expresión *conducta vinculante* refleja la existencia de una relación jurídica, aunque no se trate necesariamente de un negocio jurídico. Además, esta conducta debe tener la característica de que puede ser tomada en cuenta por el receptor de la misma y que actúa en consecuencia confiando en ella. En otras palabras, cuando una actuación voluntaria crea o reconoce algún derecho a favor de un tercero, surge una relación jurídica entre éste y el agente que no puede ser arbitrariamente destruida o desconocida por actos posteriores.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>132</sup> sostiene que la conducta vinculante tiene que haber sido observada frente a los interesados en la situación jurídica que en cada caso se trata. No se pueden esgrimir como actos propios vinculantes, a los cuales no es posible con-

<sup>130</sup> Para mayor referencia en torno a la aplicación de la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, ver ARANA GARCÍA, Estanislao. *Op. cit.*, pp. 48-125.

<sup>131</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>132</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 206-208.

tradecir, conductas observadas frente a personas distintas de aquellas que están interesadas en la concreta situación jurídica o conductas que han sido observadas en círculos de interés diversos.

En consecuencia, cuando se dice que la conducta vinculante tiene que haberse observado en el mismo círculo de intereses o dentro de la situación jurídica de que en cada caso se trate, lo que quiere significar es que sólo es posible tomar como vinculante una conducta que -objetivamente- pueda suscitar en el adversario la confianza de que esta conducta sea indicio de una actitud frente a esta situación jurídica.

En cuarto término, tenemos que la primera conducta debe ser *anterior* (tener una apreciable distancia temporal) a la conducta contradictoria.

Al respecto, Ekdahl<sup>133</sup> afirma que el acto original ha de ser anterior al acto contradictorio, mediando entre ambos un lapso razonable para que se cree en terceros una confianza tal que los induzca a alterar su posición.

Con ello, queremos poner de relieve que si existiera inmediatez entre la conducta contradictoria y la primera conducta a la que contradice, no se entendería aplicable la Teoría de los Actos Propios.

Así, por ejemplo, los profesores argentinos Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana<sup>134</sup> recuerdan una resolución precursora del Tribunal Supremo Español, el cual mediante sentencia de fecha 13 de abril de 1931, despojó de efectos a la firma de una liquidación de cuentas porque -de inmediato- el suscriptor tachó esta firma y la impugnó.

Sobre este tema, cabe referirnos a lo señalado por Borda<sup>135</sup> en relación a las conductas contradictorias y simultáneas.

En estos casos, el profesor argentino entiende que es inadmisible hacer uso de la Teoría de los Actos Propios, en tanto para aplicar dicha teoría se requiere la existencia de una conducta que produzca una creencia determinada y que se pretenda volver contra esta primera conducta, vulnerándose la buena fe nacida de tal creencia. Este desarrollo no puede darse en las conductas simultáneas, debido a que ambas deben ser valoradas coetáneamente y se notará con facilidad la contradicción existente, por lo que no podrá alegarse creencia o confianza alguna.

Finalmente, en relación a la distancia que debe mediar entre la conducta vinculante y la contradictoria, no existe un criterio predeterminado. Lo relevante es que el transcurso del tiempo sea suficiente para generar en terceros la confianza sobre determinada situación futura. El factor tiempo variará en cada situación en concreto.

Por otra parte, no queremos, finalizar este análisis en torno a la conducta vinculante, sin pronunciarnos en relación a una interrogante que se presenta con frecuencia al momento de estudiar la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

Nos referimos a si es inadmisible contradecir una primera conducta que fue equivocada o errónea o si, por el contrario, en este supuesto sí se permite una posterior impugnación.<sup>136</sup>

Vidal Ramírez<sup>137</sup> sostiene que el error es una divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la declaración. Dicha divergencia es resultado de una ausencia de conocimiento o de un conocimiento equivocado en la formación de la voluntad interna del declarante. Y ello conlleva a que el declarante incurra en error espontáneamente. Es una voluntad interna sana pero inexactamente expresada.

El tema de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria cuando la primera conducta ha sido el resultado del error, ha

<sup>133</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>134</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1988, p. 14.

<sup>135</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 74-75.

<sup>136</sup> Ésta es una primera aproximación al tema de la Teoría de los Actos Propios y el error, el mismo que será desarrollado a profundidad en el punto 5.2.2.1.

<sup>137</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, Volumen II: Acto Jurídico. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 624.

generado dos posiciones en la doctrina. Algunos autores consideran que debe predominar el aspecto objetivo, por lo cual el error en la primera conducta sólo será relevante cuando fuera conocido por la contraparte. Otros, en cambio, admiten la invocación del error, ya que la Teoría de los Actos Propios sólo se aplica cuando la primera conducta es válida, pero siempre que el error haya sido esencial.<sup>138</sup>

Pietrobon<sup>139</sup> señala que los actos practicados con error-vicio, pueden ser impugnados por ineficaces ya que se trata de un caso de declaración de voluntad imperfecta en razón del error propio.

Por su parte, Betti<sup>140</sup> nos dice que en este caso, aunque coinciden la declaración y la voluntad, la voluntad se forma anormalmente por la creencia de algo que no se corresponde con la realidad y esa voluntad no se habría manifestado si el declarante hubiere conocido la verdad.

En torno a la relación de la Teoría de los Actos Propios con el error, Compagnucci<sup>141</sup> afirma que el acto obrado por error propio se da ante una actuación subjetivo-volitiva por una real intención, la cual se intenta modificar en sus consecuencias. No hay en ello lesión a la buena fe. En cambio, en la doctrina de los actos propios lo que se quiere es contradecir la propia conducta, que en un aspecto objetivo había creado pretéritamente la confianza en el obrar consecuente.

Por su parte, Borda<sup>142</sup> sostiene que nunca se puede volver

<sup>138</sup> Artículo 202.- «El error es esencial:

1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto».

<sup>139</sup> Citado por COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, p. 1003.

<sup>140</sup> *Idem.*

<sup>141</sup> *Idem.*

<sup>142</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 72-73.

lícitamente contra el propio acto equivocado, y que dicha afirmación es aplicable en cualquier situación, aun cuando se modifiquen las circunstancias en que la conducta errónea fue emitida e, incluso, cuando el receptor de la conducta haya tenido conocimiento del error del declarante.

Continua -Borda- señalando que en el primer caso cabe establecer si la conducta emitida ha despertado realmente una confianza determinada en otro sujeto, o bien si se ha tratado tan sólo de una mera manifestación no vinculante, como es el caso de las simples opiniones. La primera parte del problema debe resolverse por la validez del acto erróneo, porque el error es inexcusable<sup>143</sup> y, además, se vulneraría la buena fe del sujeto receptor de la declaración. La segunda parte, por su lado, debe dirimirse por la licitud de volver contra la manifestación, pero tal licitud no se funda en el carácter erróneo que ostenta el acto sino en que simplemente se trata de una simple opinión que jamás ha obligado.

Asimismo, el profesor argentino se sitúa en el supuesto en el cual el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante. Cuando ello ha ocurrido, resulta lícito que éste vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. No es admisible la protección de quien actúa de mala fe pretendiendo usufructuar un acto ajeno, incluso aunque no hubiera existido error.

Según Díez-Picazo,<sup>144</sup> el carácter erróneo o equivocado de la conducta puede ser tomado en consideración y, por tanto, la conducta no poseerá valor vinculante, ni impedirá la pretensión contradictoria, cuando el error era conocido del adversario o

<sup>143</sup> Recordemos que el artículo 923 del Código Civil Argentino establece que «la ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos», precepto que no tiene símil en nuestro ordenamiento civil.

<sup>144</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 212.

cuando el error era de naturaleza tal que cualquier persona razonable debía suponer su existencia.

El fundamento de esta conclusión radica en que es inicuо aprovecharse del error sufrido por otro y en que, cuando el error era conocido por el adversario o debió ser razonablemente inferido,<sup>145</sup> no puede hablarse de protección de una confianza suscitada objetivamente y de buena fe por la conducta del sujeto. El conocimiento del error excluye la buena fe del adversario y, por tanto, su protección. Ésta debe también quedar excluida cuando, aun no constándole al adversario la existencia del error, éste era de tal naturaleza que cualquier persona lo hubiera razonablemente inferido.

Por nuestra parte, no coincidimos con el maestro español cuando afirma categóricamente que nunca se puede volver lícitamente contra la primera conducta vinculante viciada de error.

Nosotros consideramos que en dicho supuesto no tendría lugar la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que, de asumir su aplicación, entonces, nunca un acto jurídico celebrado por error, podría ser anulado.

#### 4.2. Pretensión contradictoria

Como segundo presupuesto de la Teoría de los Actos Propios se señala al ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo, por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe– existente entre ambas conductas.

Para aplicar la Teoría de los Actos Propios se requiere la existencia de una *pretensión contradictoria*, expresión que encierra

<sup>145</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, al hablar de un error razonablemente inferido, debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 203 del Código Civil Peruano, precepto que establece que «el error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo».

diversos matices, según Borda.<sup>146</sup> Por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto; por otro lado, esta conducta o acto importa ejercer una pretensión. Esta pretensión, que en otro contexto es lícita, resulta inadmisible por ser contradictoria de la primera conducta.

Petrone,<sup>147</sup> citando a Fueyo, señala que la pretensión contradictoria es una nueva actuación, con un contenido jurídico preciso y determinado que importa ejercer una pretensión jurídica por parte del mismo sujeto, que resultaría lícita en otro contexto, pero que en el caso es ilícita e inadmisible por la contradicción con la primera conducta, llamada vinculante, y afectándose valores o conceptos indeterminados entre los cuales destaca el principio de la buena fe.

Dentro de tal orden de ideas, debemos tener presente que la conducta o acto posterior –considerado aisladamente– no tiene mayor sentido. Lo relevante de esta conducta posterior es que significa ejercer una pretensión contradictoria respecto de la conducta vinculante.

Así, la pretensión contradictoria constituye –de por sí– el ejercicio de un derecho subjetivo, y –como tal– lícito y merecedor de tutela.

En torno a este segundo presupuesto, Arana<sup>148</sup> señala que la prohibición de ir contra los actos propios constituye un límite a los derechos subjetivos. Lo que la regla establece es un *no poder*, una limitación a algo que, en principio, no tenía por qué estarle negado, a algo que en otras circunstancias podría ejercer.

Según Compagnucci,<sup>149</sup> la conducta que contradice al comportamiento objetivo anterior se debe dar dentro de un proceso judicial, creando una situación litigiosa, y en ejercicio de un derecho subjetivo procesal (pretensión); pretensión que es contradictoria con el sentido objetivo dado a una conducta anterior.

<sup>146</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>147</sup> PETRONE, Aldo. *Op. cit.* p. 605.

<sup>148</sup> ARANA GARCIA, Estanislao. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>149</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, p. 1004.

La pretensión, que es siempre reclamación en juicio, constituye por ello el ejercicio de un derecho o de una facultad dentro de un proceso judicial.

Por su parte, Borda<sup>150</sup> toma un concepto más amplio de lo que se entiende por *pretensión*, y afirma que es aquel acto o aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior, que está dirigida a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado. Por ello, opina que las conductas o actos que no estén dirigidos a nadie en especial no constituyen pretensiones. Finalmente, agrega que la pretensión puede ser judicial o extrajudicial, ya que puede efectuarse no sólo en un proceso judicial sino también en respuesta a un requerimiento formulado fuera de juicio, en la medida de que las relaciones jurídicas pueden generar controversias que -incluso- pueden ser resueltas antes de llegar a los tribunales.

Para Díez-Picazo<sup>151</sup> la pretensión es independiente de la posición que el litigante asume dentro del proceso. Puede ser la pretensión un acto del demandante. Pero puede ser también un acto del demandado. La pretensión contradictoria puede, por tanto, producirse formulando una acción o una excepción; reconviendo o contestando la reconvenCIÓN, replicando o duplicando. Para que haya pretensión es menester solamente que el sujeto ejerCite un derecho o una facultad. Y una facultad se ejerce no sólo accionando, sino tambiéN deteniendo o enervando la acción, en virtud de un poder especialmente atribuido para ello por el ordenamiento jurídico.

Dentro de tal orden de ideas, en relación a la segunda conducta podemos distinguir tres elementos.

En primer término, la conducta debe ser posterior a la conducta vinculante.

Al respecto, Alterini y López Cabana<sup>152</sup> afirman que la ulte-

<sup>150</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>151</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>152</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. «La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino». *Op. cit.*, p. 879.

rioridad no es meramente cronológica, sino antes bien lógica. Así, reiteran el caso -ya citado por nosotros- en el cual el Tribunal Supremo Español despojó de efectos a la firma de una liquidación de cuentas, porque -de inmediato- el suscriptor tachó esa firma y la impugnó. Aquí vemos que la segunda conducta (tacha de la firma) es posterior, pero no se puede aplicar la Teoría de los Actos Propios, en tanto que esta segunda conducta fue inmediata y no dio oportunidad a que la primera conducta (la firma) generara una confianza en otra persona que debiera ser protegida.

Por otra parte, la segunda conducta debe dar lugar a una pretensión, la misma que puede ser judicial o extrajudicial. Consideramos que la invocación a la Teoría de los Actos Propios puede ser hecha en la respuesta a un requerimiento formulado fuera de juicio, sin que ello impida un posterior pronunciamiento por parte de un tribunal de justicia sobre su eficacia o ineficacia, en caso de conflicto entre las partes.

Finalmente, en tercer término, la pretensión debe ser contradictoria con la conducta anterior o vinculante. Pero, dicha contradicción no debe estar autorizada por ley o tener su propia solución legal.<sup>153</sup> La contradicción debe juzgarse objetivamente, teniendo presentes los comentarios que, sobre el tema del error, formulamos en la parte final del punto 4.1.

Para concluir nuestro análisis en torno al segundo de los presupuestos, queremos precisar que cada vez que se aplica la Teoría de los Actos Propios se afecta una cuestión de intereses. Estos intereses contrapuestos se pueden distinguir en dos dimensiones:

Una primera dimensión, constituida por el conflicto suscitado entre los diferentes intereses de quien ha recibido ambos actos -y que ha confiado en el primero- y quien emite ambos actos o

<sup>153</sup> Tema sobre el cual volveremos en el capítulo 5. Sin embargo, queremos señalar que la Teoría de los Actos Propios tiene carácter residual, y por lo tanto, no es invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola.

conductas, que ejerce una conducta contradictoria con el primer acto o conducta que despertó la referida confianza.

La segunda dimensión, donde se pueden distinguir los intereses contrapuestos, está dada entre los propios intereses del sujeto emisor, teniendo en cuenta los actos visibles o contradictorios que persiguen intereses contrapuestos.

#### 4.3. Sujetos

Por otra parte, como tercer presupuesto de la Teoría de los Actos Propios, tenemos a la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

Ekdahl<sup>154</sup> señala que para una acertada aplicación de la Teoría de los Actos Propios, es menester la concurrencia de un supuesto concerniente a las personas participantes; a saber: la estricta identidad que ha de existir entre el sujeto agente de la conducta vinculante y el sujeto de la pretensión.

Así, la conducta contradictoria emplazada en una persona requiere ineludiblemente su comparación con otra conducta precedente, efectuada por la misma persona o por personas distintas con una misma representación. Ello importa que la identidad a la que nos referimos puede ser tanto física como jurídica.

A entender de Mairal,<sup>155</sup> este tercer presupuesto se refiere a que exista una conducta previa y una pretensión posterior emanada de la misma persona (concepto que incluye a sus representantes o sucesores) y que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Es decir, que exista identidad de partes y unidad de situación jurídica.

Según Petrone,<sup>156</sup> se requiere como último presupuesto para la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, identidad de los sujetos que intervienen o resultan relacionados -como emisor y receptor- de la conducta contradictoria. En efecto, para que la pretensión contradictoria pueda ser rechazada sobre la base de esta doctrina, el sujeto activo debe ser el mismo que realizara la previa conducta vinculante, mientras que quien pretenda el rechazo de aquélla ha de ser el mismo sujeto destinatario de ésta, en quien se ha generado la expectativa o confianza antes referida.

Por su parte, Arana<sup>157</sup> nos dice que los sujetos en la relación jurídica en que va a tener lugar la aplicación de la regla o doctrina de los actos propios, son normalmente dos, uno activo y otro pasivo. El primero es el titular de un derecho subjetivo o de una facultad que, habiendo observado una determinada conducta, formula después una pretensión contradictoria de su conducta anterior. El sujeto pasivo es la persona destinataria de la pretensión y, por lo tanto, también sujeto pasivo del derecho subjetivo de la facultad, que mediante la pretensión ha de ser ejercida. Por tanto, este requisito o presupuesto exige la más estricta identidad entre el sujeto de la conducta y el sujeto de la pretensión. La identidad presupone que tanto la conducta como la pretensión hayan sido realizadas por una misma persona.

Al respecto, Borda<sup>158</sup> señala que el sujeto activo, esto es la persona que ha observado determinada conducta -con fundamento en una facultad o un derecho subjetivo- debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta. El sujeto pasivo, es decir la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo; si se tratase de diferentes sujetos pasivos, la pretensión contradictoria podría ser frenada, pero no fundándose en la teoría de los actos propios sino en la excepción de falta de legitimación.

<sup>154</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>155</sup> MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 6.

<sup>156</sup> PETRONE, Aldo. *Op. cit.*, pp. 605-606.

<sup>157</sup> ARANA GARCÍA, Estanislao. *Op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>158</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 80.

Compagnucci<sup>159</sup> habla de la *existencia de dos sujetos identificables* y nos dice que resulta imprescindible la existencia de dos sujetos: uno activo o titular de la pretensión contradictoria, y otro pasivo destinatario de la pretensión. El sujeto activo es quien promueve la pretensión y quien asumió anteriormente la conducta que luego contradice. El otro, el sujeto pasivo, es contra quien se dirige la pretensión y es quien debe oponer la defensa que tiene base en la prohibición del *venire contra factum proprium*.

Díez-Picazo<sup>160</sup> señala que la identidad subjetiva presupone que tanto la conducta como la pretensión hayan sido realizadas por una misma persona o bien o que, en caso de haber sido realizadas por personas distintas, deban ser jurídicamente imputables a una misma persona.

Así, el profesor español se coloca en dos escenarios:

- (a) Que una única persona haya realizado la conducta vinculante y haya intentado después la pretensión contradictoria (unidad de persona);
- (b) Que sean personas distintas: la que observó el comportamiento y la que posteriormente intentó la pretensión contradictoria. A pesar de ser dos personas, los actos deben ser jurídicamente imputables a un solo sujeto, caso en el cual existe una diversidad de personas, pero una identidad de sujetos.

El primer escenario no plantea problema alguno. Sin embargo, el segundo suscita dos cuestiones interesantes para analizar; a saber: la sucesión y la representación.

#### 4.3.1. La sucesión

Como hemos visto, el tercer presupuesto no ofrece mayores complicaciones cuando las partes resultan ser efectivamente las

<sup>159</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, p. 1005.

<sup>160</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 231-232.

mismas; sin embargo, dicho presupuesto merece un análisis más profundo frente al fallecimiento de alguna de ellas.

Como punto de partida, este análisis pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿el heredero puede ir contra los actos de su causante?

El artículo 660 del Código Civil Peruano establece que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Al respecto, Albaladejo<sup>161</sup> señala que la herencia -patrimonio que deja el difunto- se compone de una parte activa: los bienes (realmente los derechos sobre ellos) y derechos, y la otra pasiva: las deudas.

Ferrero<sup>162</sup> sostiene que la herencia está constituida por el conjunto de bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento, incluyendo todo lo que el difunto tiene, o sea, el activo; y todo lo que debe, o sea, el pasivo.

Por su parte, Borda<sup>163</sup> -citando a Zannoni- nos dice que la herencia constituye una unidad patrimonial que agrupa situaciones y relaciones jurídicas, activas y pasivas, que se transmiten generalmente inalteradas de difunto a heredero. Asimismo, se transmiten ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial. Esta transmisión se produce en el instante mismo de la muerte. Esto significa que acaece una suerte de sustitución de personas, ubicándose el heredero en el mismo lugar que el causante, asumiendo su mismo carácter, convirtiéndose en propietario, acreedor o deudor. Éste es el fundamento de la tesis que sostiene que el heredero no puede ir en contra de los actos realizados por el causante.

<sup>161</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1997, tomo V, p. 10.

<sup>162</sup> FERRERO COSTA, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1998, p. 49.

<sup>163</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 81.

Así, Petrone<sup>164</sup> afirma que dentro del sistema de sucesión en la persona, resulta incuestionable la aplicación de la doctrina, en tanto que el heredero es colocado en el lugar del causante, cuya personalidad jurídica continúa siendo acreedor y deudor de todo cuanto éste lo fuera.

Sin embargo, esta doctrina no es unánime. Así, Díez de Rivadeneyra<sup>165</sup> sostiene que, si bien por regla general el heredero no puede impugnar los actos del difunto, esta doctrina presenta algunas excepciones: (i) el heredero con beneficio de inventario, sólo está obligado a aprobar los actos del difunto en aquella parte de la herencia que él adquiera; (ii) el heredero, para quien no resta ningún bien hereditario, puede impugnar en todas sus partes los actos de su causante; (iii) el heredero puede impugnar la enajenación hecha por el causante contra una expresa prohibición a causa del orden público o hecha fraudulentamente.

A decir de Ekdahl,<sup>166</sup> a los herederos les afectan los actos propios del causante, y por ende la prohibición de ir en su contra, como si ellos mismos los hubiesen realizado.

Según Díez-Picazo,<sup>167</sup> uno de los fundamentos claves de todo el Derecho Sucesorio es la idea de continuidad de la vida jurídica. Es por ello que, al devenir titular de unos derechos, el heredero queda vinculado por el sentido que al ejercicio de estos derechos había atribuido el causante, de tal manera que un acto de ejercicio, contradictorio con este sentido, debe ser tenido como inadmisible.

Sin embargo, nosotros consideramos que la aplicación del *venire contra factum proprium* debe ser restringida también en el Derecho Sucesorio, en tanto -como ya lo hemos dicho- se trata de una regla que presenta excepciones, como las referidas por Díez de Rivadeneyra.

<sup>164</sup> PETRONE, Aldo. *Op. cit.*, p. 606.

<sup>165</sup> Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>166</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>167</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 234.

Así, el heredero que no ha aceptado la herencia, bien podría impugnar los actos realizados por su causante, en tanto no se presenta esa idea de continuidad de la que nos habla Díez Picazo.

Más aún, el heredero -habiendo aceptado la herencia- bien podría contradecir los actos de su causante si dichos actos hubieren contravenido normas de orden público o si se tratase de un supuesto de nulidad o anulabilidad, tema sobre el cual nos referiremos en extenso en el capítulo V.

En relación al supuesto del beneficio de inventario, debemos precisar que nuestro Código Civil,<sup>168</sup> a diferencia del Código Civil Argentino,<sup>169</sup> no presume la existencia de inventario al momento de aceptar la herencia.<sup>170</sup> El beneficio de inventario constituye un modo de aceptación del heredero, en virtud del cual el patrimonio del causante no se confunda con el de aquél, de manera tal que los bienes heredados se transmiten al heredero separados de sus bienes personales.

<sup>168</sup> El artículo 661 del Código Civil Peruano -al tratar sobre la responsabilidad *intra vires hereditatis*- únicamente señala que «el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial».

<sup>169</sup> El artículo 3363 del Código Civil Argentino establece que toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga.

<sup>170</sup> De igual manera, otras legislaciones no contemplan la presunción del beneficio de inventario. Así tenemos:

El artículo 1245 del Código Civil Chileno establece que «el que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda. Habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario».

El artículo 1282 del Código Civil Colombiano establece que «todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente. Exceptúense las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. Se les prohíbe aceptar por sí solas, aun con el beneficio de inventario».

El artículo 996 del Código Civil Venezolano establece que «la herencia puede aceptarse pura y simplemente o a beneficio de inventario».

Por otro lado, en relación al tema del *venire contra factum proprium* en el Derecho de Sucesiones, debemos referirnos al supuesto en el cual el enajenante de bien ajeno adquiere después, por herencia, el dominio del bien y luego pretende la reivindicación de dicho bien.

En primer lugar, entendemos por venta de bien ajeno -en estricto- a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor, que no es propietario del bien que vende, y un comprador común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

Según refiere Borda,<sup>171</sup> teóricamente tal reivindicación es lícita en tanto que jamás ha existido una verdadera transmisión de la propiedad debido a que el heredero no era aún dueño de la cosa al realizarse la venta.<sup>172</sup>

Sin embargo, el citado profesor argentino entiende que dicho bien no es reivindicable, no en base a la Teoría de los Actos Propios (como sí lo era en el Derecho Romano, como hemos visto en el punto 1.1.4), sino con fundamento en el abuso del derecho que importa vender ilegítimamente como propio algo que no lo es y luego pretender la reivindicación. Con dicha solución, se consolida el título que si bien era imperfecto en su origen (por no tener el vendedor carácter de propietario) se perfecciona con la adquisición de dominio por adjudicación de herencia.

El artículo 1751 del Código Civil Mexicano señala que «si el albacea no cumpliera lo dispuesto en el artículo anterior, podrá promover la formación del inventario cualquier heredero».

El artículo 1023 del Código Civil Boliviano indica que «[...] en ese plazo debe el heredero declarar que acepta la herencia en forma pura y simple, o que renuncia a ella, o que se acoge a los plazos y procedimientos para la aceptación con beneficio de inventario [...]».

<sup>171</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>172</sup> Recordemos que el artículo 1329 del Código Civil Argentino establece que «las cosas ajenas no pueden venderse [...]».

Más aún, debemos tener en cuenta que en el caso argentino, el enajenante no podría demandar la reivindicación del bien, no porque con ello estuviera contradiciendo una conducta anterior (Teoría de los Actos Propios), sino por la existencia de norma expresa que regula dicho supuesto; a saber el artículo 1330 del Código Civil, que establece que «la nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta [...] cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida».

En nuestro ordenamiento jurídico, al no estar prohibida por la ley, es válida la venta de bien ajeno, siempre que el comprador conozca dicha característica; caso contrario, puede rescindir el contrato.<sup>173</sup>

Así, el vendedor de bien ajeno que adquiere la propiedad -en este caso en virtud de la herencia- de dicho bien, no puede reivindicarlo, debido -justamente- a la obligación a la cual se comprometió, es decir, a la de transferir la propiedad de aquel bien que al momento de la celebración del contrato no le pertenecía.

Ello, en la medida de que al contratar una venta de bien ajeno, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero (propietario del bien) transfiera previamente al vendedor su propiedad (a través de una venta, de una donación, de una herencia, etc.). De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.

#### 4.3.2. La representación

El acto propio (o la conducta contradictoria) es aquél realizado espontáneamente por el agente. Pero, además, no sólo es

<sup>173</sup> Artículo 1539. - «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

el ejecutado directamente por el titular del derecho o de la obligación, sino por quien actúa en su nombre con poder contractual o legal para hacerlo, ya que las consecuencias jurídicas y patrimoniales –siempre íntimamente enlazadas– recaen sobre el agente invocado en la relación jurídica.<sup>174</sup>

Aquí la pregunta sería ¿el representado puede ejercer una conducta contradictoria respecto de una primera conducta llevada a cabo por su representante?

Teniendo en cuenta que la representación se configura como la sustitución de una persona en la emisión de una declaración de voluntad, cuyos efectos se producen en la esfera jurídica de otra,<sup>175</sup> se nos presentan dos escenarios; a saber: (i) que la representación involucre dos personas naturales (representante y representado); (ii) que la representación se dé entre una persona jurídica (representado) y una persona natural (representante).

El primero de los escenarios no implica mayor dificultad para su comprensión.

Por el contrario, para el segundo, debemos tener presente que la persona jurídica es un sujeto de derechos y obligaciones; por lo

<sup>174</sup> Nos parece pertinente hacer una breve mención sobre el denominado «acto ajeno», del cual existe cierta relatividad en su definición.

Si la acción de otro está relacionada con la nuestra, su acto no nos es enteramente ajeno; el pago de lo que hemos vendido es acto de otro, pero que ha de hacernos, y, al recibirla, se torna también propio. Además, el tercero es ajeno al acto o contrato de otros dos, pero en el mismo tiene interés, a veces protegido por el Derecho tan sólidamente como, con respecto al acreedor hipotecario, la enajenación que el deudor haga de la finca gravada a otro; y tan no es acto enteramente ajeno al acreedor, que éste amplía su acción contra ese nuevo propietario o poseedor.

Existe también un desdoblamiento en la figura del denominado «acto ajeno». Hay actos ajenos que son nuestros, porque son ajenos a la ejecución, pero propios en el ánimo, ya que su ejecutor, o uno de ellos, actúa en nuestro nombre, por nuestro mandato o ejerciendo nuestra representación, voluntaria o legal. (A mayor abundamiento ver CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, tomo I, 1989, p. 133).

<sup>175</sup> MÜLLER-FREIENFELLS. Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 244.

mismo, no se discute que tiene capacidad de goce, puesto que aquélla constituye un atributo de la personalidad. En lo que respecta a su capacidad de ejercicio, al ser la persona jurídica un ente moral, esto es, una construcción jurídica, necesita de personas naturales a través de las cuales poder actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.

Gierke<sup>176</sup> sostiene que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar, para lo cual se vale de sus órganos sociales y de sus representantes. La persona colectiva quiere y obra por medio de sus órganos. Al igual que la persona física, sólo puede manifestar su actividad por la cooperación de sus órganos corporales; de esa forma el ente social expresa su voluntad y la realiza por medio de órganos.

Espinoza Espinoza<sup>177</sup> indica que es preciso diferenciar la representación orgánica, que corresponde a los directivos de la persona jurídica y en la que los poderes se otorgan al cargo u órgano, de la representación voluntaria, en la que el poder de representación se confiere a una persona con independencia de su relación con dicha persona jurídica.

En consecuencia, y refiriéndonos a ambos escenarios, debemos señalar que el representante actúa por su representado y como si fuera el representado mismo. No hay diferencia entre dos actos, uno realizado por sí mismo y otro realizado por otro sujeto, pero que actúa en nombre de quien representa.

Díez Picazo<sup>178</sup> señala que la conexión entre la doctrina de los actos propios y la figura de la representación, puede presentarse bajo dos supuestos diversos: (a) el representante ejerce una pretensión que es contradictoria con la anterior conducta del

<sup>176</sup> Citado por OTERO, Claudia y Fiorella PIÑERO. *Fundamentos de la Responsabilidad Civil Extracontractual de las Personas Jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 38.

<sup>177</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica». En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales, 1998, n.º 17, año XLVIII, p. 197.

<sup>178</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 243.

representado; (b) a la inversa, es el representado quien intenta una pretensión que es contradictoria con la conducta de su representante.

Para el citado autor, en el primero de los supuestos mencionados, no plantea problema alguno la aplicación de la regla de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria. El segundo, en cambio, suscita la cuestión de si la conducta del representante vincula y coarta un posterior ejercicio del derecho.

Por su parte, en torno a la relación entre la Teoría de los Actos Propios y la representación, Ekdahl<sup>179</sup> nos dice que en virtud de esta última, los efectos jurídicos de los actos efectuados por el representante radican en la persona del representado, lo que entraña para éste el deber jurídico de respetarlos. A la inversa, al representante, en su calidad de tal, también le está vedado vulnerar los actos propios de su representado.

La citada profesora precisa que para la acertada configuración de la prohibición que nos ocupa, es importante saber distinguir claramente los actos que son representativos, de aquellos que se realizan a título personal.

Así, al representante como tal le son inoponibles, como contradictorios, los actos que con anterioridad ha efectuado a nombre propio; asimismo, la pretensión formulada por el representante a título personal no puede ser impugnada a razón de actos que él mismo ha efectuado en calidad de representante legal de otra persona. Tal disparidad de actitud no constituye –en caso alguno– verdadero *venire contra factum proprium*.

Al respecto, Borda<sup>180</sup> nos dice que pretender desconocer los actos realizados por el representante importa ir contra los propios actos. Se trate de actos realizados por derecho propio o por intermedio de un representante, es siempre la misma persona la afectada por esos actos, es decir, se afecta siempre un mismo interés.

Continúa el citado autor señalando que un representante no puede ir en contra de los actos ejecutados por su representado. Las razones son las mismas; el representante actúa en nombre de su representado, pero en realidad es el representado mismo quien actúa, haciéndolo por intermedio de su representante. Mal podrá contradecirse los actos ejecutados por el mismo representado, en forma personal, con anterioridad.

En cambio, no se va contra los propios actos cuando el representante, que actúa como tal, pretende algo contrario a los actos efectuados en nombre propio. Tampoco existe *venire contra factum proprium* cuando se realiza una pretensión a nombre propio contraria a una conducta anterior ejecutada como representante. En estas situaciones no se vulnera la teoría de los actos propios, toda vez que en realidad no son los mismos sujetos los que realizan los actos, y éste es un requisito imprescindible (identidad de sujetos) para que pueda ser aplicada la citada teoría.

Finalmente, queda por indagar si la prohibición que pesa sobre el representado de realizar una conducta contradictoria respecto de la efectuada por su representante en carácter de tal, rige aun para los actos que hubieran sido ejecutados en contra de la voluntad del propio representado.

Borda<sup>181</sup> cree que sí, ya que –según este autor– la conducta contradictoria sigue siendo inadmisible porque el perjudicado es siempre la contraparte que de buena fe ha mantenido la relación jurídica con ese representante. El derecho que le cabe al representado es accionar por daños y perjuicios contra su representante.

En la misma línea, Ferson<sup>182</sup> señala que si alguien da lugar a que otro tenga el poder de representarle, no puede negar la existencia de semejante poder o autorización frente a quien ha obrado a base de confiar en la apariencia de dicho poder.

<sup>179</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>180</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>181</sup> BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>182</sup> Citado por PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 123.

Nosotros coincidimos en que si el representante actúa en contra de la voluntad del representado, éste no podrá contradecir los actos, siempre que el representante haya actuado dentro de los poderes otorgados y que dichos actos no adolezcan de alguna causal de nulidad, anulabilidad o ineficacia. Caso distinto será si el representante actuó violando o excediendo las facultades otorgadas por el representado, en donde el representando sí podría impugnar dichos actos, tal como lo establece el artículo 161 del Código Civil.<sup>183</sup>

<sup>183</sup> **Artículo 161.** - «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

## CAPÍTULO V

### SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE APLICA LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

Ya hemos visto en el tercer capítulo que la Teoría de los Actos Propios no puede ser considerada como un principio general de Derecho, en la medida de que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones.

En dicho capítulo dimos un panorama general en torno a la naturaleza jurídica de la Teoría de los Actos Propios, correspondiendo -en este momento- ver cuántos y cuáles son los supuestos de excepción que convierten a la Teoría de los Actos Propios es una simple regla de Derecho. Ello es relevante en la medida de que en nuestros tribunales ordinarios y arbitrales, las partes en conflicto muchas veces hacen un uso indiscriminado de la Teoría de los Actos Propios, sin siquiera conocer el contenido y los alcances de dicha teoría.<sup>184</sup>

Al respecto, Rogel Vide<sup>185</sup> sostienen que la Teoría de los Actos Propios es utilizada con mucha frecuencia en los tribunales cuando los abogados no tienen argumentos. Este desmedido uso de la referida doctrina ha hecho que no exista una prolífica jurisprudencia y menos aún un tratamiento uniforme.

<sup>184</sup> En relación a este punto, Puig Brutau -refiriéndose a la jurisprudencia española- ya señalaba que en la aplicación de la doctrina de los actos propios existe el mayor desconcierto, pues no se evidencia la deseable claridad y precisión acerca de sus fundamentos y de los límites de su actuación (PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 97).

<sup>185</sup> ROGELVIDE, Carlos. *Principio de la Buena Fe y Doctrina de los Actos Propios*. En el III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado. Córdoba, 19, 20 y 21 de octubre de 2005.

La falta de un análisis meditado de esta figura ha contribuido a que muchas veces se emplee de manera indiscriminada o abusiva.

López Mesa y Rogel Vide<sup>186</sup> se lamentan de que siga siendo cierta aquella afirmación que hizo el profesor Carlos de Haro, en los albores del desarrollo de la doctrina, al sostener que «es una fórmula que como axioma de Derecho continuamente se alega en los Tribunales sin conciencia de su contenido».

La Teoría de los Actos Propios no puede ser aplicada automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio en el comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses.

Si se partiera de la idea de que nunca una persona puede tener una conducta contradictoria con alguna conducta suya anterior o afirmar determinadas cosas que antes negó o negar determinadas cosas que antes afirmó, tendríamos como resultado una sociedad en donde los tribunales de justicia estarían *pintados en la pared*.

Decimos esto, pues, salvo supuestos muy raros y, por tanto, excepcionales, además -obviamente- de los casos de responsabilidad civil extracontractual, nunca alguien podría demandar a otro, pues, de seguro, en algún momento estuvieron de acuerdo y pensaron lo mismo.

Finalmente, y antes de iniciar el estudio de cada uno de los supuestos en los que no cabría alegar la Teoría de los Actos Propios, debemos mencionar que ya en 1987 -unos años después de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina, en donde se terminó por imponer definitivamente el concepto de la Teoría de los Actos Propios-, se realizó en el Chaco un nuevo encuentro en donde se concluyó que la Teoría de los Actos Propios requiere -aparte de los presupuestos desarrollados en el Capítulo IV de nuestro estudio- que «no existe una causa de justificación, es decir, que la ley no legitime el comportamiento contradictorio».<sup>187</sup>

<sup>186</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>187</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 101.

## 5.1. La Teoría de los Actos Propios y la nulidad

No cabe duda de que el primer gran tema en donde se cuestiona de una manera radical la posibilidad de aplicar la Teoría de los Actos Propios es aquél en el cual nos encontramos en presencia de un acto jurídico nulo, en cuya validez creyeron, al momento de su celebración, ambos contratantes.

En ese sentido, es posible que luego de celebrado el acto, una de las partes sostenga o invoque tal nulidad, lo que podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte.

A tal efecto, vamos a analizar los supuestos de nulidad contemplados por el Código Civil Peruano, a fin de ver su relación con la Teoría de los Actos Propios.

### 5.1.1. El acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres

Como sabemos, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Según Vidal Ramírez,<sup>188</sup> el artículo V es una norma que constituye un principio general de Derecho que subordina la autonomía de la voluntad o autonomía privada al orden público -que comprende a las buenas costumbres-, en cuanto declara la nulidad del acto, o si se quiere del negocio jurídico, que pretende producir efectos que le sean contrarios y advierte que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sólo si está enmarcada dentro del orden público.

Así, las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad.

<sup>188</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico».

En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, tomo I: Título Preliminar, p. 237.

Espinoza Espinoza,<sup>189</sup> citando a Messineo y Bianca, señala que el orden público es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas.

En cambio, las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social. También se las conceptúa como los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro.

En consecuencia, la contravención a las normas de orden público genera la nulidad absoluta del acto jurídico. Esta nulidad es la denominada nulidad virtual, en cuanto deriva de la violación del orden público y no de una causal específica o textual. Y, precisamente, por ser una nulidad que se fundamenta en el orden público puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público; asimismo, puede ser declarada de oficio por el juez y no puede subsanarse por la confirmación.<sup>190</sup>

Dentro de tal orden de ideas, imaginemos que dos personas celebran un contrato que es manifiestamente contrario a normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Ambos contratantes, al momento de su celebración, están absolutamente convencidos de que los actos que constituyen

objeto de sus obligaciones, no son contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres.

Tanto así, que ejecutan buena parte de las obligaciones nacidas de ese contrato, intercambiando diversas prestaciones (pago de dinero, transferencia de propiedad de otros bienes, etc.).

Podríamos preguntarnos qué pasaría si es que en algún momento de la ejecución de ese contrato o incluso cuando hubiese finalizado dicha ejecución, una de las partes descubriera -y se convenciera de ello- que en realidad el contrato celebrado sí era contrario a normas expresas de orden público o a las buenas costumbres.

E imaginemos también qué pasaría si esa parte decide recurrir a los tribunales de justicia demandando la nulidad del contrato por la mencionada causal.

No nos cabe la menor duda de que en este caso sería irrelevante que la contraparte haya invocado la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que aquello que está en juego es un asunto de carácter imperativo y de orden público, es decir, un asunto que el Derecho hace suyo independientemente de cuál sea la interpretación, criterio o voluntad de las partes que desean celebrar actos que contravengan dichas normas.

De lo contrario, tendríamos que afirmar que en virtud de la supuesta -y negada por nosotros- aplicación de la Teoría de los Actos Propios, el juez tendría obligatoriamente que declarar infundada la demanda, en razón de que quien la interpuso, alguna vez sostuvo lo contrario de lo que sostiene ahora, a pesar de que el acto o contrato cuya nulidad se invoca, sea manifiestamente contrario al orden público o a las buenas costumbres, configurando el supuesto de nulidad establecido por el citado artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Siguiendo la misma línea expuesta, López Mesa y Rogel Vide<sup>191</sup> señalan que es inaplicable la Teoría de los Actos Propios en

<sup>189</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 54-56.

<sup>190</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 251.

aquellos casos en que el primer acto versase sobre una cuestión de orden público, indisponible para las partes.

Como vemos, ésta es una primera y notable excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

### 5.1.2. *El acto jurídico en donde falte la manifestación de voluntad del agente*

Como se recuerda, el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

La manifestación de voluntad constituye un requisito de validez y ella misma es la conclusión del proceso formativo de lo que Vidal Ramírez denomina como *voluntad jurídica*, que es el resultado de la voluntad interna y de la voluntad exteriorizada o manifestada.<sup>192</sup>

Escobar Rozas<sup>193</sup> nos dice que, en general, la ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de referir o imputar eficazmente dicha manifestación a su pretendido autor. Por tanto, se tiene falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos:

- (a) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración (en virtud de la cual se «celebra» el negocio) carece de existencia jurídica.
- (b) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada.
- (c) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia negocial. Esto sucede en tres supuestos genéricos; a saber:

<sup>192</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, vol. II, tomo III, pp. 779-780.

<sup>193</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Causales de nulidad de absoluta». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 916-917.

- En caso de que la manifestación no sea negocial, esto es, en caso de que la misma no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses.
- En caso de que la manifestación no sea «seria», esto es, en caso de que la misma no demuestre la existencia de la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado. Evidentemente, tal intención debe ser objetiva y razonablemente perceptible por terceros. La falta de seriedad se presenta, por ejemplo, cuando el sujeto actúa con fines didácticos o lúdicos.
- En caso de que la manifestación dirigida a concluir un contrato no «concuerde» con la de la otra parte (disenso).
- (d) Cuando la manifestación de voluntad ha sido «arrancada» por la presión física ejercida sobre el sujeto.

Sin embargo, debemos precisar que no en todos los supuestos en los que falte manifestación de voluntad estaremos ante un acto nulo. Existen otros supuestos en los cuales la sanción es la anulabilidad del acto, los mismos que serán analizados más adelante.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos imaginar un supuesto en el cual una persona crea o tenga entendido equivocadamente que su padre -ya fallecido- celebró un determinado contrato y que tal persona, en su condición de heredero universal de su padre, debe cumplir con las obligaciones emanadas de dicho contrato.

Imaginemos también que el mencionado heredero ha venido cumpliendo con buena parte o casi todas las obligaciones supuestamente contraídas por su padre en el citado contrato, hasta que descubre que en realidad la firma que aparece en el documento que contiene tal contrato, no es la firma de su padre, pues la misma ha sido burdamente falsificada.

Acaso sería posible sostener que por el hecho de haber ejecutado buena parte de las obligaciones emanadas de ese contrato y por el hecho de haber sostenido -de palabra y por los hechos- que el referido acto jurídico era válido y eficaz, el

mencionado heredero se encuentre impedido de demandar la nulidad de dicho acto jurídico, luego de que descubra que su padre nunca lo celebró, es decir, luego de que descubra que faltaba la manifestación de voluntad del agente, requisito indispensable para la validez de todo acto jurídico.

Y es evidente que nada le impediría proceder de esta manera, al igual que resulta evidente que los jueces deberían declarar fundada su demanda, a pesar de que aquel que sí celebró ese acto, invocara que el heredero estaría actuando contra la Teoría de los Actos Propios, al sostener hoy que dicho contrato era nulo, cuando antes sostuvo lo contrario.

Como puede apreciarse, ésta constituye una segunda excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios.

#### 5.1.3. *El acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz*

Como se recuerda, el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.<sup>194</sup>

Valencia Zea<sup>195</sup> señala que el término «capacidad» (de *capacitas*), en su más amplia acepción indica *aptitud* para ser sujeto de derecho, por una parte, y *aptitud* para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos, por otra. De aquí surge un dualismo fundamental en materia de capacidad: aptitud o capacidad para ser sujeto de las relaciones jurídicas, especialmente de los derechos subjetivos, y capacidad para obrar jurídicamente, introduciendo cambios o modificaciones en las relaciones jurídicas de las que se es sujeto.

<sup>194</sup> **Artículo 1358.** - «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

<sup>195</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1989, pp. 397-398.

Continúa el citado autor afirmando que la «capacidad jurídica» o «de derecho» se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona. En cuanto se refiere a los derechos civiles de orden patrimonial, toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene «capacidad jurídica», vale decir, que tanto el infante como el loco, tanto las personas físicas como las personas jurídicas, pueden ser titulares de esos derechos.

Pero no toda persona que tenga «capacidad jurídica» respecto a los derechos civiles patrimoniales, tiene la «capacidad de ejercicio» de los mismos. En efecto, para ejercer un derecho civil patrimonial mediante un negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada. Así, un infante o un loco tienen capacidad jurídica, pero no capacidad de obrar.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Albaladejo,<sup>196</sup> quien sostiene que la capacidad jurídica la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella. La capacidad jurídica que el Derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos. En cambio, la capacidad de obrar, como aptitud reconocida por el Derecho para realizar en general actos jurídicos, ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen.

Según Raúl Ferrero Costa,<sup>197</sup> la capacidad de derecho o de goce consiste en la aptitud para ser titular de un derecho. Todas las personas, por el hecho de nacer con vida tienen capacidad de goce o de disfrute. En tanto que la capacidad de ejercicio o de obrar es la capacidad mediante la cual se tiene aptitud para adquirir y para ejercer con la propia voluntad, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo,

<sup>196</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1996, vol. I, tomo I, p. 226.

<sup>197</sup> FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Rocarme S.A., 1974, pp. 99-101.

obligaciones jurídicas. Esta capacidad permite realizar actos y negocios de naturaleza personal o patrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, se entiende que la incapacidad absoluta a que se refiere la causal contemplada en el inciso 2 del artículo 219 es la incapacidad de ejercicio y no la de goce.

¿Qué pasaría si un incapaz absoluto celebra un contrato y, siendo incapaz, sostiene de palabra y en la ejecución del propio contrato, conductas que inequívocamente indiquen que dicho contrato era válido?

Concretamente, nos imaginamos, en estricta aplicación de los supuestos del artículo 43 del Código Civil,<sup>198</sup> que un menor de dieciséis años celebre un contrato de compraventa sobre una casa, sostenga su validez, ejecute la prestación que como comprador le correspondía, pague el precio y cumpla con todo aquello que debe ejecutar un contratante leal, honesto y de buena fe.

Imaginemos también que una vez cumplida la mayoría de edad, dicho comprador se entere de que el acto que había celebrado era nulo y además descubra, por añadidura, que las condiciones económicas de dicho acto le fueron verdaderamente desventajosas.

No cabe duda de que el hecho de que una parte se arrepienta de haber celebrado un acto, porque las condiciones económicas en que lo celebró no fueron óptimas, no constituye argumento jurídico suficiente como para impugnar dicho acto ante los tribunales, habida cuenta de que la ley no faculta -salvo casos excepcionales- el arrepentimiento de los contratantes.

Pero, nada impediría al comprador de nuestro ejemplo impugnar el contrato que celebró cuando era un incapaz absoluto,

<sup>198</sup> Artículo 43.- «Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

no amparado en el hecho de que el negocio no le convino, sino amparado en el hecho de que el contrato era jurídicamente nulo.

En este sentido, mal podría su contraparte -el vendedor- sostener que la conducta de dicho comprador resulta absolutamente contradictoria, e incluso sostener que está promoviendo la nulidad del contrato porque considera que no le convienen las condiciones económicas en que lo celebró.

Todo esto puede que sea cierto, es decir, puede que verdaderamente haya ocurrido un notorio y radical cambio de conducta en dicho comprador, pero en tanto y en cuanto ese cambio de conducta esté amparado en una norma expresa de la propia ley, no resulta aplicable la Teoría de los Actos Propios, sino la nulidad del contrato.

Este tercer supuesto de excepción a dicha teoría va ratificando que, dentro del ordenamiento jurídico peruano, la Teoría de los Actos Propios tiene un carácter absolutamente residual, en la medida de que se aplicará sólo si no fuere contradictoria con otros principios de Derecho que regulen expresamente supuestos en donde se otorguen derechos a los particulares y en tanto y en cuanto dichos particulares los puedan hacer valer.

También podríamos citar como ejemplo dentro de este supuesto el de una persona que celebre un contrato, encontrándose privada de discernimiento.

Como se recuerda, el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, establece que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

En ese sentido, si una persona privada de discernimiento celebrara un contrato, sostuviese su validez y lo ejecutara completamente, mal podría sostenerse que al momento de recuperar el discernimiento, dicha persona no pueda sostener, precisamente en virtud de lo establecido de manera expresa por el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil y por lo establecido en el también citado inciso 2 del artículo 219 del referido Código, que el acto celebrado es nulo, por más de que esta última alegación constituya una conducta contradictoria con respecto a su proceder anterior.

Esto significa que ningún juez podría declarar infundada su demanda de nulidad, por considerar que alguna vez con su conducta, demostró creer en todo lo contrario de aquello en lo que hoy cree.

Finalmente, dentro de los alcances de la excepción a la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, contenida en el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, debemos referirnos a los alcances del inciso 3 del artículo 43 del acotado Código, cuando establece que son absolutamente incapaces los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

En tal sentido, si estuviésemos en presencia de una de estas tres personas que hubiera celebrado un contrato e incluso hubiere procedido a ejecutarlo, resultaría total y absolutamente razonable y congruente con la lógica y la razón, que su representante legal (curador) pueda demandar ante los tribunales de justicia, que el acto jurídico celebrado por su representado, estaba viciado de nulidad.

En ese caso queda absolutamente claro que ningún juez podría amparar a su contraparte contractual cuando le diga que la conducta de dicho incapaz y de su representante a lo largo del tiempo, han sido conductas contradictorias.

#### 5.1.4. *El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable*

Como se recuerda, en virtud de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Vidal Ramírez<sup>199</sup> nos dice que la imposibilidad física supone, pues, la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización. La imposibilidad jurídica,

<sup>199</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 785.

que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico. La indeterminabilidad del objeto está referida a la imposibilidad de identificar los bienes o intereses inmersos en la relación jurídica.

Osti y Betti<sup>200</sup> señalan que el objeto del negocio es físicamente imposible, en general, cuando en el plano de la realidad física, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas. Ahora bien, se distingue, por un lado, entre una imposibilidad física «absoluta» y una imposibilidad física «relativa»; y, por el otro, entre una imposibilidad «objetiva» y una imposibilidad física «subjetiva».

La imposibilidad física «absoluta» constituiría un impedimento que no puede ser vencido por la fuerza humana, en tanto que la imposibilidad física «relativa» constituiría un impedimento que sólo puede ser vencido empleando un esfuerzo superior al ordinario.

Por su parte, la imposibilidad física «objetiva» constituiría un impedimento que determina que nadie pueda ejecutar la regla negocial, mientras que la imposibilidad física «subjetiva» constituiría un impedimento que determina que el deudor no pueda ejecutar la regla negocial.

En torno a la imposibilidad jurídica, Escobar Rozas<sup>201</sup> afirma que estaremos ante una imposibilidad jurídica, cuando en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado (jurídico) no previsto por el ordenamiento (piénsese en la constitución de una hipoteca sobre un bien mueble o en la enajenación de un bien que se encuentra fuera del comercio) o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último para la obtención del efecto deseado (piénsese en la necesidad de no tener deudas cuyo pago pueda verse perjudicado con el patrimonio familiar que se desea constituir).

En relación al objeto, Ferrero Costa<sup>202</sup> sostiene que debe ser determinado o al menos determinable, ya que en caso contrario

<sup>200</sup> Citados por ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 918.

<sup>201</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 920.

<sup>202</sup> FERRERO COSTA, Raúl. *Op. cit.*, p. 147.

queda incierto, vago, el *quid* sobre el que recae la declaración de voluntad. A falta de determinación, al momento mismo de la conclusión del negocio, es preciso por lo menos la determinabilidad, la que presupone que se haya establecido un medio objetivo de determinación.

En consecuencia, entendemos que el objeto al momento de la celebración del acto jurídico no debe estar necesariamente determinado o individualizado. Basta que las partes hayan acordado los criterios idóneos para -en un momento posterior- determinar el objeto que en un principio era determinable.<sup>203</sup> En tal sentido, si las partes no acordaron esas especificaciones mínimas para determinar el objeto, nos encontraríamos ante un caso de indeterminabilidad del objeto, que el Código Civil sanciona con nulidad.

Dentro de tal orden de ideas, un ejemplo de acto jurídico con objeto físicamente imposible, es el de un contrato en el cual una parte se obliga a entregar a otra -de inmediato- un dinosaurio vivo.

Y es un objeto físicamente imposible, en la medida de que, como todos sabemos, no existe ningún dinosaurio vivo.

¿Acaso sería posible que el acreedor de dicho dinosaurio invocara la Teoría de los Actos Propios en contra del deudor que plantee judicialmente la nulidad del acto, debido a que en determinado momento de la relación contractual sostuvo que el mismo tenía un objeto físicamente posible?

Evidentemente que no, pues más allá de lo que haya pensado dicho deudor, e independientemente de que el mismo, por las razones que fuere, hubiese cambiado de opinión en torno a la validez o nulidad de dicho acto jurídico, ante la existencia de una causal expresamente contenida en la ley, los jueces deberían declarar fundada dicha nulidad, habida cuenta de que nos encontramos ante una excepción a la Teoría de los Actos Propios y ante una norma de orden público.

<sup>203</sup> Así, el artículo 1142 del Código Civil Peruano establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

Lo propio ocurriría en los otros dos supuestos contemplados por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, es decir, cuando nos encontráramos frente a un acto de objeto jurídicamente imposible o indeterminable.

Como sabemos, la posibilidad jurídica de un acto se relaciona directamente con la capacidad de que el acto celebrado por las partes cumpla con la finalidad jurídica deseada por ellas.

En tal sentido, de existir un contrato de objeto jurídicamente imposible, mal podríamos sostener que por más de que las partes hubiesen pensado en un principio que dicho objeto era posible jurídicamente y sólo una de ellas hubiese cambiado de opinión, alegando ahora su nulidad, por el hecho de esa contradicción en la conducta de esa parte, resultara aplicable al caso la Teoría de los Actos Propios.

Lo mismo podríamos argumentar en caso nos encontráramos frente a un contrato de objeto indeterminable, como sería aquél en el cual resultara imposible conocer en qué consisten las obligaciones contraídas por los contratantes.

Como sabemos, el Derecho de Obligaciones y Contratos parte de la idea de que debe conocerse con claridad a qué se obligan el deudor (para que sepa qué es lo que tiene que cumplir) y el acreedor (para que sepa qué es lo que puede exigir), de tal manera que resultará imposible la sola existencia de una obligación que carezca de objeto susceptible de determinación.

En ese sentido, si cuando celebraron un contrato ambas partes consideraban que una de las obligaciones tenía objeto determinable, pero en realidad no lo tenía y una de esas partes, convencida de esta última situación, demandara la nulidad del contrato por objeto indeterminable, entonces, resultaría evidente que los tribunales de justicia deberían amparar dicha nulidad declarándola fundada, debiendo rechazar cualquier invocación de la Teoría de los Actos Propios.

### 5.1.5. El acto jurídico nulo por fin ilícito

Como se recuerda, de conformidad a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito.

En primer lugar, debemos señalar que el término *fin* -en materia de actos jurídicos y contratos- está relacionado al concepto de causa.<sup>204</sup> La causa es un elemento del acto jurídico que implica necesariamente un doble aspecto: un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo.

En relación al aspecto objetivo, Lizardo Taboada<sup>205</sup> señala que la causa es entendida como la finalidad típica del acto jurídico, o en su función jurídica, o en su función económica y social, o en la razón económica y jurídica de la misma, etc. En este sentido, la causa del contrato es definida como la función económica y social que el Derecho reconoce relevante para sus fines y que únicamente justifica la tutela de la autonomía privada.

Según Rómulo Morales,<sup>206</sup> la causa -desde la perspectiva objetiva- debe ser conforme no sólo a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también debe estar de acuerdo con la necesidad de que el fin intrínseco del acto jurídico sea socialmente apreciable y digno de protección.

En relación al aspecto subjetivo, los Mazeaud<sup>207</sup> señalan que la causa es entendida como la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato.

<sup>204</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 336.

<sup>205</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>206</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. «La causa del contrato en la dogmática jurídica». En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 391.

<sup>207</sup> MAZEAUD, Henri, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de la edición francesa por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1978, segunda parte, vol. I, p. 292.

Para Lizardo Taboada,<sup>208</sup> la causa -desde su aspecto subjetivo- permite la incorporación de los motivos concretos y determinantes de los sujetos, cuando los mismos se conviertan en la base o razón exclusiva y determinante de la celebración del negocio jurídico. Esto significa que la noción de causa da cabida al concepto del propósito práctico como razón determinante de la celebración del acto jurídico.

Dentro de tal orden de ideas, la causa se configura tomando en cuenta tanto su aspecto objetivo como su aspecto subjetivo, por lo que la licitud de la misma se producirá siempre que los dos aspectos de la causa resulten de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La causa ilícita se configura cuando la causa en su aspecto subjetivo ha incorporado motivos ilícitos, que determinan la nulidad del acto jurídico. Es así que en todo acto jurídico deberíamos encontrar un fin o un motivo que sea el que haya impulsado a las partes a celebrarlo, de tal manera que ese fin de carácter subjetivo, representa una valoración interna del sujeto antes de expresar su voluntad.

De esta manera, se establece que en la causa o fin se produce la conjunción, tanto del aspecto subjetivo como del aspecto objetivo de la causa; por tanto, cuando este primer aspecto no se condice con el ordenamiento jurídico y lo vulnera, se habrá configurado una causa o fin ilícito, que determinará que el acto jurídico resulte nulo.

Al respecto, Taboada<sup>209</sup> afirma que la doctrina moderna considera que el aspecto netamente subjetivo de la causa permite incorporar los motivos ilícitos de la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

En torno a este punto, Vidal Ramírez<sup>210</sup> señala que el *fin lícito* consiste en la orientación que se le dé a la manifestación de

<sup>208</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>209</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>210</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 785.

voluntad, esto es, que ésta se dirija, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados por el Derecho objetivo. Pero si la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal amparo, por cuanto la intención del o de los celebrantes que le da contenido, tiene una finalidad ilícita, es que se produce la nulidad absoluta del acto. Ello ocurriría, por ejemplo, si dos o más personas se vinculan por un acto jurídico con la finalidad de traficar con estupefacientes.

Creemos que en este caso, la imposibilidad de aplicar la Teoría de los Actos Propios resulta más que manifiesta, en la medida de que para los tribunales de justicia debe resultar absolutamente irrelevante el hecho de que una de las partes que celebren el acto o contrato hubiese sostenido durante un tiempo su validez e incluso hubiera procedido a cumplir con las prestaciones nacidas de dicho acto.

La Teoría de los Actos Propios no puede prosperar frente a disposiciones de orden público, como es el caso de las nulidades y, menos aún, frente a supuestos en donde esté de por medio la nulidad por el fin ilícito del acto.

Creemos que éste es el ejemplo por excelencia en donde prevalecen los preceptos de nulidad por sobre cualquier consideración relativa a la Teoría de los Actos Propios.

Estimamos, incluso, que sostener la aplicación de dicha teoría en este caso, no sólo devendría en improcedente, sino hasta en ridículo.

#### *5.1.6. El acto jurídico nulo por adolecer de simulación absoluta*

El inciso 5 del artículo 219 del Código Civil Peruano establece que el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

En el Código Civil de 1936, la simulación -ya sea absoluta o

relativa- era considerada como causal de nulidad relativa.<sup>211</sup> Sin embargo, ello cambió con el Código Civil de 1984.

La simulación es un acto aparente, el mismo que no refleja la verdadera voluntad de las partes.

Palacios Martínez<sup>212</sup> señala que la moderna doctrina conceptúa a la simulación como el acuerdo entre dos o más partes, para realizar una actividad negocial meramente aparente, a la que no corresponde una efectiva regulación de intereses de las partes o a la que le corresponde una autorregulación de intereses diversa. La simulación implica la ostentación de un negocio jurídico aparente y el ocultamiento de la real intención de las partes de no concluir o concluir un negocio diverso de aquel aparente y, por ende, productivo de efectos distintos en sus relaciones recíprocas.

Escobar Rozas<sup>213</sup> señala que la simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingen celebrar un negocio. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingen celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

Así, la simulación requiere la presencia de un negocio jurídico simulado y de un acuerdo simulatario. El primero es el que está dirigido a crear la situación de apariencia. El segundo es el que recoge la real voluntad de las partes (de no quedar vinculadas por negocio alguno o de quedar vinculadas por un negocio distinto del que aparentan celebrar).

De esta manera, el artículo 190 del Código Civil establece que por la simulación absoluta, se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo, y, por su parte, el artículo 191 establece que cuando las partes han querido

<sup>211</sup> El artículo 1125, inciso 2 del Código Civil de 1936 establecía que «El acto jurídico es anulable por vicio resultante del error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude».

<sup>212</sup> PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 145.

<sup>213</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 922.

concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

En ese sentido, consideramos que la nulidad establecida en el inciso 5 del artículo 219 del Código Civil debe prevalecer por sobre cualquier consideración relativa a la Teoría de los Actos Propios.

Esto equivale a decir que por más de que una de las partes hubiese sostenido, incluso en reiteradas ocasiones, la validez de un contrato que ha celebrado con otra parte en simulación absoluta, esto no significará que una vez que dicho contratante cambie de opinión y, por cualquier consideración, estime conveniente demandar la nulidad de dicho acto jurídico, tenga todo el derecho de hacerlo, debiendo desechar los tribunales de justicia, cualquier eventual aplicación de la Teoría de los Actos Propios por sobre la nulidad.

Coincide con nosotros Vidal Ramírez,<sup>214</sup> al señalar que pueden ejercitarse la acción de nulidad por simulación los propios simulantes del acto, en cuyo caso, uno será el actor y el otro el demandado.

#### 5.1.7. *El acto jurídico nulo por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad*

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como bien señala Ferrero Costa,<sup>215</sup> por norma general, las declaraciones de voluntad pueden formularse por cualquiera de los medios que sirven para hacerse entender. Estos medios de los que la declaración se vale para llegar a conocimiento de otros, constituyen, en un sentido amplio, la forma de la declaración. Mas

existe otro sentido, técnico, en que el nombre de *forma* se reserva para designar la exteriorización que el acto ha de revestir por imperio de la ley o por voluntad de las partes.

La forma puede ser de dos clases: (i) cuando se exige por el ordenamiento bajo sanción de nulidad, estamos ante una forma solemne o *ad solemnitatem*; (ii) cuando se requiere una forma sólo para efectos probatorios, estamos ante una forma no solemne o *ad probationem*.

Para ciertos actos jurídicos, la ley impone determinada forma, que va acompañada de la sanción de nulidad en caso de su incumplimiento; a saber: el artículo 156, que establece la forma del poder para realizar actos de disposición; el artículo 295, que establece la forma cuando los cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios; el artículo 675, para la renuncia de la herencia; el artículo 1207, que establece la forma para la cesión de derechos, entre otros supuestos.

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil se refiere a la forma *ad solemnitatem*, ya que no es posible que las partes puedan acordar apartarse de la forma impuesta por la ley.

En tal sentido, imaginemos el caso de un contrato de donación de bien inmueble, el mismo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1625 del Código Civil,<sup>216</sup> debe cumplir, entre otros requisitos formales, con estar elevado a escritura pública bajo sanción de nulidad.

Imaginemos también que ambas partes redactaron un documento privado en el que constaba esa supuesta donación y nunca lo elevaron a escritura pública.

Imaginemos también que ambas partes han sostenido durante mucho tiempo que el contrato que celebraron era válido.

Imaginemos también que el donante, una vez que toma conocimiento de la ausencia del requisito formal, considera que

<sup>214</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 562.

<sup>215</sup> FERRERO COSTA, Raúl. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>216</sup> Artículo 1625. - «La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad».

verdaderamente el acto que celebró era nulo y, finalmente, imaginemos que demanda ante los tribunales de justicia el que se declare tal nulidad.

En la eventualidad de que el donatario alegara contra el donante la Teoría de los Actos Propios, resulta evidente que dicha teoría no debería prosperar, en la medida de que jamás podrían hacerse prevalecer sus consideraciones, esbozadas a título de supuesto principio del Derecho (que como ya hemos visto sólo se trata de una simple regla de Derecho), en contra de una norma imperativa y de orden público, que exige un requisito formal ausente y que sanciona dicha ausencia con nulidad absoluta.

#### 5.1.8. *El acto jurídico nulo por declararlo así la ley*

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

Con esta precisión efectuada en la norma anotada, la ley toma las precauciones del caso en torno a determinadas nulidades para supuestos específicos en los que la ley declara una situación como ésa.

Se trata de un remedio que la ley prevé para determinadas situaciones en particular, que no se encuentran dentro de las reglas generales del artículo 219 del propio Código.

A entender de Vidal Ramírez,<sup>217</sup> se trata de una facultad o, más propiamente, potestad, que se reserva el legislador pero que tiene que ponerla de manifiesto en los textos legales. Sólo si el acto celebrado queda comprendido en la norma que ha previsto la nulidad, se produce ésta. Desde luego, debe tratarse de una norma ya vigente en el momento de celebrarse el acto y no de una norma legal que se dicta para declararlo nulo. Se trata, pues, de una nulidad expresamente prevista.

<sup>217</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 787.

En este sentido, tampoco podría prevalecer la aplicación de la Teoría de los Actos Propios en contra de una nulidad expresa y, por tanto, de orden público, establecida en la ley.

Esta línea de pensamiento es seguida por López Mesa y Rogel Vide,<sup>218</sup> quienes sostienen que la Teoría de los Actos Propios no es aplicable cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por la ley.

La invocación de la Teoría de los Actos Propios respecto de negocios afectados de nulidad es cuestión controvertida, inclinándose la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo Español por dar una respuesta negativa a su aplicación.<sup>219</sup>

Finalmente, queremos concluir nuestro análisis de la Teoría de los Actos Propios y la nulidad, citando un fallo español, en donde se señaló que «la Teoría de los Actos Propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervenientes».<sup>220</sup>

#### 5.2. *La Teoría de los Actos Propios y la anulabilidad*

Como sabemos, la anulabilidad se encuentra regulada en el Código Civil Peruano y conforme a lo establecido en el artículo 222 de dicho cuerpo legal, el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

La anulabilidad, a pesar de que también acarrea la declaración de invalidez del acto jurídico desde el momento mismo de su celebración, a diferencia de la nulidad, no puede ser demandada por cualquier persona, sino solamente a petición de parte y sólo por aquéllos en cuyo beneficio la establezca la ley.

<sup>218</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>219</sup> ROGEL VIDE, Carlos. *Principio de la Buena Fe y Doctrina de los Actos Propios*. En el III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado. Córdoba, 19, 20 y 21 de octubre de 2005.

<sup>220</sup> Tribunal Supremo de España, Sala Sexta, 15/7/86. (LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 175).

En relación al tema de la anulabilidad, entendemos que éste también tiene una faceta de orden público, en tanto no cabe pactar al momento de celebrar un acto jurídico en contra de la posibilidad de interponer una demanda de anulación de ese acto.

Y las causales de anulación de un acto jurídico se encuentran determinadas por el artículo 221 del propio Código. En tal sentido, lo que corresponde en este momento es analizar en qué medida prevalecen la anulabilidad y las causas que la generan con respecto a la Teoría de los Actos Propios.

### 5.2.1. *El acto jurídico anulable por incapacidad relativa del agente*

Como se recuerda, el inciso 1 del artículo 221 del Código Civil establece que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente.

La incapacidad a la que se refiere el citado inciso es la de obrar. En ese sentido, es necesario recordar que el artículo 44 del Código Civil establece cuáles son las personas que se encuentran en casos de incapacidad relativa.<sup>221</sup>

Sin embargo, queremos precisar que los legitimados para accionar la anulabilidad son quienes ejercen la representación del incapaz, o el propio incapaz al cesar su incapacidad.

<sup>221</sup> Artículo 44.- «Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los prodigios.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil».

#### 5.2.1.1 *El acto jurídico anulable celebrado por una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad*

El inciso 1 del artículo 44 establece que son relativamente incapaces los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

Llambías<sup>222</sup> sostiene que el fundamento de la limitación de la responsabilidad por razones de edad reside en la insuficiente madurez del sujeto, que según milenaria experiencia presenta el ser humano desde que adquiere uso de razón hasta que por el paulatino desarrollo de la aptitud intelectual obtiene un aceptable conocimiento de la vida en relación. Cuando esto ha llegado, ya es factible dar a la persona normal con plena capacidad civil, la posibilidad de que encare a riesgo suyo todas las vicisitudes de la vida.

En relación a la incapacidad para los distintos grupos de menores, Valencia Zea<sup>223</sup> señala que es distinta la incapacidad de cada grupo de incapaces. Así tenemos a los infantes, quienes se encuentran totalmente desprovistos de discernimiento; por lo tanto, no pueden emitir ninguna clase de voluntad jurídica.

Por otro lado, tenemos aquellos incapaces que el citado autor denomina los «menores adultos», quienes son tenidos como incapaces relativos, y por ello el Código Civil manda que en la celebración de sus negocios estén asistidos por un representante legal (padre o madre, o en ausencia de ellos, un curador); si no se cumple este requisito, el negocio quedará afectado de nulidad relativa.

Asimismo, en este supuesto debemos tener presente lo señalado por Vidal Ramírez,<sup>224</sup> quien nos dice que al igual que en el caso del incapaz absoluto, la causal fundada en la incapacidad relativa, tiene una norma complementaria de carácter especial en

<sup>222</sup> Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 296.

<sup>223</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, pp. 400-401.

<sup>224</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 806.

la que se prevé la posibilidad de que el incapaz relativo pueda también practicar actos jurídicos. Es la contenida en el artículo 227, precepto que señala que las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Debe entenderse que no se trata de los actos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria, sino de actos para los cuales deba recabarse previamente la autorización de los representantes legales y que deben estar previstos expresamente en la ley. Así, por ejemplo, las obligaciones o renuncia de derechos que puede realizar el incapaz relativo por razón de minoría de edad, siempre que sus padres que ejercen la patria potestad lo autoricen expresa o tácitamente, o le ratifiquen el acto.<sup>225</sup>

En ese sentido, si una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años celebrase un contrato, considerando la plena validez del mismo y procediera, acto seguido, a su ejecución o cumplimiento, esta situación no enervaría la posibilidad de que una vez cumplida la mayoría de edad y descubriendo o enterado de la posibilidad de anular el acto en virtud de la citada causal establecida por la propia ley, demande ante los tribunales de justicia la anulación de dicho contrato.

Nos imaginamos la eventualidad de que la contraparte contractual alegara la Teoría de los Actos Propios en ese proceso de nulidad en contra de ese incapaz que celebró el acto jurídico, sustentando que su proceder resulta contradictorio y que incluso llegó a ejecutar el contrato, lo que demostraría a cabalidad que hoy mal puede proceder conforme está procediendo al alegar la nulidad del mismo.

Como podemos apreciar, en estos casos sería imposible pensar que deberá prevalecer la Teoría de los Actos Propios por sobre

<sup>225</sup> Artículo 456.- «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen [...].»

este supuesto de anulabilidad, pues, si bien estaría ocurriendo un cambio de opinión, ese cambio de opinión no sería un cambio caprichoso, sino absolutamente fundado en sólidos argumentos jurídicos respaldados por texto expreso de la ley.

### 5.2.1.2. *El acto jurídico anulable celebrado por un retardado mental*

El inciso 2 del artículo 44 del Código Civil establece que son relativamente incapaces los retardados mentales.

Espinoza Espinoza<sup>226</sup> señala que en la doctrina española, si bien se sostiene que deben distinguirse los conceptos de enfermedad mental y debilidad mental, se expresa que ambas situaciones psíquicas implican una perturbación patológica de la actividad intelectual del sujeto, cuando a causa de una enfermedad psíquica, de disposición anímica anormal o de lesión en las células cerebrales, se halla perturbada de tal forma su capacidad de juicio o la formación de su voluntad, que no pueden esperarse de él apreciaciones y enjuiciamientos normales. Carecen de libre determinación de la voluntad, en el sentido de no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente, por lo demás, que si un retardado mental celebrara un contrato, éste podría ser anulado si con posterioridad a la celebración y ejecución del propio contrato, el representante legal (curador) del retardado mental, recurriese con tal pretensión ante los tribunales de justicia.

Por lo demás, resulta claro que la contraparte contractual difícilmente podría alegar con éxito frente a esta causal de anulabilidad, la Teoría de los Actos Propios, sosteniendo que el proceder del retardado mental y de su representante han resultado contradictorios y eventualmente han burlado la confianza que

<sup>226</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, pp. 296-297.

dicha contraparte se había creado en relación al comportamiento del retardado mental en la celebración y ejecución de dicho contrato.

*5.2.1.3. El acto jurídico anulable por haber sido celebrado por persona que adolece de deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad*

El inciso 3 del artículo 44 del Código Civil establece que son relativamente incapaces los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Valencia Zea<sup>227</sup> sostiene que enfermedad mental es aquella que altera la voluntad de la persona, sea porque la destruye o porque la vicia. En razón de esta alteración de la voluntad, las enfermedades mentales son causales de incapacidad civil, especialmente incapacidad para los negocios jurídicos, cuyo núcleo esencial es la existencia de una voluntad sana y libre.

Todas las enfermedades mentales (sea cual fuere su nombre) que alteren la libre y correcta manifestación de la voluntad constituyen causas de incapacidad.

Bonilini<sup>228</sup> señala que con la anulación del acto se protege al sujeto incapaz, al otorgarle la posibilidad de «deshacer» (retractivamente) los efectos desplegados por el negocio. Tal protección puede ser actuada incluso cuando se demuestre que, al momento de la celebración del negocio, el sujeto en cuestión se encontraba en un momento de lucidez y, por tanto, con plena capacidad de querer y de entender. Asimismo, tal protección puede ser actuada sin que sea necesario demostrar que la «irregularidad» del negocio ha ocasionado un perjuicio al sujeto incapaz.

En este sentido, si una persona que se enmarcara dentro de estas características, celebrara un acto jurídico, resultaría evidente

<sup>227</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, pp. 402-403.

<sup>228</sup> Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 937.

que el mismo sería anulable, pudiendo interponer dicha demanda de anulación esa misma persona, en caso supere la situación de deterioro mental, o su curador; ello, incluso hubiere ejecutado las prestaciones nacidas del contrato, siendo imposible que prospere la eventual invocación de la Teoría de los Actos Propios por su contraparte contractual.

*5.2.1.4. El acto jurídico anulable celebrado por el pródigo*

Como se recuerda, el inciso 4 del artículo 44 del Código Civil establece que son relativamente incapaces los pródigos, es decir, las personas que malgastan su patrimonio.

En torno a este punto, Espinoza Espinoza<sup>229</sup> afirma que los pródigos son aquellos que despilfarran sus bienes en exceso a su porción disponible. La porción disponible varía para el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge (porque pueden disponer, como lo establece el artículo 725, hasta el tercio de sus bienes), del que tiene sólo padres u otros ascendientes (porque puede disponer, como lo establece el artículo 726, hasta la mitad de sus bienes). El que no tiene cónyuge ni los parientes indicados anteriormente, puede disponer de la totalidad de sus bienes (artículo 727).

Según Valencia Zea,<sup>230</sup> la disipación o dilapidación es el consumo de bienes que hace una persona en cosas inútiles y caprichosas, que no guardan proporción con los medios de que puede disponer para atender a las necesidades familiares.

Santos Briz<sup>231</sup> señala las siguientes características de la prodigalidad:

- (a) Una conducta desarreglada de la persona.
- (b) Esta conducta ha de dirigirse a malgastar el propio patrimonio.
- (c) Es preciso que se obre con ligereza, o sea, que exista una

<sup>229</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>230</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, pp. 405-406.

<sup>231</sup> Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, pp. 297-298.

- desproporción con los fines a los que debe dedicar una persona sus bienes.
- (d) Que se ponga en peligro injustificado el patrimonio.
- (e) Que dicha conducta y ese peligro han de ser con perjuicio de la familia.

Dentro de tal orden de ideas, si un acto jurídico fuese celebrado por un pródigio, resulta evidente que su representante podría demandar la anulación de dicho acto, por más que la contraparte del referido acto alegue que con este proceder se estaría violentando la Teoría de los Actos Propios.

Como vemos, éste es otro supuesto en donde prevalece la norma de anulabilidad del acto jurídico por sobre la Teoría de los Actos Propios, la misma que, como resulta evidente, aquí tampoco se aplica.

#### *5.2.1.5. El acto jurídico anulable por ser celebrado por una persona que incurra en mala gestión*

El inciso 5 del artículo 44 del Código Civil establece que son relativamente incapaces los que incurren en mala gestión.

El artículo 585 del referido Código señala que puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Es decir, los que incurren en mala gestión son los inhábiles para manejar su patrimonio y que por ello hayan perdido más de la mitad de su patrimonio.

Si fuese el caso, resulta claro que el curador de dicho incapaz relativo, podría demandar judicialmente la anulación del contrato celebrado por el mal gestor, sin que en este caso resulte oponible la Teoría de los Actos Propios.

#### *5.2.1.6. El acto jurídico anulable por ser celebrado por un ebrio habitual*

El inciso 6 del artículo 44 del Código Civil, establece que son relativamente incapaces los ebrios habituales.

Asimismo, el artículo 586 del referido cuerpo legal señala que los ebrios habituales deben ser provistos de un curador, en razón de que por el estado de embriaguez se exponen o exponen a su familia a caer en la miseria; porque son una amenaza para la seguridad ajena.

Para Josserand,<sup>232</sup> el abuso de bebidas alcohólicas determina un debilitamiento de las facultades mentales.

Espinosa Espinoza<sup>233</sup> menciona las formas clínicas más frecuentes del alcoholismo crónico; a saber: el *delirium tremens* (alucinaciones y temblores de las manos, brazos y cara), la alucinación aguda (caracterizada por el delirio de persecución, con conservación del conocimiento), el síndrome Korsakow (el enfermo no recuerda nada de lo que ha hecho o dicho un minuto antes), el delirio de celos y la epilepsia alcohólica (en la cual los ataques epilépticos se producen con la ingestión del alcohol y desaparecen al abandonar la debida).

Así, el bebedor habitual, al sufrir esta sintomatología, carece de las facultades necesarias que le permitan realizar actos jurídicos válidos, y es por ello que el Derecho interviene, tutelando sus propios intereses y los de su familia.

En ese sentido, si luego de celebrar y ejecutar un determinado contrato, un ebrio habitual o su representante demandasen la anulación de dicho acto invocando la incapacidad relativa contenida en el mencionado inciso 6 del artículo 44, si bien dicho proceder podría ser calificado como una conducta contradictoria con la voluntad inicial del ebrio habitual de celebrar y ejecutar el referido contrato, no cabe duda de que el

<sup>232</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, vol. I, tomo I, p. 307.

<sup>233</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 299.

referido acto resultaría susceptible de anularse, no siendo de aplicación al caso la Teoría de los Actos Propios.

Mal podría invocarse la referida teoría cuando la persona que celebró el acto es un incapaz absoluto, cuyo proceder no desea ser ratificado -sino más bien enmendado- por el propio Derecho.

Prueba de ello es que el ordenamiento jurídico nacional establece expresamente la causal de anulación del acto en la norma oportunamente citada.

#### 5.2.1.7. *El acto jurídico anulable por ser celebrado por un toxicómano*

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el inciso 7 del artículo 44 del Código Civil, son relativamente incapaces los toxicómanos.

El toxicómano es aquella persona que consume sustancias químicas que causan tres tipos de efectos correlativos:<sup>234</sup>

- (a) Dependencia, de naturaleza psíquica (manía) o tendencia sicológica.
- (b) Habitación, de naturaleza biológica (intoxicación).
- (c) Síndrome de abstinencia o privación, cuando se suprime la droga.

Del mismo modo que en el caso del ebrio habitual, el toxicómano debe ser provisto de un curador, en tanto ponga en peligro los intereses familiares, requiera asistencia de carácter permanente o genere una amenaza para la seguridad ajena.

En relación a la Teoría de los Actos Propios, hacemos de aplicación a este supuesto, *mutatis mutandis*, los comentarios que vertimos en el punto inmediato anterior.

<sup>234</sup> *Idem.*

#### 5.2.1.8. *El acto jurídico anulable por ser celebrado por una persona que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil*

El inciso 8 del artículo 44 del Código Civil establece que son relativamente incapaces los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

El artículo 32 del derogado Código Penal de 1924<sup>235</sup> hablaba de interdicción civil, a diferencia del artículo 36 del vigente Código Penal de 1991,<sup>236</sup> cuerpo normativo que suprime la figura de la interdicción civil y la asimila a los supuestos de inhabilitación.

En este sentido, si una persona en tales circunstancias celebrara un acto jurídico y lo ejecutara, contraviniendo la interdicción civil, sus actos resultarían anulables y la persona encargada de demandar su anulación, sería su curador (mientras dure la incapacidad por interdicción civil) o él mismo, en la medida de que ya se hubiese cumplido el plazo de interdicción civil establecido en la pena.

<sup>235</sup> Artículo 32. - «La interdicción civil priva al penado del derecho de patria potestad, de la representación marital que conceden las leyes y de la administración y disposición de sus bienes».

<sup>236</sup> Artículo 36. - «Inhabilitación

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego;
7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; o
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito».

Dentro de tal orden de ideas, si una persona que se encontrara en esta situación celebrara un contrato y lo ejecutara, bien podría arrepentirse posteriormente de tal hecho y ampararse en la formalidad legal y en el supuesto del inciso 8 del artículo 44 del Código Civil para demandar la anulación del acto jurídico, de acuerdo a lo establecido por el inciso 1 del artículo 221 del acotado.

Aquí tampoco resultaría aplicable la Teoría de los Actos Propios, por más de que dicha teoría fuese invocada por la contraparte contractual.

Razones de orden público sustentan la evidencia de nuestra afirmación.

#### 5.2.2. *El acto jurídico anulable por vicio de la voluntad*

El inciso 2 del artículo 221 del Código Civil establece que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, es decir, por vicio de la voluntad.

En adelante, el análisis de los vicios de la voluntad y su relación con la Teoría de los Actos Propios.

##### 5.2.2.1. *El acto jurídico anulable por error*

De conformidad a lo establecido por el artículo 201 del Código Civil, el error es causa de anulación del acto jurídico, cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Vidal Ramírez<sup>237</sup> señala que el error es una divergencia inconsciente que se da entre la voluntad interna del sujeto y los efectos que busca con su manifestación. La divergencia es el resultado de una ausencia de conocimiento o de un conocimiento equivocado en la formación de la voluntad interna del declarante.

Asimismo, el citado autor precisa que el declarante incurre en error espontáneamente, lo que constituye la característica propia

del error en la declaración (voluntad interna sana pero inexactamente expresada).

Al respecto, Valencia Zea<sup>238</sup> enseña que puede existir desacuerdo entre la voluntad interna –es decir, lo querido realmente– y la voluntad declarada; esta disconformidad puede ser consciente o inconsciente; es consciente cuando los contratantes hacen una declaración de voluntad que no han querido o sólo han querido parcialmente (como sucede con los negocios simulados). Sólo el desacuerdo inconsciente entre la voluntad interna y la declarada constituye error.

Las diferentes clases de error pueden agruparse en dos categorías: error de derecho, cuando recae sobre determinada norma jurídica, y error de hecho, si recae sobre alguno de los elementos del negocio jurídico.

Asimismo, el error de hecho puede ser de diversas clases; a saber: (i) puede ocurrir respecto a la persona con quien se tiene la intención de negociar o acerca de la existencia de determinadas cualidades en dicha persona; (ii) puede recaer sobre la misma naturaleza del negocio; y (iii) sobre el objeto.

Así, el artículo 201 del Código Civil Peruano señala que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

Por su parte el artículo 202 señala los criterios para determinar el error esencial; a saber:

- (a) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
- (b) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

<sup>237</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, pp. 619-624.

<sup>238</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, p. 407.

(c) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

En consecuencia, el error constituye un vicio de la voluntad que consiste en una representación equivocada de la realidad, por parte de la persona que vicia su voluntad, ya sea por tener conocimientos equivocados de esa realidad, o por simple desconocimiento de la misma.

Esto equivale a decir, aunque suene a verdad de Perogrullo, que toda persona que vicia su voluntad por error, cuando celebra el acto jurídico viciado, no conoce que se está equivocando, es decir, no conoce la existencia del error.

Y es muy probable que mantenga esa situación de desinformación, no sólo al momento de celebrar el contrato, sino tiempo después, incluso luego de haberlo ejecutado totalmente.

Dentro de tal orden de ideas, cabría preguntarse si es que una persona que vició su voluntad por error, cuando descubra el vicio en que incurrió y considere que el acto celebrado perjudicaba sus intereses, pueda recurrir a los tribunales para reclamar la anulación de ese acto, teniendo dicha pretensión primacía por sobre la alegación de la Teoría de los Actos Propios.

Esta teoría eventualmente podría ser esgrimida en su contra por la otra parte que celebró el contrato, alegando que el contratante que hoy reclama la anulación del acto, estaría yendo -con el reclamo de anulación- absolutamente en contra de sus afirmaciones iniciales en torno a la validez del acto, las mismas que se manifestaron tanto al momento de su celebración como al momento de su cumplimiento total.

Evidentemente, pensamos que en este supuesto no tendría lugar la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que, de asumir su aplicación, ocurriría que nunca un acto jurídico celebrado por error, podría ser anulado.

Entonces, simplemente, tenemos que escoger entre mantener viva la posibilidad de anular los actos jurídicos por error e introducir la Teoría de los Actos Propios a supuestos de esta naturaleza.

Y es evidente la opción que siempre ha tomado el Derecho.

En efecto, López Mesa y Rogel Vide<sup>239</sup> señalan que, en ciertos casos, como el del error de hecho, esencial y excusable, existen razones que aconsejan admitir el cambio de actitud o pretensión del agente.

### 5.2.2.2. *El acto jurídico anulable por dolo*

Como se recuerda, de conformidad a lo establecido por el artículo 210 del Código Civil, el dolo es causa de anulación del acto jurídico, cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto; agregando la norma que cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto sería anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

La doctrina es unánime en conceptuar el dolo como toda maniobra encaminada a provocar un engaño, a inducir a error.

Así, Stolfi<sup>240</sup> dice que el dolo es el error provocado engañando a otro y constituye una causa, por sí suficiente, para la anulabilidad del acto, de modo que éste es impugnable aun en los casos en que el error, por sí solo, no afectase a la validez del negocio: el error que no provocaría la ineeficacia del acto, la provoca entonces porque ha tenido por causa el dolo. El dolo consiste en el artificio utilizado para engañar a una persona, provocando en ella un error o aprovechando el error en que la misma se halla, a fin de inducirla a celebrar un negocio jurídico.

Por su parte, Valencia Zea<sup>241</sup> entiende por dolo todo artificio o maniobra de que se valga uno de los negociantes para inducir en error al otro. La diferencia entre el dolo y el error es bien clara, pues en el dolo uno de los negociantes incurre en cuenta exacta del error que el otro comete y se aprovecha de él.

<sup>239</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 177.

<sup>240</sup> Citado por VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 685.

<sup>241</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, p. 414.

La doctrina distingue varias clases de dolo. Así, la distinción más importante de todas es la que lo clasifica en dolo determinante o causante y dolo incidente o incidental, según determine o sea causa de la anulabilidad del acto jurídico o sólo dé lugar a indemnización de los daños y perjuicios. Además, se le distingue en positivo y negativo, según se trate de una acción o de una omisión; y, en directo o indirecto, según lo utilicen las partes o un tercero.<sup>242</sup>

Así, nuestro Código Civil trata del dolo causante, del dolo incidente y del dolo por omisión.<sup>243</sup>

Como podemos apreciar, el dolo es el error inducido por la contraparte o por un tercero en colusión con dicha contraparte.

Es evidente que cuando una parte contractual vicia su voluntad por dolo, desconocía la existencia de dicho vicio al momento de la celebración del contrato.

Es más, se trata precisamente de un presupuesto absolutamente necesario el que dicho vicio se encuentre presente al momento de la celebración del contrato.

Y, como es obvio, en el caso del dolo, al igual que en el del error, la persona que hubiere incurrido en el vicio, puede permanecer en la creencia de que el acto no está viciado, incluso hasta después de haber ejecutado las prestaciones que le correspondían en dicho acto.

<sup>242</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 691.

<sup>243</sup> Artículo 210. «El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él».

Artículo 211. «Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios».

Artículo 212. «La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa».

Así, si en alguna oportunidad descubre la verdad, y verifica que el acto que celebró no le resulta conveniente a sus intereses, podría demandar la anulación del acto, por más que dicha anulación resultara contradictoria con su conducta previa, reiterada y anterior, consistente en afirmar -de palabra y en los hechos-, la validez de dicho acto.

En tal sentido, resulta evidente que no sería aplicable al caso la Teoría de los Actos Propios.

### 5.2.2.3. *El acto jurídico anulable por violencia*

De conformidad a lo establecido por el artículo 214 del Código Civil, la violencia es causa de anulación de un acto jurídico, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él.

Valencia Zea<sup>244</sup> señala que la violencia o fuerza puede ser física o moral. La primera hace que el acto sea inexistente, pues la persona violentada físicamente puede afirmar que ella no consintió el acto, que no hubo declaración de voluntad. La violencia o fuerza moral vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Continúa Valencia Zea, precisando que como en el dolo y en el error, lo que afecta el negocio son las consecuencias o resultados, no es la violencia en sí, sino el hecho de que en razón de la coerción un negociante celebre un negocio que en otras condiciones no hubiera realizado; en resumen, es la alteración forzada de la voluntad individual y el consiguiente perjuicio.

En torno a este punto, Vidal Ramírez<sup>245</sup> sostiene que la violencia, entendida como violencia física, también llamada violencia absoluta, consiste en una fuerza irresistible, apabullante, incontenible, por la cual físicamente se doblega al sujeto de manera tal que, en realidad, se elimina su voluntad.

<sup>244</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>245</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, pp. 716-718.

Así, la eliminación de la voluntad por la violencia física, hace que se asimilen a ésta todos los otros casos en que el sujeto es conducido a la celebración de un acto jurídico por la voluntad absoluta de otro.

En consecuencia, la violencia representa una coacción física que anula la voluntad del agente y que representa la causa fundamental de la celebración del acto jurídico.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que cuando una persona celebra un contrato obligada por la violencia que se emplea contra ella, y si llega incluso a ejecutar las prestaciones nacidas de ese contrato por continuar siendo violentada, dicha persona podrá, apenas cese la violencia y recobre la plena libertad de acción, demandar la anulación del contrato en virtud de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 221 del Código Civil.

Ahora bien, ¿podría su contraparte en el contrato, es decir, aquélla que empleó violencia contra él, invocar la Teoría de los Actos Propios alegando que dicho contratante ha tenido un actuar contradictorio al sostener anteriormente en los hechos y de palabra que dicho acto era válido y hoy invocar su anulación?

Creemos, con seguridad, que no.

La Teoría de los Actos Propios no puede ser aplicada a una situación de esta naturaleza, por cuanto -en este caso también- se estaría yendo contra normas de orden público.

#### 5.2.2.4. *El acto jurídico anulable por intimidación*

Como se recuerda, de conformidad a lo establecido por el artículo 215 del Código Civil, hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o en los bienes de unos u otros.

Agrega el referido artículo que tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

En virtud de lo establecido por el artículo 216 del citado cuerpo legal, para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Para Lohmann,<sup>246</sup> la intimidación es una conducta antijurídica que consiste en influir sobre el fuero interno del agente causándole miedo o temor, amenazándolo con un mal futuro que debe ser inminente y grave. De esta manera, presionando la voluntad o el ánimo del agente, se logra que declare algo de una manera distinta de la querida, o al declarar que quiere, cuando nunca ha querido así ni de otra manera.

A entender de Betti,<sup>247</sup> la intimidación influye sobre el proceso volitivo con la amenaza de un mal que, infundiendo temor, hace surgir un motivo que no debía operar. De esta manera, la realización del negocio representa el resultado de un juicio de conveniencia, por el cual la víctima de la intimidación estima preferible someterse a aquélla como un mal menor, con tal de evitar el mal amenazado, considerado por él como de mayor importancia.

Albaladejo<sup>248</sup> dice que la intimidación es un vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un motivo determinante -la intimidación- totalmente insólito; y aunque realmente se quiere lo que se hace, sin embargo, no se quiere con absoluta libertad.

Para el citado autor, la intimidación le deja un margen de libertad al declarante, en cuanto puede escoger entre tres cosas: (i) emitir la declaración que se le exige; (ii) soportar el mal con que se le amenaza; y (iii) reaccionar contra quien lo intimida, procurando, así, evitar tanto el emitir la declaración, como sufrir el mal. Sin embargo, no le deja la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido.

<sup>246</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Elementos de la intimidación». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, p. 907.

<sup>247</sup> Citado por VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>248</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, volumen segundo, p. 188.

En razón de la similitud de la estructura de la intimidación con la violencia (con la diferencia de que la intimidación vicia la voluntad, pero no la anula), hacemos de aplicación a este supuesto, *mutatis mutandis*, las consideraciones esgrimidas para cuando tratamos el tema de la violencia en el punto inmediato anterior.

Esto equivale a decir que la Teoría de los Actos Propios tampoco se aplica a los contratos viciados por intimidación.

Siguiendo esta línea de pensamiento encontramos a López Mesa,<sup>249</sup> quien señala que no le parece que la conducta «jurídicamente relevante y plenamente eficaz», a que aluden en fórmula estereotipada infinidad de fallos, pueda ser aquélla viciada por violencia, dolo, error de hecho esencial y excusable, etc.

En consecuencia, consideramos que quien crea culposamente una apariencia de comportamiento queda obligado, pero no se puede permitir que en caso de alegarse y probarse la existencia de un vicio de la voluntad, reconocido por el ordenamiento como enervante de la declaración, se obligue a una parte a ser coherente con un acto de voluntad viciado.

### 5.2.3. *El acto jurídico anulable por simulación relativa*

En virtud de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene, perjudica el derecho de tercero.

Este supuesto no es otra cosa que el caso de la simulación relativa, contenido en el artículo 191 del Código Civil, precepto que establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efectos entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

<sup>249</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios*. En: [http://www.eft.com.ar/doctrina/temas\\_ponencias/joqn/larioja/actos-propios.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/temas_ponencias/joqn/larioja/actos-propios.htm).

Como vimos en el punto 5.1.6., la simulación puede ser absoluta o relativa. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingen celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

Messineo<sup>250</sup> expresa que cuando las partes, en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia) tienen otra, que no revelan al exterior, pero efectiva, estamos frente a la denominada simulación relativa, por la cual coexisten un negocio aparente (simulado o fingido) y un negocio efectivo, pero secreto, esto es disimulado.

En consecuencia, en el caso de la simulación relativa, las partes celebran un acto determinado (el acto real) que quieren ocultar empleando o haciendo figurar un acto distinto (el acto aparente).

En realidad, lo que se anula es el acto aparente, quedando plenamente válido el acto real.

La simulación plantea necesariamente que, al momento de la celebración del acto, ambas partes van a sostener frente a terceros que el acto aparente es el único acto real o verdadero.

No se concibe una simulación relativa en donde las partes procedan de modo distinto al momento de la celebración del contrato, pues ello sería absolutamente contradictorio con haber celebrado el acto simulado.

Dentro de tal orden de ideas, cabe la posibilidad de que ambas partes mantengan en el futuro de manera permanente la posición pública de que han celebrado el acto aparente como el único y verdadero acto.

Pero, también cabría la posibilidad de que dichas partes sostengan eso y que posteriormente una de ellas cambie de opinión y sostenga lo contrario, motivada por las más diversas razones. Esto equivale a decir que sostenga que, en efecto, el acto celebrado era un acto viciado de simulación relativa y, en

<sup>250</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II, p. 448.

ejercicio de la facultad establecida por el propio inciso 3 del artículo 221 del Código Civil, proceda a demandar judicialmente la anulación del acto.

Pensamos que resultaría verdaderamente risible imaginar que su contraparte en el acto simulado sostenga en su defensa que ella no puede actuar como lo hace porque está contraviniendo la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que su conducta es contradictoria con una conducta propia anterior.

No obstante, resultaría prácticamente imposible hacer prevalecer la Teoría de los Actos Propios por sobre la posibilidad de demandar la anulación del referido contrato.

En este caso, también, podríamos hacernos la reiterada pregunta en el sentido de que si esto fuese así, entonces, en qué casos podría prosperar la anulación de un acto jurídico por simulación relativa.

Y es evidente que si se prefiriera a la Teoría de los Actos Propios por sobre la anulación por simulación relativa, ello implicaría la desaparición -en los hechos- de la simulación relativa.

#### 5.2.4. *El acto jurídico anulable por declararlo así la ley*

Como se recuerda, el inciso 4 del artículo 221 del Código Civil establece que el acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara anulable.

Ésta es una norma que permite cierta flexibilidad, en la medida de que existen diversas situaciones en las cuales los supuestos de anulabilidad no se encuentran expresamente mencionados en el artículo 221 del Código Civil, sino en normas distintas, establecidas para casos específicos, ya sea dentro del propio Código o en leyes especiales.

Escobar Rozas<sup>251</sup> señala que el inciso 4 del citado artículo le reserva al legislador la posibilidad de sancionar directamente con anulabilidad al negocio que presenta alguna «disconformidad» o,

en términos generales, al negocio que lesiona intereses (pertenecientes a una de las partes, se supone) dignos de tutela.

No está de más subrayar que los supuestos específicos de anulabilidad son preceptos de orden público, que la ley establece considerando la gravedad de determinados hechos y sancionándolos con la referida prescripción.

En tal sentido, no sería coherente pensar que resultaría posible oponer a dichos supuestos de orden público la Teoría de los Actos Propios, pues si ello fuera así, en la medida de que quien celebró el acto hubiese sostenido, en los hechos y de palabra, su validez y lo hubiese llegado a ejecutar, incluso por completo, en realidad el precepto de anulabilidad estaría *pintado en la pared*.

#### 5.3. *La rescisión y la Teoría de los Actos Propios*

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el artículo 1370 del Código Civil, la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo, siendo las causales de rescisión bastante escasas dentro de la legislación nacional.

Lo primero que hay que señalar al respecto, es que el Código de 1984 ha efectuado la distinción entre rescisión y resolución, figuras que durante la vigencia del Código Civil de 1936 fueron empleadas de manera indistinta. Ambas acciones tenían por finalidad dejar sin efecto un contrato, no siendo relevante para ello si la causa que daba lugar a dicha pérdida de eficacia se encontraba presente al momento de la celebración de ese contrato o si apareció con posterioridad a dicha celebración.

El Código de 1984 sí ha efectuado una distinción, de modo tal que ha reservado la acción rescisoria para los casos en que el vicio se encontraba presente al momento de la celebración del contrato, en tanto ha destinado la acción de resolución para aquellos supuestos en que el vicio sobrevino a la celebración del contrato.

Dado que la rescisión está dirigida a hacer perder eficacia a un contrato, por la existencia de un vicio de origen, resultaría im-

<sup>251</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 942.

posible que las partes pacten la existencia de un supuesto adicional de rescisión, en la medida de que ellas no podrían prever la presencia de un nuevo vicio que se presente en origen, pues los únicos vicios de origen son los que dan lugar a la nulidad, la anulabilidad y la rescisión, contemplados por la propia ley, cuyas causales están taxativamente enumeradas en el Código y no pueden ser variadas.

Por otra parte, es necesario subrayar el hecho de que a pesar de no decirlo expresamente, la rescisión sólo es aplicable en el ámbito de los contratos válidos, pues, de lo contrario sería impensable que el artículo 1370 del propio Código señale que a través de la rescisión se deja sin efecto un contrato, ya que si el contrato fuese nulo, tal nulidad, de por sí, haría que el contrato fuese no sólo nulo, sino ineficaz.

Así las cosas, el contrato rescindible es un contrato válido, antes y después de haber sido rescindido, habida cuenta de que la rescisión no acarrea como efecto la declaración de invalidez o nulidad del contrato, sino única y exclusivamente, su ineficacia.

Finalmente, antes de concluir estas reflexiones en torno a la rescisión, debemos subrayar que se trata de una acción eminentemente circunscrita al ámbito contractual. Esto significa que sólo son rescindibles los contratos en los casos taxativamente señalados por la ley.

Por ésta y por las demás razones señaladas anteriormente, no resulta jurídicamente posible pensar en la rescisión de otros actos jurídicos que no revistan tal carácter.

Efectuando un recorrido por el Código Civil, llegamos a constatar que se contempla a la rescisión en diversos artículos; a saber: 1090, 1122, 1370, 1372, 1398, 1447, 1451, 1452, 1539, 1540, 1541, 1575, 1579, 1582 y 2014.

Sin embargo, sólo cuatro de dichas normas contemplan supuestos específicos de rescisión, es decir, casos de contratos rescindibles con nombre propio.

En tal sentido, corresponde analizar en las siguientes páginas en qué medida resulta aplicable la Teoría de los Actos Propios a los contratos rescindibles.

### 5.3.1. La rescisión y la lesión

Como sabemos, el artículo 1447 del Código Civil establece que la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercerse cuando la desproporción entre las prestaciones, al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

De la Puente y Lavalle,<sup>252</sup> citando a Morixe, señala que en su acepción corriente, la palabra lesión es sinónimo de daño, pero que en su acepción jurídica es aquel daño que en un contrato a título oneroso se deriva del hecho de no recibir el equivalente de lo que se da.

De la Puente sostiene que es cierto que dicho concepto obedece al criterio objetivo clásico sobre la lesión, pero continúa siendo válido aun tomando en consideración los elementos subjetivos que el Derecho moderno atribuye a esta institución. Sea cual fuere el fundamento de la acción por lesión, resulta incuestionable que lo que permite su ejercicio es la existencia de un daño derivado de la desproporción, en el momento de celebración de un contrato, entre las prestaciones a cargo de las partes.

En tal sentido, la lesión es un vicio muy peculiar que para su configuración requiere de la presencia de tres elementos: dos de carácter subjetivo (el estado de necesidad del lesionado y el aprovechamiento de dicho estado de necesidad por parte del lesionante) y un elemento objetivo: la desproporción entre el valor de las prestaciones en más de dos quintas partes.

Concuerda la doctrina moderna en afirmar que la lesión no vicia la voluntad, es decir, que el lesionado no celebra el contrato mediando error o dolo, lo que equivale a decir que es plenamente consciente de que está viéndose perjudicado en su patrimonio al celebrar el contrato en esas condiciones.

<sup>252</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra editores, 2001, tomo III, pp. 11-12.

Ello significa que el lesionado sabía que estaba siendo lesionado al tiempo de la celebración del contrato.

Y, lo más probable, es que ejecute las prestaciones que le corresponde en ese contrato con pleno conocimiento de la lesión y del perjuicio sufrido.

Entonces, queremos precisar que no cabe la posibilidad de que alguien celebre un contrato lesivo sin que se percate, precisamente, del carácter lesivo de dicho contrato, lo que es independiente de si conocía o no que la ley le otorga la posibilidad de accionar judicialmente para rescindir el contrato y remediar dicha injusticia.

En tal sentido, resultaría imposible que en un proceso judicial de lesión el lesionante invoque en su beneficio la Teoría de los Actos Propios, precisamente para sostener que la conducta del lesionado (al iniciar dicho proceso judicial) resulta contradictoria con su propia conducta anterior, manifestada cuando celebró y ejecutó el contrato lesivo.

No podría admitirse siquiera la posibilidad de un razonamiento distinto, pues ello equivaldría a sostener que la lesión nunca podría ser invocada por el contratante lesionado, habida cuenta de que su sola invocación implicaría que dicho contratante estaría realizando conductas contradictorias.

### 5.3.2. La rescisión y la venta del bien ajeno

Como se recuerda, el artículo 1539 del Código Civil establece que la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda.

En este caso, se considera que el vicio que existía al momento de la celebración del contrato, no era otro que el desconocimiento, por parte del comprador, del carácter ajeno del bien.

No cabe duda de que este vicio se encuentra muy cercano al error o al dolo, presente en aquellos casos en los que el comprador incurre en un vicio de la voluntad, ya sea de manera

espontánea (error), ya sea de manera inducida (dolo), por acción u omisión de su contraparte, o de un tercero coludido con esta última.

Sin embargo, el legislador de 1984 quiso establecer como un vicio autónomo y diferente a la acción rescisoria en la venta de bien ajeno, separándola de los vicios de la voluntad.

No obstante ello, tal situación no enerva el hecho de que si se presentara el vicio de la voluntad del error o del dolo, perfectamente, el contratante afectado podría demandar la anulación del acto o contrato por estas causales.

Pero el legislador no ha querido que sea necesaria la presencia de los elementos constitutivos del error o del dolo para poder favorecer las acciones del comprador perjudicado.

En tal sentido, le concede la acción rescisoria para poder liberarlo con el simple desconocimiento del carácter ajeno del bien.

Por otra parte, cabe mencionar que cuando se venda un bien ajeno determinado y ambas partes conozcan el carácter ajeno del bien, resultará evidente que, independientemente de algún otro remedio legal, el comprador no podría demandar la rescisión de ese contrato por la disposición expresa del artículo 1539, precepto que sólo concede dicha rescisión al contratante que desconocía el carácter ajeno del bien.

Pero independientemente de la disposición del artículo 1539, si el comprador hubiese conocido el carácter ajeno del bien, tampoco podría demandar la rescisión del contrato por la aplicación de la Teoría de los Actos Propios; es decir, que no podría alegar -después de la celebración- que el contrato es rescindible, por la sencilla razón de que cuando lo celebró, al saber que el bien era ajeno y contratar de todas maneras en ese conocimiento, demostró que no era importante para él al momento de la celebración del contrato el carácter ajeno del bien.

En cambio, si cuando celebró el contrato desconocía el carácter ajeno del bien, luego de descubrir tal condición sí podría demandar la rescisión del contrato, con independencia de la

circunstancia de que, eventualmente, pueda haber reclamado al vendedor la ejecución de dicho contrato, hecho que de ninguna manera podría considerarse contrario a la Teoría de los Actos Propios en caso luego decida demandar la rescisión del contrato.

### 5.3.3. La rescisión y la venta del bien parcialmente ajeno

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1540 del Código Civil, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Son diversos los supuestos que la doctrina nacional entiende como susceptibles de estar comprendidos dentro de los alcances del artículo 1540, bajo comentario; a saber: (i) venta de un conjunto de bienes de los cuales algunos son propios y otros son ajenos; (ii) venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra persona; y (iii) venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra persona, pero no en calidad de copropietarios sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien.<sup>253</sup>

Por tener una estructura similar al artículo 1539, hacemos de aplicación a este supuesto las consideraciones vertidas en el punto inmediato anterior, por lo que nos relevamos de mayores comentarios.

### 5.3.4. La rescisión y la compraventa sobre medida

Como se recuerda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1575 del Código Civil, en la compraventa sobre medida, si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión.

Se define a la compraventa sobre medida como aquélla en la

cual los elementos esenciales-especiales, como lo son el bien y el precio, se van a determinar de acuerdo a la extensión o cabida que tenga el bien objeto de la obligación del vendedor y al número de unidades de extensión o cabida que se tomen como referencia.

De acuerdo a lo enunciado, esta venta podría establecerse fijando un precio en razón de cada unidad de extensión o cabida, de modo que el precio total, señalado o no, sea el simple resultado de una operación matemática, consistente en multiplicar el precio pactado para cada unidad de extensión o cabida por el número de unidades de que está compuesto el bien. Es decir, que en un caso se conoce el precio a pagar por cada unidad de extensión o cabida, la extensión total del bien y el precio global, y en el otro, el precio global -aún desconocido- resulta de multiplicar esos dos factores.

No cabe duda de que el caso expuesto se asemeja al error *in quantitate in corpore*. Sin embargo, una vez más el legislador no ha querido exigir la presencia de los elementos constitutivos del referido vicio de la voluntad y, simplemente, faculta demandar la rescisión de un contrato de compraventa sobre medida, si el comprador hubiere desconocido la existencia de tal diferencia entre la cantidad pactada y la cantidad que verdaderamente correspondía al bien.

Es evidente que el vicio de rescisión se genera por el desconocimiento de tal diferencia entre la cantidad total de unidades de medida o cabida que se creía tenía el bien, y conforme a la cual se contrató, con la cantidad total de dichas unidades que el bien tenía en la realidad.

En tal sentido, si el comprador hubiese conocido con exactitud tal diferencia al momento de la celebración del contrato, no se hubiese podido invocar nunca la rescisión del mismo, pues simplemente no habría existido vicio alguno.

Dentro de tal orden de ideas, no sería posible imaginar como aplicable a este supuesto la Teoría de los Actos Propios con respecto a alguna conducta del comprador al momento de la celebración del contrato.

<sup>253</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, pp. 84-90.

No obstante, también correspondería analizar el supuesto en el cual el comprador, habiendo incurrido en el vicio de rescisión, descubre con posterioridad al momento de la celebración del contrato, que existe tal diferencia en la medida o cabida del bien, y hubiese reclamado del vendedor que le entregue la cantidad de unidades faltantes, sin haberlo conseguido.

En tal sentido, si luego dicho comprador demandara la rescisión del contrato, no podría el vendedor del bien invocar la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que tal proceder no resultaría contradictorio con haber reclamado el debido cumplimiento del contrato.

#### **5.4. La resolución y la Teoría de los Actos Propios**

Como se recuerda, el artículo 1371 del Código Civil establece que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Como fue dicho en el análisis del artículo 1370 del Código Civil, el legislador ha buscado circunscribir la acción rescisoria para cuatro vicios de origen, distintos de aquéllos que dan lugar a la nulidad o anulabilidad de los contratos.

En el caso de la resolución, se trata de una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de la celebración de dichos contratos.

Dentro de tal orden de ideas, el ámbito de la resolución; tal vez empieza siendo más claro desde una primera aproximación, en la medida de que queda descartado el de los vicios que dan lugar a la nulidad, a la anulabilidad y a la rescisión, pues estas tres acciones se refieren a vicios de origen y no a vicios sobrevinientes.

El Código Civil contempla una serie de normas en las cuales se refiere a la resolución de los contratos. Se trata de los artículos 162, 171, 173, 178, 1090, 1122, 1138, 1154, 1155, 1156, 1165, 1166, 1254, 1255, 1285, 1365, 1371, 1372, 1398, 1428, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433, 1434, 1440, 1479, 1501, 1511, 1512, 1556, 1559,

1560, 1561, 1562, 1563, 1564, 1573, 1586, 1587, 1588, 1590, 1620, 1674, 1697, 1698, 1706, 1777, 1783, 1788, 1935, 2014 y 2056.

Sin embargo, no todas estas normas regulan supuestos específicos de resolución; más bien, la mayoría de ellas hace referencia a la resolución de los contratos en diversas situaciones.

Pero, existen determinados artículos en los que sí se contemplan supuestos específicos de resolución.

Si bien es cierto que la mayor parte de los mismos se refieren a casos de resolución por incumplimiento contractual, existen otros en los que las causales que dan lugar a la resolución son de otro orden.

Sin embargo, no cabe duda de que la causal de resolución de los contratos por excelencia es el incumplimiento.

En ese sentido, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1428 a 1430 del propio Código, la parte perjudicada por dicho incumplimiento podrá demandar la resolución del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, no resultará posible que la parte incumpliente, una vez que se demande la resolución del contrato, alegue la Teoría de los Actos Propios, basándose en el hecho de que el contratante perjudicado por el incumplimiento, reclame que se cumpla el contrato, es decir, que el mismo siga surtiendo efectos.

Ello, porque el hecho de que una persona sostenga, ante el incumplimiento de su contraparte, que ésta debe cumplir con el contrato y que dicho contrato debe surtir efectos, no implica de manera alguna que, presente el incumplimiento, dicho contratante perjudicado no pueda reclamar la resolución, naturalmente, siempre en estricto apego a las reglas de los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil.

Pero más allá de los supuestos de resolución por incumplimiento, que -como hemos visto- constituyen una cantidad apreciable dentro del Código Civil, existen algunos otros supuestos de resolución contractual que no se refieren estrictamente a la ejecución de obligaciones, sino a diversos vicios, todos ellos posteriores a la celebración del contrato, pero

que en realidad constituyen situaciones que, en estricto, no calzan en el concepto puro y simple de incumplimiento.

A continuación, el estudio de tales supuestos.

#### 5.4.1. La resolución y el pacto de retroventa

Como se recuerda, el artículo 1583 del Código Civil establece que por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.

Planiol y Ripert<sup>254</sup> consideran que la retroventa es una facultad de reventa, como la llama la ley francesa, aunque sus efectos sean muy diferentes a los que produciría una reventa voluntaria hecha por el comprador al vendedor.

Castán Tobeñas<sup>255</sup> señala que puede definirse este retracto convencional como el que tiene lugar cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, mediante la entrega del precio, gastos del contrato, gastos necesarios y útiles hechos en la cosa.

Para Valencia Zea,<sup>256</sup> el pacto de retroventa significa la conclusión de una venta sometida a una condición -resolutoria para el comprador y suspensiva para el vendedor- del dominio de la cosa vendida.

Según refiere, la condición consiste en que el vendedor declara, antes de vencerse el plazo estipulado o el legal, que resuelve readquirir el dominio que transmitió, ofreciendo devolver el precio de la compra o el estipulado. Observa que en tales circunstancias, tenemos que el comprador ha adquirido un derecho sometido a una condición resolutoria. Agrega que como una vez

cumplida una condición resolutoria, se extingue el dominio retroactivamente con arreglo a los principios generales, se deduce que en los casos en que el pacto de retroventa produce efectos, en verdad no ha habido dos compraventas de la cosa, sino una sola, es decir, la primera.

Igualmente, destaca el carácter patrimonial del pacto, ya que contiene un derecho que puede ser cedido o embargado por los acreedores.

León Barandiarán<sup>257</sup> considera que la retroventa es un pacto que puede adjuntarse al contrato de compraventa y que hace resoluble a ésta, al retornar la cosa al vendedor y devolver éste último el precio al comprador.

Afirma, que por su propio carácter de accesorio y por significar la concertación de una condición resolutoria, no se presupone: debe estipularse expresamente.

Sostiene que por el retracto convencional queda librado a potestad del vendedor deshacer la venta; la condición resolutoria es, pues, una condición potestativa *a parte venditoris*, y que basta, por ende, una declaración unilateral, recepticia, dirigida al comprador.

Dentro de tal orden de ideas, al establecerse contractualmente esta posibilidad, y mientras se encuentre vigente el plazo pactado para resolver unilateralmente el contrato, el vendedor podrá resolverlo; ello, con absoluta independencia de que antes de resolver el contrato hubiese manifestado su voluntad o su intención de no resolverlo, habida cuenta de que durante el lapso previsto para la resolución unilateral, ese contratante no necesariamente tendría que haber mantenido la misma opinión.

Y, como es evidente, tal proceder no contraviene la Teoría de los Actos Propios.

<sup>254</sup> PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Traité pratique de Droit Civil Français*. Paris: Livrairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, tomo V, p. 257.

<sup>255</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, tomo III, p. 58.

<sup>256</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, p. 105.

<sup>257</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, tomo I, p. 87.

#### 5.4.2. La resolución y la excesiva onerosidad de la prestación

Como se recuerda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1440 del Código Civil, en los contratos comutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias del caso o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato, no extendiéndose ésta a las prestaciones ya ejecutadas.

De la Puente y Lavalle<sup>258</sup> señala que el requisito exigido por el artículo 1440 es que ese sacrificio, que se supone es normal en toda prestación, se convierta en desmedido por razón del acaecer de un acontecimiento extraordinario e imprevisible.

En relación al concepto de excesiva onerosidad, el citado autor nos dice que la doctrina ha propuesto diversos criterios, desde matemáticos, como el de Candil, quien propone que existe alteración extraordinaria de las circunstancias cuando el desequilibrio económico en el valor de la prestación es superior al 30% en los contratos civiles y al 50% en los contratos mercantiles, hasta fórmulas vagas, como la de Borda, para quien basta con que la onerosidad sobreviniente resulte groseramente repugnante a la equidad.

Según refiere De la Puente, lamentablemente, no parece posible llegar a una definición concreta, porque se trata, precisamente, de un concepto que hay que apreciar caso por caso, pues consiste en determinar cuándo se produce el paso de lo normal a lo anormal, de lo soportable a lo insopportable, de lo permitido a lo descomedido, lo cual depende de las circunstancias de cada contrato y de la situación de cada contratante.

<sup>258</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, p. 607.

Oviedo Albán<sup>259</sup> identifica los siguientes elementos para que la figura regulada en el artículo 1440 pueda operar:

- (a) Debe tratarse de contratos comutativos.
- (b) Debe tratarse de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida.
- (c) Los acontecimientos que generan la excesiva onerosidad de la prestación deben ser extraordinarios e imprevisibles.

Dentro de tal orden de ideas, si imagináramos la presencia de un supuesto como el que acabamos de describir, resultará claro que el contratante perjudicado podrá haber intentado hacer el mayor esfuerzo en diversas prestaciones singulares, habiéndolas ejecutado, a pesar de existir el vicio que ha hecho que sus prestaciones resulten excesivamente onerosas.

Esto no podría ser interpretado como violatorio de la Teoría de los Actos Propios, si es que dicho contratante en algún momento dejara de ejecutar dichas prestaciones por la sencilla razón de que le resultara imposible seguir realizando ese enorme esfuerzo.

Si se aceptara la respuesta contraria, en los hechos, prácticamente, no se podría aplicar nunca la resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

#### 5.4.3. La resolución y el saneamiento por evicción

Como se recuerda, el artículo 1501 del Código Civil, establece que en caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.

<sup>259</sup> OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Excesiva onerosidad de la prestación». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo VII, p. 587.

De la Puente y Lavalle<sup>260</sup> distingue cuatro requisitos necesarios para que se produzca la evicción: (i) transferencia de un derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien; (ii) privación total o parcial del derecho; (iii) resolución judicial o administrativa firme; y (iv) derecho anterior a la transferencia.

Debemos recordar que el contrato tiene efectos únicamente obligacionales, es decir, que no transfieren por sí solos los derechos reales de propiedad, uso o posesión, sino que constituyen el título para esas transferencias.

En tal sentido, no será suficiente que se haya celebrado el contrato entre el transferente y el adquirente, en virtud del cual aquél se haya obligado a transferir a éste la propiedad, el uso o la posesión del bien. Se requerirá que el derecho a la propiedad, el uso o a la posesión se haya constituido mediante la tradición del bien.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el fundamento del saneamiento por evicción es que el transferente es responsable por los perjuicios que sufra el adquirente en razón de ser privado de su derecho por un mejor derecho del tercero, declarado por resolución judicial o administrativa firme.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que en este caso tampoco resultaría aplicable la Teoría de los Actos Propios, por más que el contratante evicto hubiese señalado en alguna oportunidad que el bien le resultaba útil para la finalidad de su adquisición, a pesar de la evicción.

Ello, habida cuenta de que es posible que el referido contratante no sólo haya cambiado de opinión, sino que las circunstancias hayan hecho que constate que dicho bien no tenía la utilidad que en algún momento se pensó tenía, y, en consecuencia, en virtud de lo establecido por el artículo 1501, puede optar por la resolución del contrato.

#### 5.4.4. *La resolución y el saneamiento por vicios ocultos*

Como se recuerda, el artículo 1511 del Código Civil establece que el adquirente puede pedir en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.

En este caso, pensamos que tampoco resultaría susceptible de ser invocada la Teoría de los Actos Propios, por más que en algún momento posterior a la aparición del vicio oculto, el comprador hubiese manifestado que tal vicio no le resultaba perjudicial, considerando que dicho comprador podría luego juzgar, con fundamento, lo contrario; o, incluso, presentarse la posibilidad de que el vicio se haya agravado, tornando el bien en inútil para el comprador, a pesar de que en un inicio no lo era.

#### 5.5. *La eficacia e ineficacia y la Teoría de los Actos Propios*

Luego de haber estudiado cuál es la relación entre la Teoría de los Actos Propios y la nulidad, la anulabilidad, la rescisión y la resolución, nos corresponde analizar los supuestos de ineficacia contractual, contemplados expresamente en el Código Civil, que podrían constituir causa para que un sujeto contradiga su conducta anterior.

En tal sentido, el Código Civil regula diversos casos, expresamente contemplados, de eficacia e ineficacia.

##### 5.5.1. *La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción en el registro respectivo*

El primero de ellos está contemplado en el artículo 77 del Código Civil, cuando establece que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción en el registro respectivo, queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

<sup>260</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, pp. 447-449.

Al respecto, De Belaunde<sup>261</sup> señala que es posible que entre el momento en que se produce el acuerdo de voluntades para formar una persona jurídica y el de su constitución -la inscripción en registros- resulte necesario practicar determinados actos o celebrar ciertos contratos. En estos casos el Código Civil de 1936 establecía que bastaba con la inscripción para que los efectos de la misma se retrotrajeran a los actos y contratos celebrados previamente. El actual Código Civil establece que la eficacia queda subordinada a la ratificación dentro de los tres meses de constituida la persona jurídica.

De esta manera, lo que queda subordinado a la ratificación es la eficacia del acto respecto a la persona jurídica, esto es, la posibilidad de vincularla, mas no la eficacia del acto en sí. Si el acto no es ratificado, no será oponible frente a la persona jurídica, pero sí desplegará sus efectos frente a quien lo celebró en nombre de ésta.

Así, por ejemplo, una persona natural, actuando en nombre de una persona jurídica (que aún no se ha inscrito en el registro), celebra un contrato de arrendamiento con el propietario de un inmueble. Si la persona jurídica no se inscribe en el registro o el contrato de arrendamiento no ha sido ratificado dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita, dicho acto jurídico celebrado en nombre de la persona jurídica no le será oponible y será de entera responsabilidad de quien lo hubiera celebrado.

En este supuesto, el propietario del inmueble no podría invocar válidamente la Teoría de los Actos Propios, a fin de que la persona jurídica sea la que cumpla, por ejemplo, con el pago de la merced conductiva correspondiente, en tanto el contrato de arrendamiento es ineficaz en relación a la persona jurídica.

<sup>261</sup> DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. «Principio de la persona jurídica». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 386-387.

### 5.5.2. *La ineficacia de los actos celebrados por el representante excediendo o violando las facultades conferidas y la ineficacia de los actos celebrados por supuestos representantes*

El segundo caso de eficacia e ineficacia es el relativo a los efectos del exceso o violación de los límites del poder, establecido en el artículo 161 del Código Civil, precepto que establece que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. Asimismo, el citado artículo señala que también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Aquí tenemos un primer supuesto, en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad es su representante; sin embargo, al momento de celebrar el negocio jurídico se excede en las facultades que le han sido conferidas, es decir, realiza un negocio jurídico para el cual no contaba con autorización.

El segundo supuesto es un caso en el cual, quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad es su representante; pero viola las facultades que le ha conferido el representado.

El tercer supuesto regula el típico caso del *falsus procurator*, es decir, de alguien que celebra un negocio jurídico en nombre del supuesto representado, sin que este último le haya conferido las facultades de representación, o habiéndoselas conferido, ya se hubieron extinguido.

Resulta evidente que una vez producida la ineficacia, el supuesto representado tiene la facultad de demandar la declaración de ineficacia del acto jurídico, y el tercero que celebró el acto jurídico con el supuesto representante no podría invocar la Teoría de los Actos Propios, en tanto no estamos ante conductas contradictorias por parte del supuesto representado.

Por otro lado, debemos precisar que es cierto que en este caso de ineffectuación, podría darse que el supuesto representado ratifique expresa o tácitamente el acto celebrado por el representante que excedió o violó las facultades, así como podría ratificar el acto celebrado por quien no era su representante.

Así, el artículo 162 del Código Civil establece que en los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, teniendo dicha ratificación efecto retroactivo. Asimismo, el tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

Vidal Ramírez<sup>262</sup> señala que la ratificación es un acto jurídico que otorga el representado aceptando o aprobando el celebrado por quien se atribuyó su representación o por su representante que excedió o violó las facultades de que estaba investido. Es un acto unilateral que, según Coviello, reemplaza al otorgamiento del poder de representación, o, como anota Messineo, sana el defecto de legitimación de quien ha declarado en nombre ajeno.

Al respecto, Priori Posada<sup>263</sup> nos dice que el fundamento de la ratificación descansa en el hecho que una persona no puede recibir los efectos de un negocio jurídico, si no expresa por sí mismo o a través de un tercero con debida autorización, su voluntad.

De esta forma, el supuesto de la ratificación es el siguiente: una persona que no se encontraba autorizada por el sujeto titular de los intereses que ha regulado ni por la ley, celebra un negocio jurídico en nombre del supuesto representado con la finalidad de que los efectos jurídicos de dicho negocio se produzcan en la esfera jurídica del supuesto representado. Sin embargo, como el representado no ha dado la autorización para que ello sea así, entonces, los efectos jurídicos de dicho negocio no se pueden

<sup>262</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, vol. I:Acto Jurídico, tomo III, p. 330.

<sup>263</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. «Ratificación del acto jurídico». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 706-707.

producir en su esfera jurídica, con lo que el negocio -como hemos visto- es ineffectuado. Por ello, se permite que a través de una declaración posterior, el supuesto representado haga suyos los efectos de un negocio celebrado en su nombre por una persona que no tenía el poder de representación.

Así, la doctrina establece como características de la ratificación, las siguientes:<sup>264</sup>

- (a) Ser recepticia, pues para que dicho negocio surta efectos, se hace necesario que sea comunicado al tercero con quien ha contratado el *falsus procurator*, y ello le justifica en la medida de que la ratificación hará efectiva la relación obligatoria entre representado y tercero.
- (b) Es unilateral, pues para su efectividad no se requiere la conformidad del tercero, sino que basta la declaración de voluntad del representado.
- (c) La forma debe ser aquella exigida por el negocio principal, pues la ratificación está destinada a integrar un elemento constitutivo del contrato celebrado por el *falsus procurator*.
- (d) La ratificación puede ser tácita, si es que la ley no exige para el negocio a ratificar la forma escrita. En este caso, la doctrina exige que el *dominus*, al momento que ratifica el acto debe tener conocimiento del negocio concluido por su *falsus procurator*.
- (e) La ratificación no tiene un plazo para su ejercicio; sin embargo, ello no quiere decir que el tercero contrayente quedará en pendencia -de modo indefinido- a la decisión del *dominus* de ratificar el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator*, por lo cual el tercero contrayente podría requerir al *dominus* para que en un plazo perentorio pueda ratificar el negocio jurídico, luego de lo cual el tercero quedará liberado de la posibilidad que tenía el *dominus* de hacer efectivo el negocio jurídico que había celebrado con el *falsus procurator*.

<sup>264</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. cit.* pp. 708-709.

(f) La ratificación tiene efectos retroactivos en el sentido de que el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* adquirirá eficacia desde el origen, como si hubiera sido celebrado por un representante legitimado. Sin embargo, dicha retroactividad no puede suponer -bajo ninguna circunstancia- lesionar el derecho de un tercero, pues puede haber ocurrido que mientras el negocio concluido por el *falsus procurator* se encontraba pendiente de ratificación, el *dominus* haya celebrado un negocio jurídico respecto del mismo objeto, o contradictorio con el primero; sin embargo, siguiendo el principio de tutela de los terceros de buena fe, si el *dominus* ratifica el primer negocio, la eficacia que adquirirá éste no puede perjudicar los derechos que los terceros hayan adquirido de un negocio celebrado con el *dominus* respecto del mismo objeto.

Dentro de tal orden de ideas, podemos señalar que la ratificación debe revestir idoneidad.

Consideramos que en el caso de que el supuesto representado sea una persona natural, debería ser dicha persona quien ratifique, ella misma, el acto celebrado, ya sea manifestando expresamente su voluntad en tal sentido o realizando determinados actos materiales que indiquen inequívocamente su voluntad de ratificar el acto ineficaz. El supuesto representado también podría ratificar expresamente el acto, a través de un tercero que cuente con debida autorización para ello.

Sin embargo, más complejo es el tema cuando nos encontramos en presencia de la ratificación de actos celebrados por el supuesto representante de una persona jurídica.

Así, los artículos 12 y 13 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, señalan que la sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe, por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Asimismo, quienes no están

autorizados para ejercer la representación de la sociedad, no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

A nuestro entender, en este caso, la ratificación -ya sea expresa o tácita- debería realizarla el órgano social de la persona jurídica que otorgó poder al supuesto representante.

Por ejemplo, si el Gerente de la empresa hubiese designado al representante que excedió la representación con respecto a las facultades conferidas, deberá ser el propio Gerente quien ratifique dichos actos.

Lo propio ocurrirá si es que el poder fue conferido por el Directorio, caso en el cual será el mismo Directorio el que deberá ratificar los actos de su apoderado; y en caso la Junta General de Accionistas hubiese sido el órgano social que hubiese conferido el poder, deberá ser esta misma Junta General de Accionistas la que ratifique los actos ineficaces de su representante o supuesto representado.

En consecuencia, entendemos que en el caso de las personas jurídicas la ratificación debe ser eminentemente formal.

### 5.5.3. La ineficacia y fraude del acto jurídico

Por otra parte, el tercer caso de ineficacia contemplado por el Código Civil Peruano, es el relativo al fraude del acto jurídico, empleándose la expresión *ineficacia* en los artículos 195, 197, 198, 199 y 200.<sup>265</sup>

<sup>265</sup> Artículo 195.- «El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o

Así, independientemente de otros requisitos exigidos por la ley, el citado artículo establece que el acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él, los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos, o con los que disminuya su patrimonio conocido, y perjudiquen el cobro del crédito.

Dentro de tal orden de ideas, resulta difícil imaginar un supuesto de aplicación de la Teoría de los Actos Propios al fraude pauliano, en la medida que la sola celebración del acto fraudu-

que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito».

Artículo 197. «La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe».

Artículo 198. «No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta».

Artículo 199. «El acreedor puede ejercitarse frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz. El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho».

Artículo 200. «La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra».

lento, implica la existencia de una conducta que va a perjudicar a otro.

En tal sentido, si posteriormente el contratante fraudulento modificara su conducta en sentido opuesto, es decir, argumentando de palabra o con hechos que el acto fraudulento tiene, precisamente, la condición de fraudulento, dicho cambio de conducta beneficiará a aquellos que se vieron perjudicados con el acto fraudulento, a quienes lo último que se les podría ocurrir es sostener la aplicación al caso de la Teoría de los Actos Propios, habida cuenta de que habrían resultado plenamente favorecidos con la nueva conducta, contradictoria a la primigenia.

#### 5.5.4. *La ineficacia en los contratos de adhesión y con cláusulas generales de contratación*

Otro supuesto de ineficacia lo tenemos en el artículo 1399 del Código Civil, relativo a los contratos con cláusulas predisueltas.

En ese sentido, el artículo 1399 establece que en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular, justifiquen su validez. El citado precepto se encarga de aclarar que lo antes expuesto no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

De la Puente<sup>266</sup> nos dice que resulta adecuado que en los contratos típicos celebrados (técnicamente) por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, o sea que no han pasado por el filtro de la regulación armoniosa de los intereses de las partes conjugadas con las exigencias de la contratación masiva, no se admita estipulaciones que resultan contrarias a las normas dispositivas de cada contrato típico, o sea a esa regulación ideal elaborada por el

<sup>266</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, p. 800.

legislador para velar supletoriamente por el equilibrio contractual.

Al respecto, Muro y Huanco<sup>267</sup> señalan que el referido artículo establece que las cláusulas generales serán ineficaces si contienen disposiciones que contradicen lo establecido por las normas del contrato típico a que se refiere, ya sean imperativas o supletorias. Respecto de las imperativas no hay mayor problema, pues sobre las mismas, por definición, todo pacto en contrario, inclusive si se trata de una cláusula general de contratación, es nulo.

Respecto de las normas supletorias, los citados autores sostienen que si el legislador ha diseñado determinadas reglas (normas supletorias) para un contrato típico, se entiende que son «las mejores» para los intereses de ambas partes. Por ello, si las cláusulas generales de contratación son contrarias a aquéllas, dichas cláusulas no deben ser eficaces. Es decir, en los contratos típicos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las normas supletorias del contrato típico se convierten en imperativas.

Cuando el artículo 1399 estipula que «a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez», se refiere al supuesto en el que la cláusula general (contraria a lo establecido por el Código Civil para el contrato típico) sea más conveniente a los intereses del consumidor que la norma supletoria. Ello será apreciado por el juez en cada caso concreto.

En consecuencia, el citado numeral tiene por finalidad evitar la presencia de alguna cláusula que perjudique al contratante que no ha prerrredactado las cláusulas generales de contratación o el contrato por adhesión.

En ese sentido, se consideran ineficaces las cláusulas que contravengan las normas dispositivas de los diversos contratos típicos.

<sup>267</sup> MULO ROJO, Manuel y Henry HUANCO PISCOCHE. «Ineficacia de estipulaciones en contratos nominados». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo VII, p. 377.

Ahora bien, en este caso, no podría el contratante que prerrredactó el contrato, valerse de la Teoría de los Actos Propios, si es que su contraparte demandara la ineficacia de la cláusula, en virtud de invocar el artículo 1399.

Y es que no se podría decir que en algún momento el referido contratante asumió la validez de la mencionada cláusula al celebrar el contrato.

No cabe duda de que la sola celebración del contrato no implica la aceptación de la cláusula, en la medida de que si ello fuera así, carecería de objeto la existencia del artículo 1399 del Código Civil.

Y es precisamente por la existencia de dicha norma que no resulta aplicable al caso la Teoría de los Actos Propios.

Como consecuencia de lo estudiado en este quinto capítulo, podemos concluir en que la Teoría de los Actos Propios sólo será aplicable a los fines de descalificar una actuación posterior, cuando los actos anteriores hayan sido válidos y no el caso contrario.

A decir de Gagliardo,<sup>268</sup> la formulación de la Teoría de los Actos Propios consiste en que a nadie le es lícito hacer valer en derecho lo que se contradice con su anterior conducta, advirtiendo -el citado profesor- que no se trata de una actuación contraria a derecho, ya que para esas situaciones el ordenamiento jurídico tiene previsto diversas consecuencias; a saber: nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc.

Es decir, cuando la supuesta o pretendida actuación anterior o vinculante es *contra legem*, la Teoría de los Actos Propios no es invocable, pues para su procedencia, el acto o actos realizados en el pasado que resulten contradictorios con una conducta actual, deben haber sido reales o válidos y, en consecuencia, los actos simulados y los actos nulos escapan así a la contradicción.<sup>269</sup>

<sup>268</sup> GAGLIARDO, Mariano. «La doctrina del propio acto en el Derecho societario». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1987, tomo B, p. 47.

<sup>269</sup> NISSEN, Ricardo Augusto. «El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la Doctrina de los Propios Actos». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires, 1997, tomo B, p. 1373.

## 5.6. La prescripción y la caducidad frente a la Teoría de los Actos Propios

Otro gran tema en donde se cuestiona la posibilidad de aplicar la Teoría de los Actos Propios es aquél en el cual nos encontramos en el supuesto de que una persona ejerce su derecho de acción justo antes de que el plazo establecido por ley prescriba o caduque.

En ese sentido, es posible que inmediatamente antes de que se venza el plazo de prescripción o el plazo de caducidad -según sea el caso- una persona decida ejercer su derecho, lo que podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte, en razón de que no demandó desde un primer momento, dando a la contraparte la apariencia de que ya no ejercería el derecho.

En tal sentido, vamos a analizar brevemente lo que enseña la doctrina en relación a la prescripción y a la caducidad.

La prescripción es una institución jurídica de raigambre romana y de origen procesal, fundada en el transcurso del tiempo.

Como se sabe, la prescripción es una figura creada por el Derecho con el propósito de fomentar, por un lado, la diligencia en lo que respecta al resguardo de los intereses propios, sancionando con la pérdida de acción a aquella parte que deja pasar el tiempo sin tomar las previsiones del caso para velar por sus intereses.

Así, el artículo 1989 del Código Civil Peruano de 1984 establece que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo. Dicho artículo no tiene antecedentes en nuestra codificación civil y postula la distinción del derecho, al establecer que no es éste el que prescribe, sino la acción.

En tal sentido, el vigente Código Civil ha adoptado un postulado que debe interpretarse en el sentido de que lo que prescribe es la acción, pero entendida como la pretensión me-

diante la cual se ejerce el derecho para alcanzar su tutela jurisdiccional.<sup>270</sup>

La prescripción se fundamenta en consideraciones de orden público, por lo que si el titular de un derecho durante el plazo establecido por la ley no ejerce la acción para hacer efectiva la pretensión, el tiempo transcurrido permite la oponibilidad de la excepción.

Por otra parte, la prescripción es una figura creada con el ánimo de fomentar la seguridad jurídica y evitar que la posibilidad de reclamar con respecto a los actos jurídicos y contratos celebrados sea eterna.

De esta manera, el artículo 2001 del Código Civil se encarga de establecer los plazos prescriptorios para diversas acciones reguladas en dicho cuerpo sustantivo.

Así, en el inciso 1 se establece que prescriben, salvo disposición diversa de la ley, a los diez años la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

En tal sentido, en el inciso 1 se regulan los plazos prescriptorios más largos. Ello, con el propósito de que aquellas situaciones que el Derecho considera más importantes, jurídicamente hablando, tanto por las consecuencias patrimoniales que acarrearía su prescripción, como por su importancia intrínseca y por la gravedad del tema, tengan plazos lo suficientemente amplios como para que el interesado pueda reclamar sus derechos.

El artículo 2001 del Código Civil da un tratamiento gradual a los plazos de prescripción, habida cuenta de que en los incisos 2, 3 y 4 disminuye la duración de los plazos prescriptorios, en consideración a que las materias tratadas en los incisos siguientes son, paulatinamente, menos importantes.

Dentro de esta lógica se aprecia que en el inciso 2 se señala que el plazo prescriptorio de la acción de daños y perjuicios

<sup>270</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Prescripción extintiva» En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo X, p. 255.

derivados para las partes de la violación de un acto simulado, es de siete (7) años.

En el inciso 3 se establece que es de tres (3) años el plazo prescriptorio de la acción dirigida al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

En tanto que en el inciso 4 se establece el plazo prescriptorio de dos (2) años para acciones que el Derecho considera de menor importancia, tales como la acción de anulabilidad del acto jurídico, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces, derivada del ejercicio del cargo.

La prescripción admite la suspensión e interrupción de su término. Las causas para interrumpir la prescripción son hechos sobrevinientes al nacimiento de la acción y que consisten en manifestaciones de la voluntad del prescribiente o del propio titular del derecho.

Por su parte, los plazos de caducidad están también indesligablemente vinculados al transcurso del tiempo. Pueden tener su origen en la autonomía de la voluntad de quienes los pactan o en el imperativo de la ley.

Llambías<sup>271</sup> señala que la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares. De esta manera, si en general los derechos acuerdan un cúmulo de prerrogativas que pueden ser actuadas optionalmente por su titular en el tiempo que éste estime oportuno, por el contrario, hay ciertos derechos que no acuerdan a su titular esa facilidad, ya que caducan cuando no se ejercen en un término fijo. Se trata de pretensiones a cuyo ejercicio se señala un término preciso, que nacen originariamente con esa limitación de tiempo, de modo tal que no se pueden hacer valer después de transcurrido el plazo respectivo.

<sup>271</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II: Parte General, Buenos Aires: Editorial Perrot, décimo quinta edición, 1993, p. 699.

Castán<sup>272</sup> sostiene que la caducidad tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la terminación de un derecho, de tal modo que transcurrido este último no puede ya ser ejercido.

En tal sentido, la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el tiempo prefijado por la ley.

La declaración de oficio de la caducidad se fundamenta en la extinción del derecho por el simple transcurso del tiempo y se sustenta en la inaplicabilidad de causales de suspensión o interrupción. En estos casos, con la simple demostración del tiempo transcurrido, no se está frente a una expectativa sino a un hecho consumado, como es la extinción del derecho.

La caducidad extingue el derecho y, por ende, la acción que de él deriva. Según Puig Brutau,<sup>273</sup> la caducidad es un hecho simple, de fácil comprobación y puro automatismo; por eso no requiere *litis* y todo funcionario puede declarar que la misma se ha producido.

Nuestro Código Civil regula esta figura en los artículos 2003 a 2007, estableciendo en el primero de los referidos artículos que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

Como sabemos, la caducidad es muy severa, ya que más allá de que puede ser declarada de oficio por los tribunales, no admite suspensión ni interrupción (como en el caso de los plazos prescriptorios), salvo para el supuesto en el cual sea imposible accionar ante los tribunales peruanos.

Luego de este breve repaso en torno a las figuras de la prescripción y la caducidad, debemos ver cuál sería su relación con la Teoría de los Actos Propios.

Habíamos señalado que es posible que justo antes de que se venza el plazo de prescripción o el plazo de caducidad, una

<sup>272</sup> Citado en: *Encyclopedie Jurídica Omeba*. Tomo II, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 482.

<sup>273</sup> PUIG BRUTAU, José. *Caducidad y Prescripción Extintiva*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 7.

persona decida ejercer un determinado derecho, lo que podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte, en la medida de que generó la apariencia de que ya no ejercería dicho derecho.

Como se ha dicho, una de las principales funciones del ordenamiento jurídico es la de brindar seguridad jurídica a las relaciones de los particulares, así como a las situaciones jurídicas que ellos ostentan. En tal sentido, si existe un plazo determinado para que una persona pueda ejercer su derecho de acción, mientras no transcurra dicho plazo fijado por ley, no se podrá impedir a esta persona el ejercicio de su derecho subjetivo, ya que solamente transcurrido el plazo de prescripción o de caducidad se extinguirá la acción.

Si existe un plazo expresamente fijado por ley, no se puede valorar la conducta de la persona que ha esperado hasta el último minuto para presentar su demanda, ya que no se debe hacer distingos ahí donde la ley no los hace.

En principio, el ejercicio de un derecho subjetivo al día siguiente de vulnerado, tiene el mismo valor o debe ser apreciado de la misma forma que el derecho que se ejerce minutos antes de que se cumpla el plazo de prescripción o de caducidad. El ejercicio inmediato de un derecho subjetivo, como el posterior, siempre que no haya prescrito o caducado, tiene -y debe ser- valorado de igual forma por el operador jurídico. Distintas y diversas razones tendrán las personas para no ejercer su derecho de demandar y esperar hasta el último minuto para hacerlo.

El respeto a la ley y a los contratos es lo que brinda seguridad jurídica a las personas y a la sociedad en su conjunto. Consideramos que interpretar el silencio de una persona como la renuncia al ejercicio de un derecho subjetivo en virtud de la Teoría de los Actos Propios, es impropio y equivocado. De realizar esta clase de interpretaciones sólo generaremos el caos y se auspiciaría una fuerte inseguridad jurídica.

Recordemos que el *venire contra factum proprium* no debe ser aplicado ilimitadamente ni con cualquier objeto. Se trata de una teoría valiosa que debe ser empleada dentro de su marca, sin

retraerse ni excederla. Y no puede utilizarse irreflexivamente, ni para cualquier cometido, porque constituye una herramienta flexible y no un fluido que se adapte a todo continente.<sup>274</sup>

Por último, queremos finalizar este capítulo con las palabras de la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, cuando afirma que la Teoría de los Actos Propios no es alquimia milagrosa ni puede ser la «tríaca máxima» del médico antiguo, que era la combinación desesperada de todos los elementos medicinales conocidos en una sola pócima, cuando se había perdido la esperanza en salvar al paciente.<sup>275</sup>

<sup>274</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 172.

<sup>275</sup> Sentencia SC Mendoza, Sala I, 5/5/90, entre Raúl Arrigoni contra la Dirección General de Escuelas» (LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *Op. cit.*, p. 173).

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. vol. I, Barcelona: Bosch, tomo I, 1996.

ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, tomo V, 1997.

ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. «La virtualidad de los actos propios en el Derecho argentino». En: *La Ley: Revista jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo A, 1984.

ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1988.

ARANA GARCÍA, Estanislao. *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares S. L., 2003.

BOEHMER, Gustav. *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y su creación*. Barcelona: Bosch, 1959.

BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, tomo III, 1954.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Comentarios al Contrato de Compra-venta*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, 2005.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. «La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo A, 1985.

DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. «Principio de la persona jurídica». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 2003.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La Fuerza de la Buena Fe» En: *Contratación Contemporánea: teoría general y principios*. Bogotá: Temis, tomo I, 2000.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2001.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Civitas, 2003.

EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

*El Digesto de Justiniano. Libro I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

*Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, tomo II, 1955.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 2003.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica». En: *Revista Jurídica del Perú*, n.º 17, año XLVIII, Trujillo: Normas Legales, 1998.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 2003.

EYZAGUIRRE B., José María. *Breve estudio sobre la teoría comparada del propio acto*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1985.

FERRERO COSTA, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1998.

FERRERO COSTA, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Rocarme S.A., 1974.

GAGLIARDO, Mariano. «La doctrina del propio acto en el Derecho societario» En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo B, 1987.

GONZÁLEZ, José Eduardo. *Principio de la Buena Fe y Doctrina de los Actos Propios*. En el III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado. Córdoba, 19, 20 y 21 de octubre de 2005.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, vol. I, tomo I, 1952.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tomo I, 1965.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Elementos de la intimidación». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 2003.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios*. En: [jorn/larioja/actos-proprios.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/temas_ponencias/_jorn/larioja/actos-proprios.htm) [http://www.eft.com.ar/doctrina/temas\\_ponencias/\\_jorn/larioja/actos-proprios.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/temas_ponencias/_jorn/larioja/actos-proprios.htm)

LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, tomo II: Parte General, décimo quinta edición, 1993.

MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

MAZEAUD, Henri, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de la edición francesa por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, segunda parte, vol. I, 1978.

MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. «El silencio frente a la buena fe y a los requerimientos privados». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo A, 1994.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II, 1979.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «La Doctrina de los Actos Propios». En: *Comercio y Justicia*, 9 de diciembre de 1978, n.º 13. Artículo remitido por el Doctor Moisset por correo electrónico a Mario Castillo Freyre.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «La causa del contrato en la dogmática jurídica». En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

NISSEN, Ricardo Augusto. «El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la Doctrina de los Propios Actos». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo B, 1997.

ORTIZ CABALLERO, René. «La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil peruano». En: *Derecho PUCP*, n.º 45, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

OTERO, Claudia y Fiorella PIÑERO. *Fundamentos de la Responsabilidad Civil Extracontractual de las Personas Jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Excesiva onerosidad de la prestación». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo VII, 2003.

PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores, 2002.

PETRONE, Aldo. «La doctrina de los actos propios». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo D, 1995.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Traité pratique de Droit Civil Français*. París: Livrerie Générale de Droit et de Jurisprudence, tomo V, 1927.

PRIETO SANCHÍS, Luis. «Diez argumentos a propósito de los principios». En: *Derecho & Sociedad*, n.º 15, año XI. Lima, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

PRIORI POSADA, Giovanni. «Ratificación del acto jurídico». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 2003.

PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En: Estudio de Derecho Comparado. Barcelona: Ariel, 1951.

PUIG BRUTAU, José. *Caducidad y Prescripción Extintiva*. Barcelona: Bosch, 1986.

RIVAS GUZMÁN, Ramón. «La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa». En: *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

ROGEL VIDE, Carlos. *Principio de la Buena Fe y Doctrina de los Actos Propios*. En el III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado. Córdoba, 19, 20 y 21 de octubre de 2005.

SOLARI, Néstor E. «Disolución del régimen de bienes en el matrimonio y la doctrina de los actos propios». En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo C, 1994.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1989.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Prescripción extintiva». En: *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo X, 2003.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, tomo I: Título Preliminar, 1990.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, vol. I: Acto Jurídico, tomo III, 1990.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, vol. II: Acto Jurídico, tomo III, 1990.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS  
se terminó de imprimir en el mes  
de marzo del 2006, con F.M. Servicios  
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414 - Miraflores  
Telf.: 242-1158 Fax: 445-8011  
Lima 18, Perú

Deseamos que este libro contribuya a fomentar que en el Perú se discuta a profundidad sobre los temas jurídicos de importancia y para que no nos dejemos guiar por cantos de sirena, los mismos que, en muchos casos, suelen deslumbrar a quienes no conocen a fondo las instituciones jurídicas y, fácilmente, son desviados de la ruta que conduce a buen puerto.

Esta obra, por lo demás, constituye un segundo aporte en aras de la reflexión, para que el medio jurídico nacional conozca los verdaderos alcances del defectuoso Anteproyecto de Reforma del Código Civil y, de esta forma, pueda constatar los múltiples peligros que conllevaría su aprobación, en relación al ordenamiento jurídico nacional.

ISBN 9972-224-03-1

A standard 1D barcode representing the ISBN 9972-224-03-1. The barcode is composed of vertical black lines of varying widths on a white background.