



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Venire contra factum proprium

Escritos sobre la fundamentación, alcance
y límites de la doctrina de los actos propios

ALEJANDRO BORDA
JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ
HERNÁN CORRAL TALCIANI
CLAUDIO ILLANES RÍOS
ALBERTO LYON PUELMA
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
ALFREDO SIERRA HERRERO

Hernán Corral Talciani
EDITOR



2010

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 18



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Venire contra factum proprium

Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites
de la doctrina de los actos propios

Alejandro Borda
Juan Ignacio Contardo González
Hernán Corral Talciani
Claudio Illanes Ríos
Alberto Lyon Puelma
Alejandro Romero Seguel
Alfredo Sierra Herrero

Hernán Corral Talciani
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 18 (2010)
Venire contra factum proprium
Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina
de los actos propios.

CIP - Universidad de los Andes.

Venire contra factum proprium: Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios / Alejandro Borda ... [et al.]. ; Hernán Corral, editor.

p. ; cm. (Cuadernos de extensión jurídica ; no. 18)

1.- Actos propios. I.- Borda, Alejandro. II.- Corral Talciani, Hernán Felipe, ed. II.- ser.

CDD 22

346.013

2010

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.

Secretaría de redacción: Tatiana Vargas Pinto.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-57-0

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 189.280

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2010 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

ALEJANDRO BORDA

Doctor en Derecho

Universidad de Buenos Aires

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Buenos Aires

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

CLAUDIO ILLANES RÍOS

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Chile

ALBERTO LYON PUELMA

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes y P. Universidad Católica de Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor Derecho Procesal

Universidad de los Andes

ALFREDO SIERRA HERRERO

Doctor en Derecho (Universidad de Santiago de Compostela)

Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Comercial

Universidad de los Andes

PRESENTACIÓN	13
LA RAÍZ HISTÓRICA DEL ADAGIO “ <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET</i> ”	
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
I. La formación del adagio: de los textos romanos al brocardo medieval.....	19
1. Un adagio de varias formulaciones	19
2. Los primeros textos romanos	20
3. Actos propios y alegación de la propia torpeza.....	21
4. Un intento de generalización: la “ <i>regula iuris</i> ”	22
5. De la <i>regula</i> al brocardo	23
II. Los actos propios como “doctrina” jurídica	25
1. Los primeros atisbos en la obra de los comentaristas: Bártolo y Baldo	25
2. La ausencia del aforismo en las Partidas de Alfonso X.....	26
3. El adagio en la Escuela del Derecho Natural Racionalista	27
III. Muerte y resurrección del adagio en la codificación. La reformulación de la “doctrina” de los actos propios en el sistema latino-continental	28
1. La desaparición del adagio en los Códigos Civiles	28
2. El resurgimiento de la doctrina de los actos propios	28
IV. El adagio del “ <i>non venire</i> ” y la formación de la doctrina anglosajona del <i>estoppel</i>	31

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. UN ANÁLISIS DESDE LA
DOCTRINA ARGENTINA

Alejandro Borda

I. Planteamiento y noción.....	35
II. Naturaleza jurídica	36
III. Fundamento	39
IV. Breve comparación con otras figuras del derecho comparado.....	40
1. El <i>estoppel</i> anglosajón	40
2. La <i>verwirkung</i> alemana	42
V. Presupuestos de la teoría de los propios actos	43
1. Requisitos o condiciones de aplicabilidad .	43
2. Primer requisito: La conducta vinculante o primera conducta.....	44
3. Segundo requisito: La pretensión contradictoria	46
4. Tercer requisito: identidad de los sujetos...	47
VI. Algunos casos.....	50
1. “Cabrera, Gerónimo Rafael c/Poder Ejecutivo Nacional”	50
2. “A., C.B. c/Ministerio de Salud y Acción Social”	52
3. “Eco-System c/Subsecretaría Política Ambiental y otros”	53
4. “Derderian, Carlos c/Video Cable Comunicación S.A. y otro”	54
5. “Cottiz, Pedro Armando y otro c/Banco del Buen Ayre S.A. s/ordinario”	54
VII. Epílogo	55

TEORÍA DEL ACTO PROPIO. BREVES COMENTARIOS SOBRE
SU RECEPCIÓN EN CHILE

Claudio Illanes Ríos

I. La teoría del acto propio como componente de un “círculo virtuoso”	57
II. Recepción de la teoría del acto propio en doctrina y jurisprudencia	57

CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL ACTO PROPIO: ¿SANCIÓN DE LA
INCOHERENCIA O DEL DOLO O LA MALA FE?

Alberto Lyon Puelma

I. La explicación general de la teoría del acto propio.....	59
II. Falta de significación jurídica del adagio ...	61
III. <i>Venire contra</i> como sanción al dolo o mala fe.....	62
IV. Contradicción no de conductas sino de líneas argumentativas	64
V. Conclusión	68

EL ACTO PROPIO EN MATERIA ARBITRAL: ALGUNOS LÍMITES
PROBATORIOS PARA SU APLICACIÓN

Alejandro Romero Seguel

I. El aporte de la doctrina	69
II. Algunas aplicaciones de la teoría en el arbitraje	70
III. El acto propio y la cuestión de hecho.....	72
IV. Las limitaciones probatorias según la naturaleza del arbitraje	73
1. Diversidad de procedimientos probatorios	73
2. Limitaciones probatorias según el procedimiento arbitral	75
3. Fe pública notarial y acto propio	75
V. Una pauta para resolver la contradicción.....	77
VI. Acto propio y comportamiento probatorio de las partes.....	78

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JURISPRUDENCIA
CIVIL CHILENA

Juan Ignacio Contardo González

I. Introducción. Bases metodológicas.....	81
II. Concepto, requisitos y características de la doctrina de los actos propios.....	82
1. Concepto	82
2. Requisitos	83
3. Fundamento de la doctrina de los actos propios	83
4. Autores aludidos en los fallos	84

III. Casuística jurisprudencial	85
1. Obligaciones y contratos.....	85
2. Derechos reales	92
3. Derecho de familia	95
4. Derecho sucesorio	96
5. Miscelánea.....	99
IV. Conclusiones	101

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO

Hernán Corral Talciani

I. La doctrina de los actos propios. Nociones generales y ámbitos de aplicación.....	103
II. Procedencia de la aplicación de la doctrina en el Derecho de Familia	108
1. Argumentos en contra. Su refutación	108
2. Procedencia limitada de la doctrina de los actos propios.....	112
III. Normas legales que pueden fundarse en la doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia	113
1. Inhabilidad para reclamar la multa pagada por el incumplimiento de los esponsales...	114
2. Imposibilidad del marido de desconocer al hijo concebido antes de matrimonio.....	114
3. Imposibilidad del marido de impugnar la paternidad del hijo matrimonial.....	115
4. Imposibilidad del hijo de repudiar el reconocimiento	116
5. Impedimento para reclamar el cuidado personal del hijo abandonado	117
6. Imposibilidad del guardador de impugnar la inclusión en el inventario de bienes que sabía no eran del pupilo	118
7. Guardador de hecho	119
8. Imposibilidad de la mujer casada de renunciar a los gananciales.....	120
9. Inadmisibilidad de la agregación imaginaria al patrimonio final de donaciones y actos dilatatorios en el régimen de participación	121

10. Imposibilidad de pedir la separación judicial por adulterio si se ha consentido en la separación de hecho	122
IV. Normas legales que impiden la contradicción pero que no se fundan en la doctrina de los actos propios.....	122
1. Casos en los que se aplica la autonomía privada y la irrevocabilidad de los efectos del acto jurídico	122
2. Casos en los que se aplica el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza	126
3. Privación de derechos como sanción a conductas antijurídicas	130
V. Casos de aplicación de la doctrina de los actos propios en materias no legisladas	131
1. Petición de divorcio unilateral para dejar sin efecto separación judicial convenida....	131
2. Inadmisibilidad de la compensación económica en caso de que el cónyuge beneficiario sea el que demanda el divorcio por voluntad unilateral	132
3. Impugnación de la paternidad por el autor del reconocimiento	132
4. Impugnación de la paternidad por el marido que consintió en la inscripción del hijo concebido durante la separación judicial	136
5. Impugnación de la maternidad por parte de la mujer que reconoció al hijo.....	136
6. Imposibilidad de repudiación del reconocimiento por parte de los herederos que hayan aceptado dicho reconocimiento	138

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Alfredo Sierra Herrero

I. Antecedentes	141
II. Anticipo de jurisprudencia	142
III. Examen crítico.....	143
1. Principal derecho irrenunciable: la calificación “laboral” de un vínculo	143
2. No existe contradicción de conductas: la teoría del acto propio no se incumple	145
3. Ausencia de uniformidad en la jurisprudencia	148
IV. Ejecución y término del contrato.....	149
V. Conclusiones	151

PRESENTACIÓN

El día 27 de noviembre de 2008 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes el IX Encuentro de Profesores y Ayudantes de Derecho Civil que, en forma anual, convoca a los académicos a discutir un tema de relevancia para la teoría y práctica de la disciplina. En esta oportunidad, el tema elegido fue la doctrina de los actos propios, su alcance y limitaciones. Para ello, el Departamento de Derecho Civil y Romano de nuestra Facultad, dirigido por el profesor Jorge Baraona, invitó al destacado jurista argentino Alejandro Borda, autor de la principal monografía dedicada a estudiar dicho principio en la doctrina trasandina a dictar la conferencia principal del Encuentro. El profesor de la Universidad de Buenos Aires, con especial gentileza y disponibilidad, aceptó dicha invitación y participó en la actividad con una exposición que sintetizó sus ideas sobre la delimitación del principio, su fundamentación, requisitos y límites.

Para enmarcar la conferencia del profesor Borda, el suscrito efectuó una breve relación sobre la trayectoria histórica del adagio que recoge la doctrina: “venire contra factum proprium non valet”. Con posterioridad a la conferencia, tres profesores chilenos comentaron la trascendencia del principio desde la perspectiva del Derecho chileno. En primer lugar, el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Claudio Illanes Ríos, destacó la recepción de la teoría del acto propio tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia chilena; luego, el profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes, Alejandro Romero Seguel, expuso algunas reflexiones sobre la forma en que suele aplicarse e invocarse el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos en materias procesales y, finalmente, el profesor de Derecho Civil de la Universidad de los Andes y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Alberto Lyon Puelma, expuso sus aprensiones sobre una aplicación exagerada del principio que podría llegar a atentar contra la libertad individual y el derecho a cambiar de criterios y comportamientos.

El Encuentro motivó también una fructífera discusión entre los profesores del panel y los académicos que asistieron,

denotando tanto la riqueza normativa que presenta en diversos ámbitos del sistema jurídico la doctrina del acto propio, al hilo de una especie de “redescubrimiento” del principio que parece estar teniendo lugar en la jurisprudencia chilena, no sólo en las sentencias arbitrales sino en la de los tribunales ordinarios, como los peligros que puede encerrar una errada comprensión del principio que puede encubrir, en ocasiones, deficiencias de argumentación y justificación de decisiones poco razonadas.

De allí que pocos días después de la realización del Encuentro nos pareció oportuno pedir a los participantes que pusieran por escrito las exposiciones con la idea de publicar un número especial de la serie Cuadernos de Extensión Jurídica que estuviera dedicado monográficamente a la doctrina de los actos propios. La rápida aceptación a la petición por parte de los profesores incentivó el proyecto, aunque por cierto hubo que esperar la elaboración de los trabajos y su envío, lo que se fue produciendo durante el primer semestre del año 2009.

Entretanto, invitamos a otros profesores a estudiar el tema en otros ámbitos, y nosotros mismos nos pusimos la meta de elaborar un examen de la aplicación de la teoría del acto propio en el Derecho de Familia. A ello, pudimos agregar una revisión de la jurisprudencia reciente de la aplicación del principio en el ámbito del Derecho Privado, fruto del trabajo del profesor y alumno del Programa de Doctorado de la Universidad de los Andes, Juan Ignacio Contardo González, y un estudio de la aplicación del principio en el ámbito del Derecho del Trabajo, del que se hizo cargo el profesor de la especialidad de nuestra Facultad, Alfredo Sierra Herrero.

Con ello, se han conformado los capítulos que contiene este libro. En primer lugar, el lector podrá encontrar una exposición sobre “La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium non valet”, de nuestra autoría, que le informará sobre cómo fue formándose lo que hoy día se conoce como una doctrina o principio general de Derecho, así como la conexión en el origen entre la teoría del acto propio del Derecho latino-continental y la institución del estoppel tan típica del Common Law.

A continuación, se encuentra el trabajo de Alejandro Borda, que se titula “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, que constituye una estupenda exposición del alcance, fundamentación y requisitos que la doctrina moderna ha ido otorgando a la doctrina de los actos propios. Si bien el análisis se hace, como no podría ser de otra

forma, desde el contexto normativo del Derecho argentino, los razonamientos y las argumentaciones son parangonables al Derecho chileno. Los casos que el profesor Borda analiza, aunque han sido presentados y resueltos por los tribunales argentinos, de la mano de la pluma del autor, nos ayudan a comprender la forma en que se puede sustentar una correcta aplicación del “non venire contra factum proprium”.

Los comentarios efectuados por el Claudio Illanes, “Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile”, ponen de relieve cómo la doctrina chilena de segunda mitad del siglo XX ha acogido en general con entusiasmo el principio, entre cuyos propiciadores cabe destacar a los juristas Fernando Fueyo Laneri y Jorge López Santa María, por lo que es posible encontrar aquí la siembra de lo que hoy día se cosecha a través del acogimiento expreso de esta doctrina en la jurisprudencia de los tribunales chilenos. El profesor Illanes se muestra partidario de este acogimiento del principio que, sostiene, forma parte de una especie de “círculo virtuoso” que puede ayudar a renovar las instituciones del Derecho Civil chileno.

El profesor Alberto Lyon Puelma, en cambio, en el artículo “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”, se siente en la necesidad de atemperar el entusiasmo por la recepción de este principio y alertar sobre los peligros de una recepción indiscriminada de la idea de que nadie puede volverse contra actos suyos anteriores. En su planteamiento, el adagio “non venire” no puede aplicarse por sí mismo, sino sólo como expresión de una sanción a un comportamiento efectuado con dolo o mala fe. Con argumentos persuasivos, defiende que no es posible convertir la coherencia de conducta en una exigencia absoluta, pues ello atentaría contra la libertad de las personas; dicha libertad debe garantizar justamente que nadie esté obligado a realizar actos que no desea, ni siquiera con la amenaza de una sanción por estar comportándose de manera diversa a como actuó con anterioridad. Sólo si la contradicción conlleva una actuación dolosa o de mala fe podrá ser reprobada, pero entonces lo que opera es la sanción del dolo y la mala fe, y no la simple idea de que no puede volverse contra un acto propio. No obstante, estima que la doctrina de no ir contra los propios actos sí tiene aplicación cuando se trata de los actos de la administración del Estado o de los jueces, casos en los cuales la pura incoherencia que perjudique los derechos de los privados o de las partes podrá ser impugnada.

Justamente en este último punto, en lo referido al Derecho procesal, se centra el estudio del profesor Alejandro Romero, aunque focalizando sobre todo el problema en el ámbito de la justicia arbitral. Su trabajo se titula: “El acto propio en materia arbitral: algunos límites probatorios para su aplicación”. Como podrá apreciar el lector, el profesor Romero es favorable a la aplicación del principio como una herramienta para neutralizar al litigante de mala fe. Uno de los problemas que examina es si la fuerza probatoria del instrumento público puede ser pospuesta por la doctrina del acto propio sustentada en otros documentos que no tienen la misma fuerza probatoria o, sencillamente, cuando hay documentos contradictorios invocados por las partes. En tal cuestión, sostiene que, aunque mucho dependerá de las circunstancias especiales de cada caso, un criterio general que podría recomendarse sería sostener que la parte que ha incurrido en un comportamiento contradictorio no puede tratar de salvar esa situación sosteniendo que ha incurrido en un error involuntario al enviar una comunicación o carta que revela su actuación de mala fe.

Juan Ignacio Contardo nos proporciona una especie de “fotografía” de la forma en que está siendo recepcionada la doctrina de los actos propios en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios (incluida una sentencia arbitral), en materias civiles. Se revisan y exponen veinticinco sentencias que en forma expresa se refieren y aplican la regla del non venire contra factum proprium. El estudio jurisprudencial no tiene por objeto efectuar una crítica de las decisiones de los tribunales, según si han aplicado correctamente la doctrina de acuerdo a lo que los autores sostienen que ella debe considerar, sino una sistematización y exposición de la forma en la que la doctrina ha sido recogida. Sin duda es de agradecer este trabajo que permite dar cuenta del estado real de la cuestión en la jurisprudencia, al menos desde una revisión de sentencias que están a nuestro alcance a través de las revistas jurídicas y las bases de datos informáticas de que disponemos. Ella nos lleva a una conclusión ineludible, el principio aunque no esté recogido en ninguna norma positiva formal ha sido aceptado y considerado aplicable por la jurisprudencia en las más diversas materias del derecho civil.

Una de estas materias donde podría discutirse la aplicación del principio es la del Derecho de Familia, ya que aquí puede argumentarse que priman consideraciones de interés público y de indisponibilidad de los derechos como consecuencia de

actos derivados de la autonomía privada. De allí el interés que puede tener el estudio titulado “La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno”, y que es de nuestra autoría. En él se defiende la aplicación de la doctrina del acto propio también en materias familiares pero de modo limitado. Después de analizar disposiciones legales que se presentan como aplicación de la doctrina y otras que no deben ser reconducidas a ella, sino que fundadas en otras razones, se indagan aplicaciones de la doctrina del acto propio en materias que no han sido expresamente legisladas.

Finalmente, Alfredo Sierra Herrero aborda la aplicación de la doctrina del propio acto en una de las áreas donde más sentencias la están invocando en la actualidad, cual es, la del Derecho del Trabajo. En el artículo “La teoría de los actos propios en el ámbito laboral”, Sierra observa cómo desde al menos el año 2004 en que la Corte Suprema acoge expresamente la teoría, ella comienza a tener especial incidencia en la resolución de los conflictos laborales, a veces en favor del trabajador y en otras del empleador. De un análisis crítico de la jurisprudencia, el autor concluye que la doctrina del acto propio puede aplicarse en el Derecho del Trabajo pero siempre que su aceptación no conlleve una disposición o renuncia de algún derecho legal o convencional reconocido al trabajador, dada la irrenunciabilidad de los derechos laborales. De esta manera, le parece improcedente al autor el criterio, afirmado por ciertos tribunales, de que la aceptación previa por parte del demandante de que su contrato era civil y no laboral le impediría posteriormente reclamar la declaración de que en realidad su relación con el demandado era de carácter laboral. Por sobre la teoría del acto propio, debe aplicarse la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y, sostiene, un derecho irrenunciable por excelencia del Derecho del trabajo consiste en que una relación se califique como laboral si se cumplen los presupuestos legales para ello.

Pensamos que los estudios contenidos en este Cuaderno de Extensión constituyen uno de los análisis más completo y actualizado que se ha hecho en Chile de la doctrina del acto propio y, aunque no sea exhaustivo (falta toda la relevancia que puede tener el principio en el ámbito del Derecho público: constitucional, administrativo, económico), podrá servir para comprender en qué consiste la prohibición de ir contra los propios actos, cuáles son sus fundamentos y requisitos, y en qué circunstancias no debe considerarse su aplicación por privilegiarse ya sea la libertad de los individuos a actuar de

la manera que estimen más conveniente en ese momento como por la necesidad de proteger materias o facultades de derecho público o indisponibles.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Editor

Santiago, 20 de enero de 2010

LA RAÍZ HISTÓRICA DEL ADAGIO “*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*”

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. LA FORMACIÓN DEL ADAGIO: DE LOS TEXTOS ROMANOS AL BROCARDO MEDIEVAL

1. UN ADAGIO DE VARIAS FORMULACIONES

La doctrina de los actos propios se suele expresar con diversos adagios o aforismos: Uno de los más recurridos es el de “*Venire contra factum proprium non valet*”, que es el acogido por los *Consilia* de Decio, según luego veremos. Pero el adagio admite variadas formulaciones, como las que siguen:

Venire contra proprium factum nulli conceditur;
Nemini liceo adversus sua facta venire;
Non concedit venire contra factum proprium;
Proprium factum nemo impugnare potest;
Adversus factum suum quis venire non potest;
Nemo potest contra factum proprium venire;
Nemo contra factum proprium potest.

En todas las fórmulas se expresa la regla de que no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior. Conviene, en consecuencia, analizar la regla jurídica que está detrás del adagio o aforismo y buscar cómo se llegó a ella.

2. LOS PRIMEROS TEXTOS ROMANOS

Como es usual, la institución de los actos propios proviene del Derecho romano, pero con la precisión de que no fueron los romanos los que la enunciaron como una regla jurídica de aplicación general, método al cual no eran inclinados.

Se atribuye a Ulpiano la solución de un caso que da cuenta de la teoría de los actos propios por primera vez: en un texto conservado en Digesto (1.7.25 pr), Ulpiano se enfrenta al problema de un padre que había emancipado a su hija en presencia de testigos y que luego de muerta ésta, quiere dejar sin efecto la emancipación. Ulpiano declara que no procede: “Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos”. El problema se suscitaba porque, a pesar de la presencia de testigos, la emancipación no había cumplido con las solemnidades prescritas y era por tanto inválida. No habiendo sido emancipada la mujer seguía bajo la patria potestad de su padre y, por tanto, el testamento otorgado por ella era ineficaz. En estas condiciones, el padre de la mujer pretende ahora invocar la nulidad de la emancipación para dejar sin efecto el testamento. A Ulpiano esta actuación del padre le parece inicua, por lo que resuelve que no puede “mover controversia” contra su propia actuación que consintió en tener a su hija como emancipada. Aunque el texto no lo dice en forma expresa, parece obvio que el fundamento de la opinión de Ulpiano es la contradicción que se revela entre el actuar primero del padre y su segunda conducta: “*adversus factum suum*”: contra su propio acto, dice el texto. Pero, como aclara Díez-Picazo, no es la contradicción en sí misma la que produce la inhabilidad del padre en el pensamiento de Ulpiano, sino el hecho de que de admitirse aquella se lograría un resultado que es valorado como injusto: impugnar al testamento de la hija ya muerta para beneficiarse con la inexistencia de la emancipación consentida¹.

Otro caso que aparece en las fuentes romanas y que después servirá para la construcción de la doctrina de los actos propios es un fragmento de Celso recogido en el Digesto, que señala textualmente: “Puede concederse que tenga yo separadamente el derecho de paso y el de

¹ Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 26: “merece la pena subrayar lo que en el texto se considera inadmisibile es alegar la inexistencia de la emancipación para valerse de ella como medio de atacar, después de muerta la hija, el testamento de ésta. En cambio, lo que el texto no dice es si el padre hubiera podido ejercitar su ‘potestas’ y alegar la inexistencia o la ineficacia de la emancipación durante la vida de la hija. En este caso la contradicción se produciría igual, porque preexistiría el mismo ‘factum suum’ anterior, pero faltaría la razón que convierte en abusiva, en contraria a la buena fe, la controversia promovida”.

conducción por un fundo que es de muchos. Así pues, por estricto rigor no se hará mío este derecho de otro modo que si todos lo cedieran, y al fin con la última cesión se confirmarán todas las anteriores. Pero más equitativamente [*benignius*] se dirá que, aún antes que el último hiciera la cesión, aquellos que antes la hicieron no pueden vedar que use del derecho cedido” (D. 8.3.11).

Celso se pone en el caso en que el acto jurídico constitutivo de la servidumbre de paso aún no ha sido completado por falta de voluntad de alguno de los condueños, pero al cual ya han consentido los otros. En esa situación, el dueño del predio dominante ejercita el derecho de paso por el predio sirviente. Como la servidumbre no está formalmente constituida cualquiera de los comuneros podría alegar que se trata de una perturbación de la posesión y ejercer la acción negatoria conforme al derecho civil. Pero aquí es donde Celso, sobre la base de una interpretación “benigna” que flexibiliza el derecho civil estricto, estima que si esa acción la ejercita alguno de los comuneros que ya han concurrido al acto de cesión, ella debe ser desestimada. El fundamento radicaría nuevamente en que, de aceptar la contradicción de la conducta, se produciría un resultado injusto o contrario a la buena fe.

Aunque existen otros textos que pueden reconducirse al principio de los propios actos, los de Ulpiano y Celso son los puntos claves en los que va a apoyarse todo el desarrollo dogmático posterior para establecer la regla de derecho conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos². Pero antes, deberá diferenciarse la idea del acto propio de otra máxima muy semejante: la que prohíbe actuar contra actos propios anteriores pero que son dolosos o al menos torpes jurídicamente.

3. ACTOS PROPIOS Y ALEGACIÓN DE LA PROPIA TORPEZA

Hay varios textos de las fuentes romanas que niegan también una pretensión contraria a una conducta anterior, pero que se fundan en que ésta ha sido dolosa, ilícita o torpe jurídicamente.

Así, por ejemplo, se sostiene que no puede alegar el fraude de los acreedores aquel que fue partícipe de él (C. 7.8.5), que el donante no puede revocar una donación invocando que se hizo en fraude de terceros (C. 8.55.4), que el menor que se hace pasar por mayor de edad no puede reclamar el beneficio de la *restitutio in integrum* (C. 1.42.2), que no puede valerse de una transacción aquel que la ha celebrado dolosamente (C. 2. 4. 30 § 8), y que no puede pedir repetición por medio de la *condictio* el culpable de causa ilícita o inmoral (D. 12.5)³.

² Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 32. Los demás textos dicen relación con la imposibilidad de alegar la ineficacia de la venta o empeño de una cosa ajena si posteriormente el vendedor adquiere la cosa (ej. D. 44.4.4 § 32; D. 23.5.17; D. 21.3.1).

³ Casos citados por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 39-40.

De estos textos se deducirá el adagio, que también ha llegado a nuestros días, que reza: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, o también “*allegans propriam turpitudinem non auditur*”, que se traduce como nadie puede alegar su propia torpeza o dolo.

Aunque emparentados en su origen, las reglas son diferentes y no cabe confundir la teoría de los actos propios con la imposibilidad de alegar el propio dolo. Como señala Díez-Picazo, la inadmisibilidad de contradecir el acto propio proviene de las exigencias de la buena fe y de la regularidad del tráfico, mientras que la privación de una pretensión por una actuación dolosa o ilícita es propiamente una sanción: “En un caso nos hallamos frente a una norma con una finalidad eminentemente protectora, mientras que en el otro la norma es esencialmente sancionadora”⁴.

4. UN INTENTO DE GENERALIZACIÓN: LA “*REGULA IURIS*”

El primer intento de generalización del criterio de la inadmisibilidad de contravenir un acto propio pertenece al período de la compilación justiniana del siglo VI, y concretamente a los autores del Digesto. El último de los títulos de los cincuenta libros de esta obra (título XVII del libro L) lleva por nombre “*De diversis regulis iuris antiqui*”, esto es, “De las diversas reglas del derecho antiguo”.

En este título los autores de la compilación insertaron un párrafo tomado de la obra de Papiniano denominada “*Libro Tertio Quaestionum*”, en su formulación breve y aparentemente general: “*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*”. La regla se traduce como “Nadie puede cambiar su voluntad en perjuicio de otro”⁵.

No parece, sin embargo, que la intención original de Papiniano haya sido formular una regla de aplicación general. El hecho de que los compiladores del Digesto la hayan tomado del libro de “Cuestiones” induce a pensar, por el contrario, que se trataba de una afirmación suscitada por la solución de un caso particular. Relacionando otros textos tomados del libro de “Cuestiones”, es posible conjeturar que Papiniano al analizar el cambio de opinión estaba pensando en el hijo emancipado al cual el Derecho pretorio le reconoce la *bonorum possessio* incluso contra *tabulas* (contra el testamento de su padre). De esta manera, si el emancipado acepta o reclama un legado otorgado por el testamento de su padre no podrá después pedir la *bonorum possessio*⁶.

⁴ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 204.

⁵ Es la traducción del Digesto dirigida por D’Ors. En la traducción del *Corpus Iuris Civilis* de Ildefonso García del Corral, se prefiere traducir “*consilium*” por “designio”: “Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro”.

⁶ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 35-38.

Con todo, vemos que comienza ya a germinar la idea de formular de manera general un criterio que impide alegar el cambio de conducta si con ello se produce un perjuicio a otra persona.

5. DE LA *REGULA* AL *BROCARD*O

Los textos romanos (especialmente los de Ulpiano: D. 1.7.25 y Celso: D. 8.3.11) serán objeto de análisis y construcciones conceptuales, con la formación de la Escuela de Bolonia, y la aparición de una nueva ciencia jurídica liderada por canonistas, glosadores y comentaristas.

Los glosadores, al comentar los textos romanos, van afirmando la idea de que no es posible contradecir los actos propios.

Ya entre los glosadores se comienzan a escribir tratados que tienen por objeto coleccionar y explicar reglas jurídicas generales, a las que se denomina *Brocarda*. No está claro la significación primitiva de la palabra “brocardo”; algunos quieren hacerla derivar del alemán “*Brötchen*” que significa trozo de pan: los brocardos jurídicos serían así como un trozo de derecho. Otros quieren ver una derivación corrupta de la expresión “*pro-contra*”, ya que los brocardos eran expuestos siempre como reglas generales, pero seguidos por textos que eran excepciones (*contra*) a la regla⁷. El historiador italiano Francesco Calasso sostiene que los brocados eran uno de los instrumentos por medio de los cuales los glosadores se procuraban a sí mismos para adquirir un dominio sobre el entero *Corpus Iuris* y, al mismo tiempo, un proceso preparatorio que debía permitirles una visión unitaria del sistema jurídico. La forma literaria en la que se plasmaba esta visión global era el de las *Summae*, tratados que imitaban las *Summae* de los filósofos y teólogos⁸.

La regla de los actos propios aparece entre los brocardos recolectados por uno de los más insignes autores de la época: el jurista Azón (?-1230). El libro de brocardos del más célebre de los glosadores, según Calasso⁹, se inserta usualmente como apéndice a su *Summae*, con el título *Brocardica Azonis*¹⁰. En la rúbrica X: *De aequilitate factorum*, folio 28, aparece la

⁷ Sobre estas especulaciones, cfr. Domingo, Rafael y Rodríguez-Antolín, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismos. Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 14. Apuntan también que Savigny señaló que no era correcta la explicación que hacía derivar la expresión del nombre del obispo de Worms, Burchard von Worms, “Burcardus”, que fue autor de una colección canónica conocida como *Decretum Burcardi* (s. XI).

⁸ Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto I: Le Fonti*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 534.

⁹ Calasso, F., ob. cit., p. 534.

¹⁰ Calasso, F., ob. cit., pp. 533-534, enseña que si bien se considera al glosador Pillio da Medicina (siglo XII) como el *primus auctor* de libros de brocardos, es a Azón a quien se le atribuye una copiosa colección de *brocarda*, que fue después aumentada por obra de alguno de sus discípulos. Usualmente se le imprime como apéndice a su *Summae*, con el título *Brocardica Azonis* (p. 534, nt. 51).

primera formulación del principio de los actos propios: “*venire contra proprium factum nulli conceditur*”¹¹.

Entendida ahora como brocardo se colocan a continuación, bajo la rúbrica de “*contra*”, los fragmentos del *Corpus Iuris* justiniano en los que la regla no recibe aplicación.

Para conciliar la regla con sus excepciones, Azón concibe la teoría en los siguientes términos. En su opinión, hay que distinguir si el acto contra el cual se trata de actuar fue llevado a cabo legítima o ilegítimamente. Si fue hecho legítimamente no se puede venir en su contra y se aplica el brocardo. Si lo actuado es contrario a derecho, hay que analizar la razón de la ilegitimidad: si el acto ha contravenido una disposición legal, no se aplica el brocardo y puede contradecirse e impugnarse; pero si la ilegitimidad procede simplemente de la omisión de formalidades o de la falta de concurrencia de todas las voluntades necesarias (como en los casos de los textos romanos de Ulpiano y Celso), el brocardo recupera vigencia y no se admite que se contravenga el acto propio anterior¹².

En la rúbrica 57, que lleva por título *De voluntatis variatione et electione*, se agregan tres aforismos que tienen relación con el anterior y son: *non licet improbare semel approbatum* (nº 4); *voluntatem mutare non permittitur* (nº 6) y *non licet alicui variare* (nº 24)¹³.

El autor de la Magna Glosa, Accursio, al glosar los párrafos del Digesto de Ulpiano y Celso acudirá también como explicación a la idea de que nadie puede ir contra sus propios actos. Así en la glosa a D. 1.7.25 (glosa “*factum suum*”), aunque Ulpiano no utiliza esta expresión, plantea la cuestión como “*contra factum suum an quis venire posset*”. En la glosa al texto de Celso: D. 8.3.11 (glosa “*non posse*”), el primero de los cinco argumentos que justifican la solución es el de que “*quod quis contra suum factum venire non possit*”¹⁴.

La regla es utilizada también por los primeros canonistas. Así se advierte en las glosas al *Corpus Iuris Canonici*. Ante una disposición que prohíbe a un obispo que de modo consciente concede un beneficio eclesiástico a una persona que era inhábil para recibirlo, privarla de éste (Cód. 5, X, de fil. presb. 1, 17), la glosa se planteará el problema desde la perspectiva de los actos propios: “*sed nonne potest episcopus contra factum venire, si est illicitum*”¹⁵.

¹¹ Cfr. Domingo, R. y Rodríguez-Antolín, B., ob. cit., nº 685, p. 134.

¹² Citado por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 45-46.

¹³ Citado por Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 46.

¹⁴ Citado por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 46-47.

¹⁵ Referido por Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 49.

II. LOS ACTOS PROPIOS COMO “DOCTRINA” JURÍDICA

1. LOS PRIMEROS ATISBOS EN LA OBRA DE LOS COMENTARISTAS: BÁRTOLO Y BALDO

El adagio de los actos propios fue acogido por la obra de los dos más grandes comentaristas medievales, que lo desarrollaron y contribuyeron ya a la formulación de lo que se llamará la “doctrina” de los actos propios.

Bártolo de Sassoferrato (c. 1313-1357) distingue si el acto propio fue realizado *secundum*, *praeter* o *contra legem*. Sólo cuando el hecho era conforme al texto de la ley o al menos no prohibido por ésta, regía el aforismo y no podía negarse con una conducta posterior. En cambio, si el hecho anterior era contrario a la ley (*contra legem*), era posible privarlo de eficacia por la revocabilidad de toda conducta prohibida por la ley¹⁶.

Baldo di Ubaldi (1327-1440) aborda con más detención el adagio que prohíbe venir contra los propios actos y es quien reconoce abiertamente que esta doctrina tiene como fuente un brocardo: “*est via brocardica dicto*”. La reflexión de Baldo se asienta en el comentario a un párrafo del Códex de Justiniano (C. 7.16.1), por el cual se permite que un padre deje sin efecto la venta de sus hijos ingenuos, lo que es calificado de cosa ilícita y deshonesta.

Sigue Baldo a Bártolo señalando que debe distinguirse si el acto ha sido *contra legem* o *preater legem*, pero introduce nuevas distinciones: si se actuó a nombre propio o a nombre ajeno, si el acto *praeter legem* era un contrato *ipso iure* nulo y si siendo *ipso iure* nulo lo era “*quoad rem et obligationem*” o sólo “*quoad rem*”, y, finalmente, respecto de este último si la causa de la nulidad era conocida o ignorada.

Con estas distinciones, extrae las consecuencias siguientes: si se actuó a nombre ajeno, procede impugnar el acto propio (no se aplica el brocardo). Si se actuó a nombre propio y el acto es *contra legem*, igualmente procede la revocación (no se aplica el brocardo). Si el acto a nombre propio fue *preater legem*, por regla general no puede impugnarse (se aplica el brocardo), salvo que el acto sea *ipso iure* nulo por una nulidad *quoad rem et obligationem*, caso en que es impugnable (no se aplica el brocardo). Si el acto es ineficaz por una nulidad sólo *quoad rem* no procede la impugnación (se aplica el brocardo), salvo que se ignore la causa de la nulidad (“*inter ignorantem*”).

Como resumen de su complicada doctrina Baldo parece establecer como regla general la imposibilidad de venir contra los propios actos salvo en tres casos: 1º) si el acto no es obligatorio *ipso iure*; 2º) si se actuó a

¹⁶ La doctrina de Bártolo aparece en su obra *In priman Digesti Veteris Partem*, en sus adiciones a la glosa “*factum suum*” y a la glosa “*per fundum*”. Citado por Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 47.

nombre ajeno y 3º) si ello favorece la libertad: “*Triplici modo venit quis contra factum suum: primo, quando ipso iure non tenet; secundo, quando quis agit nomine alieno; tertio, libertatis favore*”¹⁷.

2. LA AUSENCIA DEL AFORISMO EN LAS PARTIDAS DE ALFONSO X

En el ámbito del Derecho hispánico medieval la regla no aparece formulada expresamente. El Código de Alfonso X el Sabio denominado las Siete Partidas (s. XIII) no reproduce el texto de Papiniano que recogía el Digesto en el título XXXIV, de la Partida VII, que se dedica a las reglas de Derecho.

Sin embargo, la doctrina de los actos propios es recogida al menos en dos casos. Uno de ellos aparece en una ley de la Sexta Partida, que se titula: “Como aquel que otorga o consiente en el testamento en quel deshereda a su padre, non lo puede desatar después”. El texto señala: “En cualquier manera, que otorgasse, o consentiesse el fijo, o el nieto, en testamento en que le ouiessem desheredado, assi como le ouiessem dexado manda en el, o a su fijo, o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse, o si el fuesse Abogado, o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuesen en el escritas; o consentiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas, no podria después querellarse para quebrantar el testamento”. La ley concluye diciendo “nin debe ser oido” (P. 6.8.6).

El segundo corresponde a la recepción del texto de Celso, D. 8.3.11, sobre la constitución de servidumbres por varios condóminos. La Partida Tercera, título 31, ley 10, dice que “Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos, servidumbre a su edificio, o a su heredad. Pero si muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deben otorgar quando la ponen. E si por ventura la otorgasen algunos, e non todos, aquellos que la pusieron non la pueden después contrastar, que la non haya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos también por la su parte como por la de los otros que no la otorgaron ...”. Se ve aquí la prohibición de ir contra el propio acto de los que ya otorgaron su consentimiento a la constitución del derecho real. El texto continúa señalando: “... Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros nin los empece. Pero si después desso la quisieren otorgar e consentir aquellos que la contradicen, valdría, también como si la oviesen de primero otorgado todos do so uno” (P. 3.31.10).

¹⁷ La doctrina de Baldo aparece en varias rúbricas de su *Index locupletissimus in omnia commentaria*, que hemos tomado de la cita que hace Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 48-49.

La glosa de Gregorio López pone de manifiesto la relación entre este texto y el párrafo de Celso conservado en el Digesto (ver glosa 2 a P. 3.31.10).

3. EL ADAGIO EN LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA

El brocardo de Azón, enriquecido con la doctrina de los comentaristas, atravesará toda la Edad Media, hasta llegar a los albores de la Edad Moderna, y aparecer en las colecciones de respuestas y consejos jurídicos de los juristas que integran el movimiento humanista. La formulación más popular del adagio: “*venire contra factum proprium non valet*”, es contemplada en la obra *Consilia sive responsa* del canonista, romanista y civilista renacentista italo-francés Filippo Decio (1454-1535). La regla aparece en el *Consilium* 495, N° 18, p. 538¹⁸. Los *Consilia* de Decio fueron objeto de numerosas ediciones en el siglo XVI y generaciones enteras de juristas los ocuparon¹⁹. La regla aparece incluso aplicada para proteger a las personas contra la potestad del Estado, y evitar que el príncipe se sienta libre para declarar unilateralmente sin valor obligaciones contraídas previamente. Es lo que sostiene el humanista alemán Ulrico Zasius (1461-1535) en su obra *Responsorum iuris sive consiliorum* (*Consilium* 10)²⁰.

Con la Escuela del Derecho Natural racionalista el principio pasó a considerarse una regla que expresaba una exigencia de la justicia derivada de la razón natural. Pufendorf (1632-1694) parece aludir a la doctrina al tratar de los deberes absolutos de los hombres unos hacia otros y de las promesas o convenciones en general. La afirmación de la voluntad como fuente de obligaciones llevará a recalcar la imposibilidad de incumplir lo prometido incluso por medio de actuaciones significativas que caen en el calificativo genérico de promesas. Pufendorf llega a decir que “una de las máximas más inviolables del Derecho Natural, de cuya observación depende todo el orden, toda la bondad y todo lo agradable de la vida humana” es la que reza “Que cada uno debe cumplir religiosamente su palabra, es decir, efectuar aquello a lo que se ha comprometido por alguna promesa o por cualquiera convención”²¹.

En el ambiente del Derecho Natural racionalista surge lo que puede considerarse la primera monografía dedicada a examinar la doctrina de los propios actos. Es debida al jurista Joham Christoph Schacher (1667-1720),

¹⁸ Cfr. Domingo, R. y Rodríguez-Antolín, B., ob. cit., p. 685.

¹⁹ Cfr. Rodríguez Antolín, Beatriz, “Filippo Decio”, en Rafael Domingo (ed.), *Juristas Universales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, t. I, p. 565.

²⁰ Referido por Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, t. I, p. 216. El mismo Coing cita también en igual sentido a Ludof Schrader, *Consiliorum sive responsorum*, Jenae, 1607-1609, *consilia* 21, nr. 45/46.

²¹ Pufendorf, Samuel von, *La Droit de la Nature et de des Gens*, trad. Jean Barbeyrac, Henri Schelte, Amsterdam, 1706, lib. 3, cap. 4, § 2, t. I, pp. 321-322.

que escribe una disertación titulada “*De impugnatione facti proprii*”, que sostiene como regla general, y en directa sintonía con la escuela del Derecho natural, que nadie puede retractarse de lo que uno mismo ha lícitamente realizado: “*nemo retractare potest quod a se legitimum factum est*”²².

III. MUERTE Y RESURRECCIÓN DEL ADAGIO EN LA CODIFICACIÓN. LA REFORMULACIÓN DE LA “DOCTRINA” DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL SISTEMA LATINO-CONTINENTAL

1. LA DESAPARICIÓN DEL ADAGIO EN LOS CÓDIGOS CIVILES

El movimiento codificador, aunque siguió los postulados de la Escuela Iusracionalista, no recogió expresamente la formulación del principio, quizás por su desconfianza hacia el poder de los jueces y la libertad que les proporcionan las reglas excesivamente genéricas o discrecionales.

No obstante, algunos preceptos dejan en evidencia la pervivencia del criterio de la inadmisibilidad de la contradicción de la conducta en perjuicio de terceros. Es curioso cómo el texto romano de Celso sobre la constitución de servidumbre por uno de los varios propietarios, traspasa los tiempos hasta llegar al art. 1059 del Código Civil italiano y al art. 597 del Código Civil español. La disposición del Código Civil italiano señala: “La servidumbre concedida por uno de los copropietarios de un fundo indiviso no es constituida sino cuando los otros también la han concedido unida o separadamente.– Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios, independientemente de los otros, obliga al concedente o a sus herederos o causa habientes a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido” (art. 1059 CC).

El precepto español (cuya fuente directa probablemente sea el texto de Partidas 3.31.10, ya citado), dispone: “Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los propietarios.– La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.– Pero la concesión hecha por cada uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido” (art. 597 CC español).

2. EL RESURGIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Incluso a falta de textos expresos, los autores y la jurisprudencia de los países de derecho codificado han terminado por afirmar no sólo la

²² El estudio de Schacher fue escrito en la segunda mitad del siglo XVII, y aparece incluido en las *Dissertationes Juridicae Francofurtensium*, de Samuel Stryk, publicadas en Frankfurt, el año 1744. Es citado y resumido por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 54-57.

vigencia del adagio “*venire contra*”, sino por construir una “doctrina” o “teoría” de los actos propios. Esta doctrina desarrolla el fundamento de la regla, sus presupuestos y requisitos, su delimitación con figuras como la renuncia tácita o la fuerza obligatoria del contrato, los límites de su aplicación, y sus efectos.

En Alemania, se afirmará que la no contradicción del acto propio es un principio general de derecho que puede deducirse del art. 242 del BGB que dispone que “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. La doctrina estima que el precepto se extiende a toda relación jurídica incluso al ejercicio de los derechos, y que incluye la prohibición de contradecir la propia conducta anterior²³. De allí también deriva la doctrina de la “*Verwirkung*” por la cual un derecho puede decaer cuando su titular no ha hecho uso de él y ha dado la impresión a la otra parte de que no lo ejercerá más²⁴.

En España, Luis Díez-Picazo descarta que la máxima del “*venire contra*” tenga fuerza como fuente de Derecho por el hecho indudable de ser una regla jurídica, ya que éstas no la tienen por sí mismas sino por ser expresión de normas o principios. No habiendo norma legal descarta también que la prohibición de venir contra los propios actos sea un principio general de Derecho, ya que son muchas las veces en las que se acepta la variación de conducta, partiendo por el derecho de impugnar actos jurídicos viciados. Finalmente, llega a la conclusión de que la regla sólo tiene fuerza vinculante como derivación del principio de buena fe, ya que “la exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”²⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pródiga en sentencias que recogen el principio, bien sea para acogerlo o para estimar que no se aplica en el caso, pero siempre dando por descontado que rige en el sistema español²⁶.

²³ Cfr. Larenz, Karl, *Derecho Civil. Parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, 1978, p. 300; Whittaker, Simon y Zimmermann, Reinhard, “*Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*”, en R. Zimmermann y S. Whittaker (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 24-25.

²⁴ Según Witz, Claude, *Droit privé allemand 1: Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, Paris, 1992, pp. 525-528, la ineficacia de la conducta contradictoria conforma un grupo de casos en los que la jurisprudencia alemana aplica el principio de buena fe recogido en el § 242 del BGB, que deriva del adagio “*venire contra*”. Esta categoría se divide a su vez en dos subgrupos: uno es la que aplica directamente el principio de los actos propios, y el otro es el que configura la institución particular de la *Verwirkung*, la que, según Witz, “es la principal aplicación derivada del principio ‘venire contra factum proprium’” (p. 526).

²⁵ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 142.

²⁶ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 253 y ss.; Domingo, R. y Rodríguez-Antolín, B., ob. cit., pp. 134-135. Para una revisión de la jurisprudencia reciente puede verse a Rogel Vide, Carlos, “La doctrina de los propios actos en la última jurisprudencia civil española”, en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimpr. 2009, pp. 203-232.

La teoría es también acogida por los autores y los tribunales de otros países europeos como Grecia²⁷ y Bélgica²⁸, y americanos como Argentina²⁹, Brasil³⁰ y Chile³¹.

La excepción más notoria a esta recepción doctrinal y jurisprudencial del antiguo brocardo en los países del sistema latino-continental es la de Francia, donde pareciera que la teoría del abuso del derecho ha absorbido los casos de contradicción de conductas. No obstante, en el último tiempo se ha defendido la idea de exigir una coherencia de conductas en el campo de los contratos³².

La doctrina de los actos propios tampoco penetró en los países anglosajones. Pero en ellos se forjó una institución que suele cumplir una función similar: la del *estoppel*.

²⁷ Cfr. Whittaker, Simon y Zimmermann, Reinhard (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 260 y 641.

²⁸ Cfr. Whittaker, S. y Zimmermann, R. (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 521. Se afirma que la Hof van Cassatie acepta la doctrina del *venire contra factum proprium* (*rechtsverwerking*) en casos donde la conducta del acreedor es manifiestamente no razonable, por ejemplo, abusiva.

²⁹ Para el Derecho argentino, puede verse a Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, LexisNexis, 4ª edic., Buenos Aires, 2005; López Mesa, Marcelo J., "La doctrina de los actos propios y sus aspectos más relevantes", en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimp. 2009, pp. 1-201, especialmente pp. 96-104.

³⁰ Para el Derecho brasileño, puede verse a Martins-Costa, Judith, *A boa-fé no Direito Privado*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2000, pp. 406-472.

³¹ Cfr. Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989; Fueyo Laneri, Fernando, "La doctrina de los actos propios", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 303-357; López Santa María, Jorge, "Los intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios", *RDJ* t. 82, Derecho, pp. 33-52; Tavolari Oliveros, Raúl, "De la aceleración, la interrupción de la prescripción de la acción ejecutiva y la doctrina de los actos propios en el proceso: informe en Derecho", en *Gaceta Jurídica*, N° 188, 1966, pp. 88-102; Gandulfo R., Eduardo, "La aplicación del principio Venire contra Factum Proprium non valet. Un caso de vulgarrismo jurídico", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, 2005, 2, pp. 363-374, aunque critica la aplicación que hace de la doctrina el fallo de la Corte Suprema de 20 de septiembre de 2004, publicado en *Gaceta Jurídica* N° 291, 2004, pp. 118-120.

³² La Corte de Casación, utilizando el criterio de la coherencia contractual fundada en la buena fe, llega a resultados similares a los de la doctrina de los actos propios. El principio de la coherencia es aplicado por una sentencia de la 1ª Cámara Civil de la Corte de fecha 16 de febrero de 1999, por el cual se deniega la pretensión de un acreedor que durante largo tiempo (un decenio) había tolerado la inexecución del contrato y que de manera abrupta había hecho valer una cláusula resolutoria expresa y de eficacia extrajudicial (de pleno derecho). El fallo es comentado favorablemente por Mazeaud, Denis, "*De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse*", *Recueil Dalloz*, 2000, *Jurisprudente*, sec. *Sommaires commentés*, pp. 360-361. Según Mazeaud, "la incoherencia vuelve culpable al acreedor que ha traicionado la confianza legítima que su tolerancia prolongada había hecho nacer en su deudor, revela su mala fe y lo priva del derecho de hacer jugar la cláusula resolutoria expresa" (p. 360).

IV. EL ADAGIO DEL “*NON VENIRE*” Y LA FORMACIÓN DE LA DOCTRINA ANGLOSAJONA DEL *ESTOPPEL*

Los autores del sistema latino-continental que tratan del adagio “*venire contra*” suelen referirse a la similitud de esta doctrina con la figura anglosajona del *estoppel*³³. El *estoppel* es una regla de prueba que impide que una parte, en el curso de un juicio, alegue y pruebe la falsedad que ella misma ha representado, con sus palabras o conductas, como verdadero. Hay muchas variantes de *estoppel*, pero las más antiguas son las del *estoppel by record*, el *estoppel by deed* y el *estoppel in pais*. El primero impide a alguien abrir de nuevo una controversia que ya ha sido fallada; el *estoppel by deed* se alega contra el que pretende desconocer lo declarado en una escritura, documento o registro público; el *estoppel in pais* es el que se opone a aquel que pretende desconocer lo afirmado como verdadero por una conducta anterior. Es este último el que más se asemeja a la institución latino-continental del “*venire contra*...”³⁴.

En el ámbito del *common law* se entiende que la regla del *estoppel* fue formada por tres largos e indefinidos períodos, que fueron produciendo las distintas formas. Al parecer el más antiguo es el *estoppel by record* que los juristas hacen remontar a la institución de la *res iudicata* del Derecho romano³⁵. En cambio, los otros son considerados creaciones del más antiguo derecho anglosajón. El *estoppel by deed* y el primer *estoppel in pais* aparecen en las primeras colecciones de Derecho inglés, como los *Abridgements* de Nicholas Statham (1470) o Anthony Fitzherbert (1514) a los *Year-Books* de la época de Eduardo II (años 1307-1326)³⁶. El primer tratamiento más sistemático de la figura en este estado es la de Lord Edward Coke (1552-1634) en sus comentarios a Littleton que datan de 1628, y que forman la primera parte de su obra magna *Institutes of the Laws of England*, reputada como uno de los textos fundacionales del *Common Law*. Según Coke la expresión “*estoppel*” proviene de la palabra

³³ En España, Puig Brutau, José Luis, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, pp. 103 y ss., sostiene la vinculación entre la figura del *estoppel* del *common law* con la doctrina de los actos propios del sistema latino-continental: “Creemos que no hace falta mucho esfuerzo para demostrar o hacer ver que esta descripción de la doctrina del *estoppel*, que se trata de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de los actos propios” (p. 105). También, Díez Picazo, L., ob. cit., pp. 62 y ss.; Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, LexisNexis, 4ª edic., Buenos Aires, 2005, pp. 27 y ss.; Alcaraz Varó, Enrique, *El inglés jurídico*, Ariel, 5ª edic., Barcelona, 2002, p. 207, nt. 114.

³⁴ Dice Puig Brutau, J. L., ob. cit., p. 110, que “resulta conveniente observar que se emplea la misma palabra *estoppel*, con objeto de señalar lo que para nosotros es la doctrina de los actos propios (*estoppel by facts in pais*: como si dijéramos, obstáculo resultante de los actos ejecutados por alguien de manera notoria en cierto lugar)...”.

³⁵ Bigelow, Melville M., *A Treatise of the Law of Estoppel and Its Application in practice*, Little, Brown and Company, Boston, 1872, p. xlii y pp. 7 y ss.

³⁶ Bigelow, M., ob. cit., p. xlii. Señala que en los tres *Year-Books* del reinado de Eduardo I, que son los anteriores, el título “*estoppel*” no aparece indexado (nota 4).

francesa “*estoupe*”³⁷, de la que deriva el inglés “*stopped*”³⁸. La más moderna versión del *estoppel in pais* se desarrolló ya en el siglo XIX, y amplía la doctrina de Coke que en esta parte ha quedado en gran parte obsoleta³⁹. Esta forma de *estoppel* será llamada “*equitable estoppel*” por oposición a las otras dos que son denominados casos de “*legal estoppels*”⁴⁰.

A pesar de que los autores del *common law* no parecen conectar los orígenes del *estoppel* con el adagio de los actos propios, uno de los más enjundiosos estudios de la teoría realizado por el autor alemán Edwin Riezler, proporciona indicios de bastante verosimilitud para afirmar esa conexión⁴¹. En este sentido, hay que considerar que antiguos juristas ingleses como Bracton y Glanville recibieron influencia de los glosadores, comentadores y canonistas medievales, en cuya matriz se forjó el brocardo del “*venire contra*”. En segundo lugar, es sugerente que uno de los textos del *Corpus Iuris Canonici* (Cód. 5, X, de fil. presb. 1, 17), que sirvieron para afirmar la doctrina de los actos propios, recoge una disposición que iba justamente dirigida a un obispo británico (se le prohibía revocar un beneficio que él, con conciencia de causa, había concedido a una persona inhábil).

En tercer lugar, se ha hecho ver que la palabra “*deed*”, que se emplea en una de las formas de *estoppel*, deriva de la palabra latina “*factum*”, como lo reconoce el mismo Blackstone⁴².

³⁷ Pareciera que se trata del término del francés medieval “*estoupail*”, que quiere decir tapón. De allí se habría formado el verbo “*estouper*”, del cual deriva el inglés “*stop*”. La palabra francesa proviene del latín “*stuppa*”. Del latín *stuppa* surge de la palabra castellana “estopa”, que designa la “parte basta o gruesa del lino o del cáñamo, que queda en el rastrillo cuando se peina y rastrilla” y la “tela gruesa que se teje y fabrica con la hilaza” de aquella (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*).

³⁸ Coke, Edwardo, *The Firts Part of Institutes of the Laws of England or, A Commentary upon Littleton*, E. Brooke, W. Clarke and sons, W. Reed and Fleming and Phelan, Upper, Ormond Quay, 16ª edic., London/Dublin, 1809, 352ª, p. 335. Coke da una definición que se hará famosa: “es llamado un *estoppel* o conclusión, porque la aceptación o el acto propio de un hombre [*man's owne act*] bloquea [*stoppeth*] o cierra su boca para alegar o demandar la verdad”. La definición ha sido considerada poco feliz y ocasionó que durante un tiempo se calificara como odiosa (“*odious*”) esta doctrina. Ya en el siglo XIX, se la defiende diciendo que ella “ha perdido su odiosidad, y ha devenido en una de las más importantes, útiles y justas herramientas del derecho” (Bigelow, M., ob. cit., pp. xlii-xliii).

³⁹ Bigelow, M., ob. cit., p. xlii y pp. 370-372.

⁴⁰ *Black's Law Dictionary*, 6ª edic., West Publishing Co, St. Paul, Minn., 1991, p. 383.

⁴¹ Riezler, E., *Venire contra factum proprium, Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, Leipzig, 1912, pp. 62 y ss., citado Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 63-64.

⁴² Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England, A facsimil of the Firts Edition of 1765-1769*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1979, t. II, p. 295: “Un *deed* es un escrito sellado y entregado por las partes. A veces es llamado una *charter*, *carta*, por su materialidad; pero más usualmente, cuando se aplica a transacciones de sujetos privados, es llamado un *deed*, en Latín, *factum*,..., porque es el más solemne y auténtico acto que un hombre puede realizar, con relación a la disposición de su propiedad; y de allí que un hombre debe siempre ser *stopped* por su propio *deed*, o no ser admitido a sostener o probar ninguna cosa en contradicción a lo que él ha declarado tan solemne y deliberadamente”. Los términos en cursiva no han sido traducidos.

Por último, la expresión “*own act*” (acto propio) que desde la primera definición de Coke en sus *Institutes* (“*man’s owne act*”), es usada con profusión en la doctrina del *estoppel*, pone de manifiesto el parentesco entre ésta y la prohibición de volverse contra los actos propios⁴³.

Estudios de derecho comparado moderno tienden a mostrar cómo casos similares son solucionados en los países del sistema latino-continental con apelación a la buena fe en su concreción de la doctrina de los actos propios y en los países anglosajones con invocación de algunas de las modernas fórmulas del *estoppel*⁴⁴.

⁴³ Por ejemplo, en el *Black’s Law Dictionary*, 4ª edic., West Publishing, 1968, p. 648, se define el *estoppel* diciendo que: “*A man’s own act o acceptance stops o closes bis mouth to alege or plead the truth*” (El acto propio o la aceptación de un hombre detiene o cierra su boca para invocar o alegar la verdad).

⁴⁴ El estudio comparado organizado y expuesto en la obra de Whittaker, S. y Zimmermann, R. (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 513, pone esto de manifiesto. Por ejemplo en un caso en que una de las partes que tenía derecho a demandar por daños a otra, esperó a que esta se hiciera aconsejar por expertos confiando en su afirmación de que no haría uso de la excepción de prescripción. Posteriormente, en el juicio opone dicha excepción que efectivamente ha cumplido el plazo legal al haber dilatado el demandante el ejercicio judicial de su acción. La alegación de prescripción sería denegada en Alemania y en España por aplicación del principio del “*venire contra*”, mientras en Inglaterra e Irlanda se llegaría al mismo resultado por la invocación de la doctrina del “*promissory estoppel*”. Whittaker, Simon y Zimmermann, Reinhard, “*Coming to terms with good faith*”, en R. Zimmermann y S. Whittaker (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 692, señalan que la idea de que una persona debe respetar su palabra (sea que se trate de una promesa o simplemente de una representación), combinada con la confianza de otra, puede ser vista como una consecuencia de la buena fe a través del adagio del “*venire contra*”, y que resulta interesante que el Derecho inglés, que, aunque deniega que cualquier acuerdo sea contractual (debido a las reglas de la *consideration*), posee una doctrina: la del *promissory estoppel*, que mezcla elementos de representación y confianza y que tiene el poder de someter una regla legal (como la *consideration*) a criterios generales de justicia [*fairness*].

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS. UN ANÁLISIS DESDE LA DOCTRINA ARGENTINA

ALEJANDRO BORDA

Doctor en Derecho

Universidad de Buenos Aires

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Buenos Aires

I. PLANTEAMIENTO Y NOCIÓN

Este trabajo sintetiza lo expuesto en ocasión del IX Encuentro de Profesores y Ayudantes de Derecho Civil, que tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2008, y al que fuere generosamente invitado por la Universidad de los Andes. En él pretendemos destacar las notas fundamentales de la *teoría de los actos propios*, dejando para el final el desarrollo de algunos casos jurisprudenciales que parecen relevantes. Es importante aclarar que hemos optado por evitar la mención de citas doctrinarias, las que pueden ser consultadas en la cuarta edición del libro que, con el mismo título, nos ha publicado la editorial LexisNexis Abeledo Perrot, en Buenos Aires.

La teoría de los actos propios constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Es que debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a tales actos anteriores– se ha suscitado en otro sujeto.

Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos, y no puede –por tanto– ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Al definir la teoría de los actos propios, hemos señalado que constituye una regla derivada del principio general de la buena fe. Esta afirmación merece algún desarrollo. Veamos:

A) Ante todo, es importante destacar que los principios generales constituyen normas jurídicas básicas en la organización social que revelan el sistema en que reposa la sociedad. Abarcan una generalidad de situaciones, lo que pone de relieve –al decir de Puig Brutau– un elemento esencial de ellos, el de su vaguedad, que consiste en que la formulación del citado principio no incluye la descripción del supuesto de hecho al que ha de aplicarse. El principio general es, entonces, la expresión de una norma de justicia elemental que, como tal, no admite excepciones.

Ahora bien, hemos dicho que la teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe. Pero ¿qué es la buena fe?

La “buena fe” es un concepto de difícil definición y aprehensión, pero que ha tenido y tiene una enorme importancia en el mundo de las relaciones jurídicas. En el derecho argentino, su gravitante incidencia ha adquirido un mayor vuelo a partir de la reforma del Código Civil sancionada por la Ley 17.711, que estableció que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión” (art. 1198)¹.

Sin embargo, lo expuesto no alcanza para explicar el significado de la buena fe. Para ello, es necesario distinguir entre las llamadas buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La buena fe subjetiva, también llamada buena fe en sentido psicológico o buena fe creencia, consiste en la creencia nacida de un error excusable, de que su conducta no va contra derecho. Este concepto engloba, en verdad, un doble campo de acción: en primer lugar, consiste en creer que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el derecho o en ignorar que se estaba provocando tal daño –como ocurre, por ejemplo, con la posesión de buena fe–; en segundo lugar, consiste en la creencia o error de una persona con la que otro sujeto, que se beneficia, se relaciona (como, por ejemplo, el pago de lo que no se debe).

La buena fe objetiva, también llamada buena fe en sentido ético o buena fe lealtad, consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que

¹ También el Código Civil chileno tiene incorporado este principio en su art. 1546.

llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud.

Ahora bien, una vez aclarado lo que es la “buena fe”, es posible señalar 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 el comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente. Importa, además, exigir a los sujetos una actitud positiva de cooperación y de despertar confianza en las propias declaraciones, manteniendo la palabra empeñada. Y como consecuencia de ello, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

B) Hemos dicho, sin embargo, que la teoría de los actos propios no es un principio sino una regla de derecho.

Las reglas de derecho son “refranes jurídicos” que no han tenido valor jurídico en un comienzo pero que lo han adquirido a raíz de su inclusión en el plexo normativo, y que resumen el sentido de una institución o de un complejo de normas que no tienen categoría de principio general, pues admiten excepciones (como ocurre con la regla *pacta sunt servanda* que admite la excepción de la excesiva onerosidad sobreviniente).

Como se ve, la regla tiene significado si se convierte en norma jurídica, y para que ello ocurra es necesario que emane de la ley, o de la costumbre, o incluso de la jurisprudencia. 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). De más está decir que compartimos la doctrina que entiende que la jurisprudencia es fuente del derecho.

La teoría de los actos propios es una regla de derecho, en tanto existen comportamientos contradictorios que son admitidos y preservados por la ley (recuérdese el derecho del testador a revocar el testamento otorgado), pero que por ser una derivación del principio general –en este caso de la buena fe– debe respetar los parámetros del propio principio.

La teoría de los actos propios, de acuerdo con Enneccerus y Nipperdey, sanciona como inadmisibles la conducta contradictoria interpretada objetivamente. Por ello, se puede afirmar que es la llamada buena fe “objetiva” la que se ve afectada por esa conducta incoherente.

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 y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos, sin necesidad de presuponer o probar la mala fe o negligencia culpable de la contraparte. Esta es la razón por la cual resulta inadmisibles la conducta contradictoria.

Es necesario remarcar que lo verdaderamente primordial a la teoría de los actos propios es la buena fe objetiva, y ello por dos razones: a) porque lo más importante es la conducta contradictoria tomada objetivamente; b) porque la buena fe de quien ha sido defraudado por la conducta contradictoria se presume.

C) Es necesario dar un paso más y decir que:

- 1º) Toda interpretación normativa debe ser acorde con el principio general de la buena fe, debiendo rechazarse todo resultado jurídico que se oponga a él.
- 2º) Aun cuando el principio general de la buena fe tenga una función supletoria no sólo deberá ser aplicado por el tribunal para resolver la *litis*, a falta de una norma específica, sino que además, deberá teñir todas las resoluciones judiciales para no contrariar la costumbre y la ley natural.
- 3º) Las construcciones derivadas del principio general de la buena fe tienen el mismo valor y alcance que el propio principio.

La teoría de los actos propios es una construcción derivada del principio general de la buena fe, 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.

Pero no es un principio sino una regla de derecho, porque:

- 1º) Resume el sentido de una institución.
- 2º) Admite excepciones.
- 3º) Reconoce un principio superior del cual deriva: el principio general de la buena fe.
- 4º) Abarca una menor cantidad de situaciones que las que comprende el principio general de la buena fe.

D) Por último, sostenemos que la regla estudiada constituye una norma jurídica. En Argentina ha existido una clara recepción legislativa a partir de la sanción de la Ley 22.434 (Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) que en su artículo 163, inciso 5º establece que “...la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”. Pero, sin perjuicio de ello, y quizás con mayor valor aún, la teoría ha sido reiteradamente aplicada por distintos tribunales de todo el país e, incluso, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es importante insistir: la circunstancia de que los tribunales apliquen la teoría de los actos propios en los casos sometidos a su decisión im-

porta reconocer que ha sido incorporada por vía jurisprudencial al plexo normativo del país.

III. FUNDAMENTO

El fundamento radica, entonces, en la confianza despertada en otro sujeto que obra de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la pretensión posterior y contradictoria.

En Argentina, a partir de la reforma introducida al Código Civil en el año 1968, se puede afirmar que la regla que sanciona la inadmisibilidad de volver contra los propios actos se funda en los artículos 1071 y 1198 de dicho código, que incorporan el abuso del derecho y el principio general de la buena fe, respectivamente.

Pero, aun sin tales normas, es posible admitir la vigencia de la teoría de los actos propios a partir de las normas que consagran la ineludible necesidad de que los actos jurídicos tengan un objeto lícito y, en última instancia, que sean acordes con la regla moral, que se funda en el respeto de la buena fe, en la protección de la confianza suscitada, en el comportamiento coherente en bien de terceros y en el rechazo a la sorpresa y a la emboscada, como han recordado López Mesa y Arellano.

Sostiene Díez-Picazo que el fundamento de la sanción aplicada a la conducta contradictoria se encuentra en la necesidad de guardar una conducta coherente. Enseña este autor que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada –conforme a la buena fe– en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior) no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibles toda actuación incompatible con ella. Esto es, la confianza no se deposita en una apariencia jurídica (como lo sostiene Puig Brutau) sino en la obligación de comportarse coherentemente.

Como derivación lógica de la necesidad de guardar un comportamiento coherente es que se sanciona la conducta contradictoria que contraviene el principio general de la buena fe. Por ello debe declararse inadmisibles la pretensión de colocarse en contradicción con su conducta anterior deliberada y jurídicamente relevante, más allá de que dicha pretensión si fuera tomada de manera individual sea legítima y pueda ejercitarse². Lo que ocurre es que resulta inadmisibles cuando se toma como punto de referencia la primera conducta, porque –en definitiva– la regla *venire contra factum proprium* limita los derechos subjetivos fundándose en el deber de actuar coherentemente.

² Tal sería el caso de quien pretende resolver un contrato de compraventa con fundamento en la excesiva onerosidad sobreviviente y pretendiere, al mismo tiempo, devolver la seña recibida a valores nominales.

IV. BREVE COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS DEL DERECHO COMPARADO

1. EL *ESTOPPEL* ANGLOSAJÓN

Bianchi e Iribarne hacen suya la definición dada por V. A. Griffith, en su obra *Outlines of the law*, y sostienen que el *estoppel* es una “doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o 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”.

Para otros autores el *estoppel* se refiere, más que nada, a una cuestión procesal. Así, según Vallet de Goytisolo, el *estoppel* impide la afirmación dentro de un proceso –aunque sea cierta– que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta.

Por nuestra parte, preferimos no reducir la aplicación de la figura a un orden puramente procesal; por el contrario, la sanción debe ser aplicada a todo obrar contradictorio, sea dentro, sea fuera del trámite del juicio, aunque –como recuerda Martins Costa– la figura tenga una función primordialmente procesal. Si lo sancionable es la contradicción no se ve el motivo de limitarlo a la cuestión meramente procesal.

En la figura del *estoppel* encontramos cuatro características fundamentales: su eficacia procesal, la aplicación como medio defensivo, el uso recíproco y, lo que entendemos más importante, la llamada apariencia jurídica.

a) La apariencia jurídica

El *estoppel* responde a la idea de la inadmisibilidad de alegar y probar hechos contradictorios con la apariencia que la misma parte (que pretende tales alegaciones y pruebas) ha creado; impide actuar de esa manera.

Como puede observarse, el núcleo de la figura del *estoppel* es la “apariencia”, o mejor aún, es la confianza depositada en esa apariencia jurídica y la buena fe derivada de la confianza suscitada.

La apariencia importa que el sujeto, que dirige los actos, ha hecho una representación, lo que los ingleses denominan *representation*. Esta representación no debe ser interpretada desde la óptica de un mandato o de un poder, sino de un modo vulgar como cuando se habla de representación teatral. Como consecuencia de dicha “representación” nace en quien recepta el acto o conducta una confianza o creencia (*belief*) en base a la cual este último modifica su posición jurídica precedente. Pretender alegar en contra de la conducta primitiva, importa modificar su representación y, por ello, el sujeto pasivo de la relación jurídica lo dejará *estopped*, le tapaná la boca,

en su pretensión. La figura del *estoppel* busca proteger a quien confió en la apariencia jurídica de un acto, en la representación, e impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie.

b) La eficacia procesal

La figura del *estoppel* debe hacerse valer durante la sustanciación del proceso, aunque la contradicción que diera motivo a la utilización del *estoppel* pueda haber ocurrido no sólo en las actuaciones judiciales sino también con relación a actos y conductas extraprocesales.

c) Medio de defensa

El *estoppel* es una medida de defensa general que no sólo puede ser usado por el accionado frente a la demanda sino que también puede estar *estopped* el propio demandado para excepcionar. Por lo tanto, puede ser usado por el actor a modo de réplica como arma defensiva frente a la alegación del demandado. Como se ve, no es una mera excepción procesal.

Además, como medio de defensa que es, el *estoppel* no puede ser aplicado de oficio por el tribunal sino sólo a instancia de parte.

Acá se ven claras las diferencias con la teoría de los propios actos, en tanto esta última puede ser invocada como defensa y como acción y aplicada a instancia de parte o de oficio por el juez.

d) La reciprocidad

Como la figura del *estoppel* puede ser invocada tanto por el demandado (al contestar la acción) como por el actor (frente a la alegación del demandado), estamos frente a un caso de reciprocidad, es decir, la posibilidad de ser opuesta por ambas partes del proceso.

Pero remarquemos esto: la figura del *estoppel* no puede ser jamás invocada por terceros ajenos a esa relación. Los terceros no pueden oponer el *estoppel* ni les puede ser opuesto a ellos.

Para cerrar el tratamiento del *estoppel*, nos parece oportuno destacar brevemente la importancia que tiene en el derecho público internacional.

El *estoppel* actuó y continúa actuando sobre las conductas particulares de los Estados, permitiendo afirmar el mérito de la coherencia, univocidad y lealtad de lo que sus actos representan para la inteligencia del orden jurídico, ya sea por la acción positiva como por las omisiones que pueden ser tenidas por declinación o reconocimiento de derechos.

La comunidad internacional resiste la cohonestación de actos anárquicos de los Estados y los construye a aceptar responsablemente las consecuencias del deber de no contradecir su versión de la realidad jurídica tal como

ha sido transmitida por las apariencias al resto del mundo. Se inhibe, de esta manera, la incongruencia entre el comportamiento previo y los actos subsecuentes, todo lo cual permite fijar pautas serias de convivencia en el marco de la comunidad de las naciones.

Esta coherencia fue exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, aplicando el *estoppel*, desestimó la pretensión de un Estado nacional de alegar como excepción el no agotamiento de los recursos internos. Es que, con anterioridad, el Estado había participado durante dos años en un procedimiento de solución amistosa junto con la Comunidad étnica demandante y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin haber planteado en ningún momento tal excepción³.

2. LA VERWIRKUNG ALEMANA

La *verwirkung* ha sido definida por De los Mozos 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. Esto significa sancionar la deslealtad –medida objetivamente– del titular de un derecho que, habiendo asumido una primera actitud pasiva, intenta sorprender con posterioridad a su adversario (aunque no haya tenido en mira esta última actitud de sorpresa con anterioridad, ni la haya querido). Porque lo importante es que la persona que ha receptado los actos haya podido contar con que el derecho no sería ejercitado sobre bases objetivas y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Se entiende que el ejercicio del derecho “paralizado”, que se funda en que los plazos de prescripción no han transcurrido íntegramente, importa un abuso del derecho. Por tanto, ese derecho ejercido resulta inadmisiblesobre la base de 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 en el tráfico jurídico.

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

Es interesante destacar que la *verwirkung* tiene dos facetas. Por una parte, se acerca a la prescripción en cuanto 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; sin embargo, la *verwirkung* requiere, además, que la conducta omisiva haga inadmisibles

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1-II-00, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni”, Rev. *La Ley* t. 2000-E, p. 222.

y abusivo el ejercicio del derecho –incluso aunque no haya prescripto 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 prescripto 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 otra parte, 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 inadmisibles 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.

En pocas palabras, podemos afirmar que la *verwirkung* (figura jurídica nacida en la jurisprudencia alemana) tiene la intención de evitar el abuso del derecho que importa el ejercicio retrasado de una prerrogativa. Se requiere, además, que el silencio del titular del derecho permita representar en otro sujeto que existe la voluntad de renunciar al ejercicio de ese derecho; ello con independencia de que tal voluntad exista realmente. Por otra parte, el sujeto que ha hecho la indicada representación debe ajustar su conducta a la justificada creencia de que no se ejercitará la pretensión.

La *verwirkung* sanciona a quien ejerce con retraso un derecho, actuando contradictoriamente y lesionando la buena fe de quien ha confiado en esa primera situación; esa conducta del titular importa un abuso del derecho que no puede ser privilegiada. Pero como hemos dicho también, en otras circunstancias la *verwirkung* extiende los plazos permitiendo el ejercicio de derechos que hubieran prescripto o caducado.

V. PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LOS PROPIOS ACTOS

1. REQUISITOS O CONDICIONES DE APLICABILIDAD

La teoría de los propios actos requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada, a saber:

- 1º) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- 2º) El 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.
- 3º) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

2. PRIMER REQUISITO: LA CONDUCTA VINCULANTE O PRIMERA CONDUCTA

Hemos dicho que la teoría de los actos propios requiere, para poder ser aplicada, la existencia de una conducta anterior relevante y eficaz, es decir, se necesita una primera conducta, también llamada conducta vinculante. Ahora bien, ¿qué es una conducta? La conducta es el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto de algunos intereses vitales.

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; esta expresión es rica en matices porque nos permite entrever que sólo algunas conductas son importantes al tema en estudio, y ellas son –precisamente– las conductas vinculantes.

La primera o anterior conducta debe ser jurídicamente relevante. Esto significa que la conducta debe tener, en el mundo del derecho, trascendencia, deslindándose de las conductas sin valor jurídico y de aquellas otras que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida. Además, debe tener una relevancia tal que permita suscitar la confianza de un tercero.

Por lo tanto, deben excluirse los actos que no tengan un valor vinculante, como pueden ser las meras opiniones o las expresiones de deseos, entre otras. También deben ser excluidas las manifestaciones de una intención –sea tácita o expresa–, porque una intención no puede obligar en la medida en que no se asuma un compromiso. Diferente es el caso de la conducta que da como existente una determinada situación de hecho, porque lo que se protege es la buena fe depositada por el otro sujeto en esa situación convalidada por aquella conducta o por palabras. Es decir, para que pueda afirmarse que una conducta anterior ha tenido relevancia jurídica es necesario que haya sido ejecutada dentro de una determinada situación jurídica y que con ella se hayan afectado intereses ajenos.

Asimismo, la conducta vinculante debe ser jurídicamente eficaz. Por lo tanto, si esta primera conducta es inválida se puede volver lícitamente contra ella. Esto significa que, como recuerda Fueyo Laneri, si el negocio jurídico celebrado en primer término o, lo que es lo mismo, la conducta vinculante llevada a cabo fuese inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita, o contraria a las buenas costumbres o al orden público, 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 –y de éstas se trata– 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.

Hemos expuesto hasta acá los caracteres que debe reunir la conducta vinculante. Sin embargo, debe reconocerse que existen casos que se

presentan como dudosos en cuanto a determinar si existe tal conducta vinculante o no, lo que resulta fundamental para admitir o negar la posibilidad de la contradicción. Veamos algunos:

a) La impugnación del acto nulo e impugnación del acto confirmatorio de una nulidad

Como señala López Mesa, 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 con validez contra él, justamente por su falta de eficacia jurídica; pero si después de celebrado lo confirma o ratifica —expresa o tácitamente— allí resulta aplicable la teoría en estudio, pues tal ratificación le da la eficacia que no tenía.

b) El acto simulado

El autor de un acto simulado, ¿podrá contradecirlo? Como regla general, el art. 959 del Código Civil argentino niega tal posibilidad, dejando a salvo sólo la hipótesis de que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y mientras no obtenga ningún beneficio de la anulación. Está claro que la ley quiere evitar que el autor que ha buscado beneficiarse con el acto simulado pretenda luego consolidar ese beneficio aduciendo la propia simulación creada. La cuestión, por lo tanto, se presenta clara en los contratos bilaterales.

En cambio, tal claridad no resulta tan nítida si se tratare de un contrato societario simulado. Nissen, en mi país, ha admitido la posibilidad de que el socio que ha creado simuladamente una sociedad intente dejar sin efecto ese acto constitutivo. Y ello, afirma, en razón de que la convalidación del acto constitutivo no beneficia ni al comercio ni a los terceros, pues el patrimonio debe ser colocado bajo la titularidad de quien en derecho corresponda en homenaje a los principios de universalidad y de la prenda común de los acreedores.

c) La propuesta efectuada con ánimo conciliatorio

En este caso, nos encontramos frente a una manifestación verdaderamente relevante y eficaz que, sin embargo, no obliga al sujeto emisor a guardar un comportamiento coherente *sine die*.

En efecto, la propuesta emitida con afán conciliatorio, que constituye un elemento fundamental de los llamados medios alternativos de solución de controversias, no puede obligar a quien la emite más allá del tiempo convenido, pues hace a la esencia de la negociación el derecho a liberarse de permanecer en afirmaciones o propuestas no aceptadas.

d) La retractación inmediata y simultánea

Es necesario preguntarnos si es aplicable la teoría de los propios actos cuando ha ocurrido una retractación inmediata o cuando se trata de actos simultáneos. Nosotros entendemos que para que pueda aplicarse la teoría de los actos propios debe existir un cierto espacio de tiempo entre ambas conductas, espacio temporal éste que no necesita ser muy extenso pero que, al menos, requiere que el negocio jurídico haya sido concluido o que la confianza despertada por tal conducta –fundada en la buena fe– haya podido ser vulnerada.

Por ello, entendemos que un acto o conducta que ha generado la buena fe en el sujeto receptor, pero que ha sido retractado de inmediato, cae en la órbita de la teoría de los actos propios, siempre que efectivamente se haya violado la buena fe de quien ha recibido tal acto o conducta. Distinta es la situación de las negociaciones precontractuales porque, como afirma Díez-Picazo, la retractación de los contratos efectuada durante estas negociaciones, aun cuando haya nacido una creencia razonable y de buena fe de que el negocio sería cumplido, produce como única consecuencia el pago de una indemnización pero nunca podrá impedirse tal retractación.

En cambio, si se trata de conductas contradictorias y simultáneas, resulta inadmisibles invocar la teoría de los actos propios. Debe recordarse que para aplicarla se requiere la existencia de una conducta, que ella produzca una creencia determinada y que se pretenda volver contra esa conducta primera vulnerándose la buena fe nacida de tal creencia. Y 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. Pretender tomar sólo una conducta y desechar la otra, alegando la teoría de los actos propios, importa actuar de mala fe, lo que no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico.

3. SEGUNDO REQUISITO: LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA

El segundo requisito que debe existir para permitir que la teoría de los propios actos sea aplicada es el de la pretensión contradictoria. Esta expresión (“pretensión contradictoria”) encierra distintos matices: por un lado, es la realización de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro, esta conducta o acto importa ejercer una pretensión.

La pretensión para que pueda ser calificada como contradictoria debe reunir tres condiciones: a) debe tratarse de un acto o conducta realizado con posterioridad a otro anterior, b) debe estar dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado (por lo que las conductas o actos que no estén dirigidas a nadie en especial no constituyen pretensiones) y c) debe importar el ejercicio de un derecho subjetivo digno de protección,

pero en otro contexto, pues –en el caso concreto– resulta inadmisibles por ser contradictoria de la primera conducta.

Es necesario insistir en que el derecho subjetivo esgrimido en la pretensión sería lícito si es que no hubiera existido una primera conducta. Lo que ocurre es que tomando como base a esta conducta vinculante resulta inadmisibles ejercer un derecho subjetivo que, aunque válido, es contradictorio del propio comportamiento.

Debe recordarse, sin embargo, que existen casos en donde la contradicción debe ser admitida:

El primero se da cuando variaron las condiciones que se daban al realizarse la conducta vinculante, siempre y cuando la variación no haya sido hecha por el propio sujeto emisor de los comportamientos⁴.

El segundo se da cuando la variación de la conducta esté justificada por las circunstancias del caso o la existencia de intereses sociales prevalecientes⁵.

El tercero se da cuando el sujeto receptor de la conducta obre de mala fe, pues si se considera que la teoría de los actos propios impide el obrar contradictorio que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación, no parece aceptable que se pueda hablar de confianza en un sujeto que obra de mala fe.

4. TERCER REQUISITO: IDENTIDAD DE LOS SUJETOS

El tercer elemento necesario para que pueda aplicarse la teoría de los propios actos es que los sujetos que intervienen en ambas conductas –como emisor o como receptor– sean los mismos.

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.

⁴ Veamos un caso. La empresa Sevel había celebrado un contrato de concesión automotriz por el cual se obligaba a entregar vehículos Fiat a una concesionaria. Tres años antes de finalizar el contrato de concesión, Sevel resuelve este contrato argumentando la imposibilidad de continuar entregando vehículos Fiat a raíz de que se había extinguido, a su vez, el contrato de licencia entre Fiat Auto Spa (de Italia) y la propia Sevel. El tribunal, con buen criterio, sostuvo que no era invocable como fundamento el hecho de un tercero, pues Sevel había negociado la rescisión anticipada de la licencia con la empresa italiana, por lo que mal podía la propia Sevel alegar la extinción de la licencia para justificar su incumplimiento, pues justamente esa licencia se había extinguido como consecuencia de la rescisión que ella acordara con la empresa italiana (Cámara Comercial de la Capital Federal, Sala B, 26-III-01, "Julio Bacolla S.A. y otros c/Sevel Argentina S.A.", Rev. *El Derecho* t. 195, p. 324).

⁵ Un buen ejemplo de derecho social prevaleciente es la protección de los intereses del público consumidor, que a su vez constituye uno de los fines esenciales de la ley de marcas. Por eso, se ha resuelto en Argentina que en materia marcaria, la teoría de los actos propios no tiene el alcance que posee en otros campos del derecho, pues la conducta previa de las partes no puede ser razón que legitime la concurrencia de marcas confundibles afectando el logro de ese fin protectorio (Cámara Federal Civil y Comercial de la Capital Federal, Sala II, 16-IX-97, "Molinos Río de la Plata S.A. c/Cristina, Luis Alberto s/cese de oposición al registro de marcas", Rev. *El Derecho*, t. 178, p. 239).

El sujeto pasivo, es decir la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo. Si falta tal identidad no puede aplicarse la teoría en estudio.

Aparentemente, este requisito se presenta como sencillo; sin embargo, se pueden plantear algunas dudas. Veamos un caso: un consorcista reclamó la demolición de un cerramiento hecho por otro sobre una parte común y sin autorización; el demandado pretendió refutar el reclamo alegando que el actor estaba obrando incoherentemente en tanto no se había opuesto a otras obras de similares características efectuadas en el edificio por terceras personas⁶. La cuestión planteada involucra el delicado problema de los efectos jurídicos del silencio (lo que excede largamente los límites de este trabajo), pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que –en el caso– no había identidad de sujeto pasivo, toda vez que los consorcistas que habían realizado obras eran diferentes, lo que impide alegar la teoría de los actos propios. Por ello, la defensa debió haberse fundado en otro instituto: el abuso del derecho.

Además, es posible formularnos otros interrogantes. ¿Qué ocurre con los herederos del sujeto activo, a su muerte? ¿Es válido ir contra los actos propios del causante?, y el mandante ¿no podrá ejercer una conducta contradictoria respecto de una primera conducta llevada a cabo por su mandatario?

Como es sabido existen dos tipos de regímenes sucesorios, la sucesión en los bienes y la sucesión en la persona. En el primer caso, no existe ningún problema, pues causante y heredero son personas claramente diferenciadas y, por lo tanto, no puede existir jamás identidad de sujetos. En cambio, el segundo caso sí genera algunos interrogantes, pues acá 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 de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor (artículo 3417, Cód. Civil argentino). En razón de ello, cabría afirmar que el heredero no puede ir contra los actos realizados por el causante.

Sin embargo, no puede olvidarse la existencia del instituto del beneficio de inventario, que es la regla en mi país; esto es, la aceptación de la herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario. Esta aceptación beneficiaria impide confundir el patrimonio del heredero con el del causante, de manera tal que los bienes hereditarios se transmiten al heredero separados de sus bienes personales.

En estos casos, el heredero sólo está obligado a aprobar los actos del difunto en la parte de la herencia que adquiriera; además, el heredero que no recibe ningún bien hereditario puede impugnar los actos del causante.

⁶ Cámara Civil de la Capital Federal, Sala F, 20-VII-01, “Badino de Rende, Nora A. c/Otaegui, Julio”, Rev. *La Ley* t. 2002-A, p. 557.

Y también puede impugnar las enajenaciones hechas por el causante violando el orden público, en forma fraudulenta o dolosa. Como puede apreciarse, la aplicación del *venire contra factum* cuando se refiere a actos realizados por el heredero que sean contradictorios con los del causante es restringida.

Hasta aquí nos hemos referido a la conducta del heredero que contradice el comportamiento anterior de su causante. Pero ¿qué ocurre cuando el que muere es el sujeto pasivo de la relación jurídica? ¿Pueden sus herederos invocar la teoría de los actos propios frente a una conducta incoherente del sujeto activo? Nosotros pensamos que sí. Si se admite que los herederos del sujeto pasivo suceden a éste en su persona, parece claro que el sujeto activo debe guardar coherencia en su comportamiento a pesar de que haya muerto la persona que receptó su conducta. Incluso, en este caso, el problema de la aceptación bajo beneficio de inventario tiene menor importancia. Es que, en todo caso, si el heredero del sujeto pasivo invoca la regla *venire contra factum proprium non valet* es porque lo beneficia.

El otro tema importante cuando se habla de los sujetos intervinientes es el supuesto de la representación. La solución pasa por determinar los centros de interés de los sujetos actuantes.

El representante actúa por su representado y como si fuera el representado mismo. No hay diferencias entre dos actos, uno realizado por sí mismo y otro realizado por otro sujeto pero que actúa en nombre de quien representa. Pretender desconocer los actos realizados por el representante importa ir contra los propios actos. Como puede apreciarse, 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.

Los tribunales argentinos han sostenido que importa ir contra los propios actos sostener que los dichos efectuados con asistencia letrada o por intermedio de letrado apoderado no le pertenecen, y por eso resulta inadmisibles pretender no responsabilizarse por esas manifestaciones y afirmar que no le son atribuibles⁷. Por ello el representado no puede desconocer las afirmaciones de su representante.

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

⁷ Se ha resuelto, incluso, que la circunstancia de haber cambiado de profesional patrocinante no constituye excusa válida para poder volver contra sus propios actos (Cámara Comercial de la Capital Federal, Sala E, 20-XI-00, "La Casa del Teatro AC. de Protección Recíproca c/ Lauro S.A.", Rev. *Jurisprudencia Argentina* t. 2005-II, fasc. n° 13, p. 91).

sujetos los que realizan los actos, y éste es un requisito imprescindible (identidad de sujetos) para que pueda ser aplicada la teoría.

Por último, y variando la óptica desde donde estamos analizando el tema de la representación, es necesario señalar que quien es el sujeto pasivo de las conductas o actos realizados por el representante, también debe guardar un comportamiento coherente. Es por eso que, con razón, se ha resuelto que quien ha celebrado un contrato de mutuo con una empresa representada por un apoderado, no puede luego pretender una excepción de falta de personería cuando esa empresa, representada por el mismo apoderado, promueve la correspondiente ejecución⁸.

VI. ALGUNOS CASOS

1. “CABRERA, GERÓNIMO RAFAEL C/PODER EJECUTIVO NACIONAL”⁹

Uno de los temas más discutibles en cuanto a la aplicación de la teoría de los actos propios es el de determinar si la persona que se ha sometido inicialmente a una ley cualquiera puede o no, posteriormente, alegar su inconstitucionalidad por considerarla violatoria de sus derechos patrimoniales. La importancia del tema sobrepasa el marco procesal: no se trata simplemente de un comportamiento contradictorio sino, además, de la conducta ajustada a una norma que se pretende declarar inconstitucional, con todo lo que esto implica.

Desde antiguo nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido la tesis negativa, por considerar que esa conducta inicial comporta una renuncia al derecho de impetrar la declaración de inconstitucionalidad. La tesis ha sido agudamente criticada por Alsina Atienza, quien sostuvo que las garantías individuales protegidas por la Constitución Nacional son irrenunciables anticipadamente.

A nuestro juicio dos son las cuestiones que deben distinguirse:

1^a) Si el debate se limitara a determinar si el sometimiento inicial importa o no renunciar tácitamente a alegar la inconstitucionalidad de la norma, es necesario determinar previamente si tal sumisión es libre, espontánea y voluntaria. Si el sometimiento reúne estas condiciones, la renuncia es válida; en cambio, si obedece a una obligación legal, resulta abusivo e improcedente porque la renuncia a un derecho no se presume.

⁸ Cámara Civil de la Capital Federal, sala I, 26-VIII-97, “Yeniler Holding Inc. c/Bosco, Susana B.”, Rev. *La Ley*, t. 1998-B, p. 56.

⁹ Fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 13/VII/04, que puede leerse en Rev. *La Ley* t. 2004-D, p. 1009.

2ª) Si la cuestión se analiza desde la teoría de los actos propios, implica colocarse en el lugar del sujeto pasivo de la relación y no en el lugar del sujeto activo como ocurriría en la renuncia tácita (que todo se analiza desde el renunciante). Y ésta es una diferencia sustancial porque lo que se procura proteger es la buena fe del receptor.

Quien acata una norma sin expresar reservas, *teniendo la posibilidad de hacerlo*, no puede desconocerla más tarde pretendiendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se derivaren en el campo de las relaciones jurídicas. Ello es así porque su conducta inicial, si es deliberada y jurídicamente relevante y eficaz, ha despertado en otro sujeto una confianza determinada en el sentido de que guardaría un comportamiento coherente. En otras palabras, no es eficaz la invocada violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva de la propia conducta discrecional del recurrente.

¿Qué ocurrió en el fallo mencionado? El señor Cabrera había celebrado un contrato de depósito a plazo fijo en moneda extranjera en una institución bancaria que quedó atrapado por la legislación de emergencia dictada a partir de diciembre de 2001. Si bien esos fondos, ya transformados a pesos, fueron reprogramados conforme las normas dictadas, el actor logró desafectarlos del régimen y retirarlos.

El señor Cabrera, más tarde, inició una acción de amparo que tenía como fin poder cobrar la diferencia entre la suma que en su momento pudo retirar y la que hubiera correspondido si se hubiera respetado el pago en la moneda extranjera, de acuerdo con su cotización en el mercado libre.

La Corte Suprema rechazó el amparo, básicamente, por dos razones: que el actor habría renunciado tácitamente a las garantías atinentes a la propiedad privada y que su comportamiento habría sido contradictorio, lo que resulta inadmisibles.

Respecto de la mención a la renuncia tácita nos limitaremos a señalar que es errónea pues, con base en el principio general de la buena fe, no puede inferirse de una conducta determinada una supuesta renuncia tácita, desde el momento que la intención de renunciar no se presume y que la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva (art. 874, Cód. Civil argentino).

Pero tampoco es aplicable la teoría de los actos propios. Es que para que la teoría de los actos propios sea invocable resulta imprescindible que (1º) la primera conducta sea deliberada, jurídicamente relevante y eficaz, y (2º) haya despertado en otro sujeto una confianza determinada en el sentido de que guardaría un comportamiento coherente.

La eficacia jurídica del primer acto depende de que haya sido ejecutado de manera voluntaria, libre y sin vicio alguno del consentimiento. Cuando la decisión no es plenamente libre, la teoría de los actos propios es inaplicable. Bien ha dicho Manili que “nadie puede afirmar con se-

riedad que las decisiones que los ahorristas argentinos adoptaron desde la instauración del llamado *corralito* bancario y especialmente desde la pesificación forzosa fueron voluntarias, libres, incondicionadas y exentas de coacción moral”. Y ello desde tres ópticas: desde la situación general que se vivía (cinco presidentes en una semana, declaración del país en cesación de pagos y casi dos meses de feriado cambiario), desde la situación particular en que se encontraba el ahorrista frente a la institución bancaria (de clara inferioridad, no sólo por ser un consumidor sino porque existe una clara inequivalencia entre el ahorrista y el banco), y desde el carácter de orden público de toda la legislación pesificadora (y que por ser tal es imperativa y veda a los particulares apartarse de sus prescripciones, aboliendo el principio de la autonomía de la voluntad).

En este contexto, el ahorrista se encontraba frente a un dilema de hierro: aceptar lo que arbitrariamente le ofrecían o enfrentar la posibilidad de sufrir un perjuicio mayor. Acogerse al régimen propuesto se presentaba como la única posibilidad de salvar algo. Y este dato sociológico, como dice Ghersi, no puede omitirse.

El retiro hecho por los ahorristas de lo que le permitían extraer no fue un acto libre. Se lo colocó –como dijeron Morello y Stiglitz– en un estado de compulsión y coacción moral. Su voluntad estaba viciada por violencia, pues existió una coacción externa que lo forzó a obrar en determinado sentido. En otras palabras, su obrar no fue libre, su elección no fue libre, y esta falta de libertad invalida el acto realizado.

Por otra parte, para que la teoría de los actos propios sea aplicable, la conducta primera debe haber despertado en el otro sujeto una confianza determinada en el sentido de que guardaría un comportamiento coherente. Y no es posible suponer que los bancos tuvieron esa expectativa; más bien, esperaban que se viniera una avalancha de juicios por diferencias de los valores de cambio. Debe tenerse presente que el ahorrista no pesificó, es decir, no transformó lo que tenía en dólares a pesos, sino que fue el Estado el que lo hizo –y en contra de la voluntad del ahorrista– y que en la mayoría de los casos no renunció a ningún derecho, por lo que ninguna expectativa pudo generar, lo que lleva a descartar la aplicación de la teoría de los actos propios.

2. “A., C.B. C/MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL”¹⁰

Ya hemos dicho que el fundamento de la sanción a la conducta contradictoria se encuentra en la necesidad de guardar un comportamiento coherente. Sin perjuicio de ello, pensamos que la doctrina de los actos propios goza de una plasticidad tal que le permite tener un horizonte de

¹⁰ Fallo dictado por la Cámara Federal de lo Contenciosoadministrativo de la Capital Federal, Sala IV, el 9-III-98, que puede leerse en Rev. *La Ley* t. 1999-C, p. 86.

aplicación aún más amplio, que no se agota en la mera limitación de los derechos subjetivos. Es que, como señalan Camps y Luis y Martín Nolfi, esta teoría debe orientar las conductas de las personas en un triple orden: a) en el de dar lo que se debe para no contradecir una conducta anterior; b) en el de no dañar el derecho ajeno ni abusar de los derechos propios; c) en el de dar aun lo que no se debe para no incumplir la responsabilidad de ser deudores de una donación anterior que jamás podrá ser devuelta ni a Dios, ni a la humanidad.

En Argentina se dictó la Ley 23.798, que impuso al Estado la responsabilidad en la implementación de los planes de lucha contra el S.I.D.A. Con este fundamento, y aplicando implícitamente las ideas expresadas en el párrafo anterior (en especial, el de no contradecir la conducta anterior ni abusar de los derechos propios), se ha resuelto –en los autos de referencia– que le incumbe al propio Estado –en calidad de garante– brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad (pruebas de diagnóstico, asistencia, tratamientos profesional y hospitalario, medicamentos, etc.), pues lo contrario importaría volver sobre sus propios actos, aunque tal obligación de brindar recursos no estuviera expresamente prevista en la ley.

Adviértase que en el caso falta, en rigor, uno de los requisitos de aplicación de la teoría, esto es, la identidad de sujetos. Es que, si bien el sujeto activo es el mismo (el Estado) no lo sería el sujeto pasivo, si se considerare que la ley no tiene en cuenta una persona determinada, en tanto que el que reclama es un sujeto plenamente identificado. Pero está claro, sin embargo, que la ley se refiere a todo ciudadano como beneficiario y cada ciudadano puede invocar esa ley para procurarse protección. En otras palabras, cuando la ley deja de ser una mera generalidad y se piensa en cada hombre amparado por ella, parece claro que se reúnen todos los recaudos de aplicabilidad de la teoría de los actos propios.

3. “ECO-SYSTEM C/SUBSECRETARÍA POLÍTICA AMBIENTAL Y OTROS”¹¹

La posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios al comportamiento contradictorio del Estado, se vuelve a ver en el referido caso. La Administración Pública decidió en un momento determinado clausurar un establecimiento industrial por considerar que estaba provocando con su actividad cierta contaminación ambiental. Pasado un tiempo, rehabilitó dicho establecimiento y le otorgó el certificado de aptitud ambiental. Sin embargo, tiempo más tarde, lo vuelve a clausurar preventivamente imputándole hechos contaminantes que eran anteriores a la primera clausura.

¹¹ Fallo dictado por el Juzgado Federal Civil, Contencioso y Administrativo de La Plata, n° 1, el 3-V-04, que puede leerse en Rev. *La Ley* t. 2004-D, p. 708.

El tribunal decidió aplicar la teoría de los actos propios, pues juzgó que existía un obrar contradictorio del Estado toda vez que los posibles hechos contaminantes anteriores a la primera clausura habían quedado saneados con la posterior rehabilitación y ya no se podía volver más a aquel primer momento.

4. “DERDERIAN, CARLOS C/VIDEO CABLE COMUNICACIÓN S.A. Y OTRO”¹²

El señor Derderian reclama mediante carta documento a una empresa prestadora de señal de cable de televisión por ciertos problemas en la recepción de la señal. En el texto de la carta hace hincapié en que veía televisión los fines de semana y que se estaba impedido de verla en ese tiempo libre justamente por los defectos de recepción aludidos.

Como no obtuvo una respuesta satisfactoria, inició el reclamo judicial y entre los daños que esgrimió mencionó la imposibilidad de ver ciertos espectáculos deportivos durante los días hábiles de la semana. El tribunal resolvió rechazar el pedido de que se le indemnice este daño de no haber podido ver los eventos deportivos ocurridos durante los días hábiles, pues ello contradecía el reclamo dirigido en la carta documento en la que mencionaba que él veía televisión exclusivamente los fines de semana.

5. “COTTIZ, PEDRO ARMANDO Y OTRO C/BANCO DEL BUEN AYRE S.A. S/ORDINARIO”¹³

En este caso, el banco, en un primer momento, receptó una “declaración jurada respecto de transacciones no autorizadas” hecha por su cliente (el señor Cottiz) a quien se le había hurtado su tarjeta de crédito, e, incluso, reconoció de oficio, en forma expresa, varios de esos gastos como no realizados por el cliente, procediendo a descontar esas sumas dinerarias. Sin embargo, más tarde se negó a hacerse cargo de los restantes consumos hechos con la tarjeta hurtada alegando que la denuncia de hurto fue hecha con posterioridad a los consumos ilícitos.

El tribunal juzgó que existía una clara conducta contradictoria del banco, pues si había aceptado la declaración jurada de transacciones no autorizadas y había descontado algunos de esos gastos, no había razón alguna para no descontar el resto de los gastos que formaban parte de la declaración jurada mencionada.

¹² Fallo dictado por la Cámara Comercial de la Capital Federal, Sala A, el 31-III-04, que puede leerse en Rev. *El Derecho* t. 208, p. 185.

¹³ Fallo dictado por la Cámara Comercial de la Capital Federal, Sala A, el 17-IX-04, que puede leerse en Rev. *El Derecho* t. 212, p. 410.

VII. EPÍLOGO

Para concluir este trabajo, nos parece importante señalar dos cuestiones: por un lado, que la teoría de los actos propios ha sido aplicada muy frecuentemente por los tribunales argentinos. En este trabajo, sólo hemos mencionado un puñado de ellos.

Por otro lado, que solamente hemos referido algunos temas que nos parecen importantes del análisis de esta teoría, pero hemos dejado otros de no menor relevancia, como –por ejemplo– una correcta delimitación respecto de otras figuras, tales como el abuso del derecho, la renuncia tácita o la conducta interpretativa, o la aplicación de la teoría al obrar de los jueces. En especial, nada hemos dicho sobre el silencio, y cómo juega en materia de actos propios. Pero este tema, merece un análisis especial que quizás en el futuro podamos hacer.

TEORÍA DEL ACTO PROPIO. BREVES COMENTARIOS SOBRE SU RECEPCIÓN EN CHILE

CLAUDIO ILLANES RÍOS
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

I. LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO COMO COMPONENTE DE UN “CÍRCULO VIRTUOSO”

Me corresponde, en primer término, felicitar al profesor argentino Alejandro Borda por su trabajo sobre Doctrina de los Actos Propios, que por lo demás se encuentra detallada en su obra titulada “La Teoría de los Actos Propios”, merecedora del Premio Jorge Joaquín Llambías, que constituye un verdadero clásico sobre la materia.

En el Derecho Chileno la “Teoría de los Actos Propios” integra el círculo virtuoso de diferentes doctrinas que han surgido en las últimas décadas y que son el resultado de abandonar las concepciones exegeticas y optar por un enfoque más progresista de nuestras instituciones jurídicas. Lo importante de este proceso es que tales nuevas doctrinas y concepciones han surgido sin necesidad de modificar los textos de nuestra legislación positiva sino mediante la incorporación de criterios expansivos de nuestras instituciones básicas y de un mayor y acertado proceso hermenéutico.

En este círculo que hemos denominado “virtuoso” podemos destacar, entre otras, la doctrina del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión o del acto imprevisto, la responsabilidad por falta de servicios, la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, siguiendo al tratadista Demogue, y muchas otras.

II. RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En nuestro país el tema de la doctrina de los actos propios no fue en un comienzo una doctrina de general aceptación. Hoy en día podemos

decir, con propiedad, que está fuera de discusión y que existen numerosas sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que la han acogido.

Nuestra literatura jurídica contiene diversas publicaciones sobre el particular. Cabe destacar la Memoria de Prueba para optar al título de Abogado de José María Eyzaguirre Baeza intitulada “Breve Estudio sobre la Teoría Comparada del Acto Propio”, considerada como la primera exposición chilena sobre el tema, escrita en el año 1985. La obra de doña María Fernanda Ekdahl Escobar, publicada por la Editorial Jurídica en 1989 y que contiene un interesante prólogo del Profesor Jorge López Santa María. Este último tiene también un muy interesante trabajo sobre la materia, publicado en el Tomo 82 de Revista de Derecho y Jurisprudencia. El recordado Profesor Fernando Fueyo Laneri, trata *in extenso* el tema en su obra “Instituciones de Derecho Civil Moderno”, cuyas opiniones están citadas en sentencias pronunciadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia han acogido derechamente la Teoría de los Actos Propios en diversas sentencias, recaídas en las más variadas materias, principalmente en el orden laboral y civil y relacionada con el Derecho Público. Es posible encontrar un hilo conductor en todas ellas, basadas, fundamentalmente, en el principio de la buena fe, el que debe conjugarse con el principio de la realidad, lo que indica que las pretensiones de las partes no pueden contradecir su actuar y conducta anterior, ya que debe prevalecer el deber jurídico de respeto, en todos sus órdenes de relaciones, leal y adecuada a la confianza que ha despertado en otras personas. El principio de la buena fe impone limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos, prohibiendo las conductas contradictorias.

Podemos señalar, en términos generales, que en nuestro país la Teoría de los Actos Propios ha sido reconocida en nuestra jurisprudencia recogiendo los fundamentos que ya el derecho comparado había planteado y que está en línea de incorporar doctrinas más consecuentes con el derecho moderno.

CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL ACTO PROPIO: ¿SANCIÓN DE LA INCOHERENCIA O DEL DOLO O LA MALA FE?

ALBERTO LYON PUELMA

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes y P. Universidad Católica de Chile

I. LA EXPLICACIÓN GENERAL DE LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO

La teoría de los actos propios se funda en el antiguo refrán jurídico que en una de sus formulaciones más conocidas se expresa de la siguiente manera: “*Venire Contra Factum Proprium Non Valet*”. Sustantivamente, esto significa, en su forma más drástica¹, que no es válido ni lícito para el orden jurídico que una persona pretenda ejercer un derecho subjetivo suyo, de una manera que contradiga la forma como lo ha ejercido en relación con la misma persona anteriormente, lo que trae como consecuencia que deba limitarse el ejercicio de ese derecho en el caso concreto de que se trate; y en sus formas –digámoslo así– menos invasivas de lo que podría ser la Teoría General del Derecho, implica, también, que no puede ser aceptado por el orden jurídico que una persona ejecute una conducta cuando resulta conveniente para sus intereses y sostenga que procede actuar en contrario cuando los perjudica. Lo anterior, en el entendido de que existen múltiples aplicaciones intermedias entre estos extremos, que se han colocado sólo a manera de ejemplo, porque de lo que se trata es que este refrán sirva de inspiración para muchas aplicaciones prácticas

¹ Ekdahl Escobar, María Fernanda: “La Doctrina de los Actos Propios”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1989, p. 32, que dice: “El derecho subjetivo, se dice, debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender, de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. Numerosos son los autores que, coincidiendo en este aspecto, encuadran la doctrina de los propios actos dentro del sistema de limitaciones de los derechos subjetivos, entre otros, Díez-Picazo, Puig Brutau, Santos Briz, Enneccerus Wieacker, Morello y Stiglitz. El mismo Alejandro Borda sostiene lo mismo.

que, desde luego, varían según la forma de cómo se encuentre compuesta la naturaleza de los hechos.

Algunas disposiciones de nuestro Código Civil parecerían inspirarse en este refrán, especialmente las contenidas en los artículos 1564 inciso 3, sobre interpretación de los contratos; 1683 y 1468, sobre nulidad absoluta; 1713 sobre confesión en el sentido de que ésta no puede revocarse; 2518, sobre interrupción natural de la prescripción extintiva, etc. Quizás la más significativa de todas las mencionadas es la del artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, que señala que las cláusulas de un contrato pueden ser interpretadas “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra”. Esta es la norma de nuestro Código que recoge como fuente de interpretación de los contratos a la “conducta interpretativa”, pero es de advertir, como por lo demás lo hace el mismo Borda, que en este caso se requiere algo más de lo que exige el refrán del *Venire*, puesto que se exige que las conductas sean actos comunes a ambas partes, o bien ejecutados por una de ellas con el asentimiento o aceptación de la otra.

Pero otras disposiciones de nuestro Código Civil parecen claramente rechazarlo, como ocurre en el caso del inciso primero del artículo 2499 del Código Civil, que dice: “La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna”.

En el derecho continental europeo se cita muy a menudo como ejemplo de aplicación práctica del *Venire*, una institución nacida de la jurisprudencia alemana denominada *Verwirkung* y que se basa en la idea de que, bajo determinadas circunstancias, el ejercicio retrasado de pretensiones puede representar una actitud que infrinja la buena fe, por lo que en semejante caso debe ser privada de eficacia jurídica; y se supone que ello se funda en la doctrina emanada del *Venire*, porque la actitud celosa en el resguardo de los derechos es contradictoria con una inactividad pusilánime anterior. Aunque se debe advertir que, en ocasiones, esta doctrina del *Verwirkung* se ha aplicado porque la falta de ejercicio inoportuno de un derecho constituye una actitud dolosa punible por sí misma, lo que hace centrar esta doctrina en una sanción al dolo más que a la conducta contradictoria.

Y en el derecho anglosajón, se cita también la teoría del *Estoppel*, cuya raíz puede encontrarse en las expresiones detener, tapar la boca², y que recibe también muchas aplicaciones las cuales, en substancia, impiden jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho o afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues con ello se crea una apariencia que puede dañar a los terceros que

² “Stop”, o “*Stoppeth bis mouth*”.

ante tal estado de cosas, conformaran su conducta a la apariencia creada ya con dolo, ya con culpa del agente³.

II. FALTA DE SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL ADAGIO

Por nuestra parte, creemos que el refrán del que estamos hablando carece de significación jurídica, porque es impreciso, resulta contradictorio con normas legales expresas, con algunas instituciones generales del derecho y con la teoría general de los derechos subjetivos; no es un principio general del derecho y tampoco se funda en la buena fe, como se ha pretendido sostener en cierta literatura jurídica⁴.

Para nosotros, expresa simplemente un deber de respeto general a la persona y propiedad de otros, todo ello como una sanción específica a la mala fe y en los términos que veremos a continuación. En consecuencia, no es ni podría ser aplicable a este refrán del *Venire*, la norma contenida en el artículo 24 del Código Civil, porque no forma parte del “*espíritu general de la legislación*” y, por lo mismo, la ley no podría ser interpretada en caso de oscuridad de la misma conforme a un refrán o *brocardo* que no forma parte de tal espíritu.

Este refrán no proviene ni se funda en el principio de la buena fe por varias razones, empezando por aquella según la cual –sólo en muy contadas excepciones– puede afirmarse con absoluta certeza que el agente de que se trate haya actuado de mala fe en la conducta antecedente, así como de mala fe en la consiguiente. Porque puede haber actuado de buena fe en ambos casos y, sin embargo, existir una clara incoherencia, todo lo cual lleva a concluir que la buena fe no sería una condición necesaria para la aplicación del refrán, lo que la excluiría como fundamento del mismo y de la teoría de los actos propios.

Pero también, por una razón de técnica jurídica muy importante si queremos permanecer en un Estado de Derecho, pues resulta esencial a ello que la buena fe deba entenderse en un sentido técnico, lo que hace que tenga una precisa significación práctica y que, por ende, lo que haya de entenderse por buena fe en algún caso en particular, sea trabajado, procesado, delimitado en sus contornos especiales, distinguiendo lo que es la buena fe en un sentido propio y coactivo, que impone obligaciones positivas de cooperación, de la simple corrección, que se manifiesta a veces en deberes negativos de respeto y consideración de los intereses

³ Véase Puig Brutau, José, Estudios de Derecho Comparado, citado por Borda Alejandro: La Teoría de los Actos Propios, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, 2005, Buenos Aires, República Argentina, p. 27, n° 15 A)

⁴ Borda Alejandro: La Teoría de los Actos Propios, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, 2005, Buenos Aires, República Argentina, página 176, número 126 C; Fueyo Laneri: Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 310 y 308.

ajenos, como son los valores en que se inspira este refrán del *Venire*. De lo contrario, ocurriría que se podría justificar casi cualquier cosa fundándose para ello en la buena fe y en otros flexibles giros de lenguaje, sin que por ello se logre convencer a nadie. En los casos que se pretenden comprender dentro del refrán del *Venire*, “la ley, aplicando la exigencia de la corrección debida entre las partes, establece límites al ejercicio del derecho, prohibiendo, por ejemplo, los actos de emulación; es decir, actos que con una interpretación típica del comportamiento observado *se descubre que han sido ejecutados, no para conseguir una ventaja propia, sino, únicamente, para causar daño a otros* (artículo 833); y bajo el mismo aspecto de la corrección y de la coherencia establece la ley sanciones al comportamiento que desconozca tales exigencias, las cuales se encuentran diseminadas por todo el Código Civil y que no son sólo características de las obligaciones⁵. Este último aspecto no puede referirse a la buena fe en sentido técnico, porque en tal caso el mismo concepto de la buena fe se esfumaría en un incoloro deber social de respeto.

Lo que resulta obviamente “incoherente” en la teoría de los actos propios, es que sus sostenedores intenten aplicarla *aunque no se pruebe culpa o dolo en la contradicción del agente, esto es, aun cuando el agente hubiere actuado de buena fe*⁶, porque, en tal caso, ¿cómo podría el refrán del *Venire* tener su fundamento en el principio de la buena fe si éste se aplica aun cuando se pruebe que el agente no ha actuado de mala fe, aunque contradictoria o incoherentemente? Se dice⁷ que la buena fe “*prohíbe la conducta contradictoria*”, pero eso es una petición de principio inaceptable. La contradicción, la incoherencia, no excluye la buena fe y, por lo mismo, es necesario probarla, en cuyo caso la sanción es a la mala fe y no a la incoherencia.

III. *VENIRE CONTRA* COMO SANCIÓN AL DOLO O MALA FE

En nuestra opinión, lo que expresa el refrán del *Venire contra factum proprium non valet* y la misma teoría de los actos propios es la sanción a un dolo o mala fe ostensible del agente, que aparece de la contradicción evidente y manifiesta con una conducta previa vinculante suya. Y que nadie se confunda con esto que acabamos de decir, porque una cosa es sostener que el refrán del *Venire* no se funda en la buena fe y otra muy distinta es afirmar que lo que se encuentra detrás del *Venire* es una sanción al dolo y la mala fe, porque éste es reprochable por sí mismo;

⁵ Betti, Emilio: Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 100.

⁶ Borda Alejandro: La Teoría de los Actos Propios, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, 2005, Buenos Aires, República Argentina, p. 176, n° 126 C.

⁷ Ekdahl Escobar, María Fernanda, obra citada, p. 71.

y no es posible sostener que cualquier institución que sancione el dolo tiene como fundamento la actitud contraria, porque en tal caso, la actitud contraria, esto es, la buena fe, se construiría sobre lo que sería en la práctica la negación absoluta de ella, lo que especialmente en materias jurídicas resulta contraproducente, porque desfigura, desdibuja y limita lo que esencialmente es la buena fe, cuyo es el caso en análisis.

Si, por otro lado, excluimos al dolo como elemento fundamental de la teoría de los actos propios, cosa que el refrán del *Venire* hace, quedaría fundado en una supuesta exigencia de coherencia en el comportamiento de las personas, en circunstancias que, en los hechos, las personas son usualmente contradictorias. Es decir, se nos antoja que esta exigencia de la coherencia atenta, además, contra la libertad individual, porque constituye uno de sus elementos esenciales que se asegure a las personas precisamente el derecho a no ser coherentes, entre otras muchas razones, porque si existiere una obligación en tal sentido, el orden jurídico condenaría a todos aquellos que, en alguna oportunidad, emitieron una opinión, actuaron de alguna determinada manera o ejercieron un derecho de manera singular, a verse privados del mismo o a ser castigados civilmente, si no mantienen una conducta coherente con la anterior, cualquiera fuere la naturaleza de esa conducta anterior, y aun considerando que ella pueda ser reprochable desde el punto de vista moral o jurídico. Siendo así las cosas, resultaría que el que habiendo sido egoísta en la conducta precedente, bajo el imperio del acto propio, sería premiado si mantuviera su línea en la subsiguiente. ¿Quién querría entonces hacer alguna vez un acto de bien? Tal deber de coherencia no existe como tal, y los que lo sostienen, niegan la propia naturaleza humana que comparte junto a un alma racional un alma emocional y que el Derecho debe siempre ponerse al servicio del ser humano en su dimensión más íntegra.

Se fundaría entonces –se dirá– en la apariencia de una conducta vinculante que suscita confianza en la persona a quien va dirigida. Es lo que decíamos antes que señalaba Puig Brutau respecto a la doctrina del *Estoppel*, de que con la conducta vinculante se crea una apariencia que puede dañar a los terceros que, ante tal estado de cosas, conformarán su conducta a la apariencia creada ya con dolo ya con culpa del agente⁸, pero con la diferencia de que –según la teoría de los actos propios– no es necesario probar ni el dolo ni la culpa del agente como el propio Puig Brutau dice que se exige en la doctrina del *Estoppel*.

En ocasiones, resulta razonable la aplicación de este refrán, pero si se examinan con detención dichos casos, ello ocurre no porque la conducta sea contradictoria sino porque la contradicción o falta de coherencia es la expresión manifiesta de un dolo o culpa grave subyacente, siendo este elemento, entonces, lo que justifica su razonabilidad particular. Si

⁸ Puig Brutau, José, citado por Alejandro Borda, ob. cit., p. 27 párrafo 15 A).

analizamos algunos fallos de nuestros Tribunales de Justicia en donde claramente se aplica la teoría del acto propio, podremos tener ocasión de observar cómo y dónde el refrán del *Venire* resulta conceptualmente aceptable: 1º) En un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca⁹ se dijo que “si una parte reconoce la eficacia de un determinado acto jurídico para obtener un beneficio del mismo, posteriormente no puede invocar la ineficacia de éste para evitarse un perjuicio”. La conducta es contradictoria, desde luego, pero ¿es por ello que resulta razonable el fallo en cuestión?, o es porque subyace en tal pretensión una mala fe evidente en materia de línea argumentativa, ya que no es posible desconocer que no se pueden sostener al mismo tiempo dos cosas que son incompatibles entre sí. 2º) En otro fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia se sentenció que “la parte que ha aceptado un informe pericial no puede después reclamar en contra de éste”. Pues bien, la conducta también es claramente contradictoria, pero, por segunda vez, subyace en ella una mala fe evidente, aunque sólo en materia de línea argumentativa, porque el reclamante estaría intelectualmente sosteniendo al mismo tiempo dos cosas incompatibles.

IV. CONTRADICCIÓN NO DE CONDUCTAS SINO DE LÍNEAS ARGUMENTATIVAS

En el fondo, lo que ocurre en todos los casos en que el refrán del *Venire* resulta plausible, es que la contradicción es sólo la prueba, la demostración manifiesta de la mala fe subyacente, pero, en rigor de verdad, ello sólo puede ocurrir en el caso de líneas argumentativas, porque en otros casos, como el ejercicio contradictorio de un derecho subjetivo, la contradicción incide en conductas, y las conductas pueden ser contradictorias o incoherentes sin que ello sea por sí mismo prueba de una mala fe evidente; y ocurre así, porque el deber de coherencia no es consustancial a la conductas humanas sino sólo a las líneas argumentales sea que soporten una petición en particular o defienden una posición o situación jurídica determinada. Es por esto que el artículo 1683 del Código Civil discurre de la manera en que lo hace, porque no puede pedir la nulidad absoluta el que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. No se trata en este caso de conductas sino de líneas argumentativas que soportan o fundamentan la petición de nulidad absoluta. Y la mala fe resulta evidente, manifiesta, porque si alguien celebró el contrato sabiendo que adolecía, por ejemplo, de causa u objeto ilícito, no puede pedir después su nulidad, porque resulta argumentalmente contradictorio y, por lo mismo, indiciario de una mala

⁹ Corte de Apelaciones de Talca, en *Gaceta de los Tribunales*, 1919, Primer Semestre, Sección Civil, p. 604.

fe manifiesta, que fundamente la nulidad en una circunstancia que no le impidió celebrar de manera igual el contrato y porque –si la pide– es porque le aprovecha, y constituye un principio general de derecho que nadie se puede aprovechar de su propio dolo.

Cuando nos referimos a las líneas argumentativas, aludimos a los fundamentos de una pretensión¹⁰, aunque excluyendo, obviamente, las que tienen por objeto el amparo de un derecho subjetivo, ya sea mediante el ejercicio de acciones reales y personales, o su cumplimiento o exigibilidad. Pero incluimos a todas las demás acciones, por ejemplo, aquellas que tienen por objeto pedir que se declare la ineficacia de algún acto jurídico, a saber, las acciones de nulidad, inoponibilidad y resolución de los actos y contratos. Las acciones que tienen por objeto hacer cumplir un contrato –y que normalmente incluyen el ejercicio de un derecho subjetivo– quedan no obstante sujetas a lo dispuesto en el artículo 1564 inciso 3 del Código Civil, en cuanto se pueda interpretar la voluntad de las partes por la aplicación práctica que han realizado del mismo, la cual recoge en gran medida los efectos del acto propio.

Se podrá sostener que lo que resulta en verdad contradictorio no es el argumento sino que la misma pretensión del actor, pero lo que ocurre es que en estos casos el argumento se confunde en la práctica con aquélla, aunque teóricamente pueden separarse. En efecto, para que la pretensión resulte procedente por sí misma, sólo es necesario que no sea contradictoria con lo que diga o no diga la ley, en el caso del ejemplo del artículo 1683, con lo que son los requisitos de validez de los actos jurídicos. Si sostuviéramos lo contrario, se llegaría al absurdo de que las pretensiones y defensas no necesariamente deben resolverse conforme a nuestro estado de derecho sino en atención a otras variantes que puedan resultar más o menos razonables. De manera que si es contradictoria con lo que diga la ley, la acción caerá por sí misma y, si no lo es, debiera accederse a ella solamente porque es coherente con la ley. Ahora bien, el caso mencionado del artículo 1683 y su lógica consecuencia contenida en el artículo 1468 del mismo cuerpo legal –(que colocamos aquí sólo a manera de ejemplo para encontrar la razón intrínseca contenida en ambos y aplicarla *mutatis mutandi* a otros casos similares no previstos expresamente en la ley)– nos servirá de ejemplo para entender lo que se ha dicho. Si un contrato adolece de objeto ilícito no puede pedir su nulidad el que lo ejecutó o celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y

¹⁰ Borda, Alejandro, obra citada, pág 80, alude a la pretensión contradictoria como requisito para que la teoría de los actos propios pueda ser aplicada. Entiende a la pretensión como cualquier acto meramente declamatorio y afirma que “*es aquel acto o aquella conducta realizado con posterioridad a otro anterior que está dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado*”. Pero –en su opinión– esto incluye el ejercicio de un derecho subjetivo porque “*la pretensión –dice– puede ser vista como la constitución de un acto o de un poder*”, afirmación ésta que nosotros no compartimos por las razones que se expresan en el texto.

aun cuando se declare dicha nulidad, no podrá repetir lo que haya dado o pagado en razón de ese objeto ilícito a sabiendas. Sin embargo, según lo dicho, el hecho de pedir la nulidad sólo debe ser contradictorio con la ley que la establece; y dado que ésta así lo instituye, el ejercicio mismo de la acción no es contradictorio con la ley que es lo único que debe importar al respecto. No obstante, lo que sí resulta contradictorio es el hecho de invocar el artículo 1683 o pretender repetir lo que se ha dado o pagado en razón del acto nulo, en circunstancias que el mismo actor celebró el contrato y pagó las obligaciones nacidas de él, aun sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Entonces, la sola invocación de una norma que no ha sido respetada por el actor es argumentalmente insostenible, porque la persona no se encuentra en situación de acudir a una ley que precisamente no consideró al momento de la celebración del acto o contrato y, por consiguiente, esa línea argumental se contradice con una actitud o conducta suya anterior, todo lo cual es prueba suficiente de mala fe, porque en una línea argumental, resulta esencial la coherencia y, especialmente, porque, es en esa falta de coherencia donde se aprecia una actitud de mala fe manifiesta. Se encuentra, entonces el sentenciador, frente a una cuestión de opciones: o aplicar una ley en particular o dejar impune el dolo y la mala fe, que es sancionado a través de todo el ordenamiento jurídico. Y según este refrán del *Venire*, prefiere esta última opción, porque en las líneas argumentales resulta esencial la coherencia y no exigirla es dejar impune una actitud que el orden jurídico rechaza y que aparece de manifiesto por la sola contradicción de la línea argumental. La incoherencia reside esencialmente, entonces, sólo en la línea argumental, porque las peticiones o pretensiones sólo se pueden confrontar o comparar con lo que al respecto señale el ordenamiento jurídico positivo, a riesgo de no respetarse el estado de derecho.

La contradicción que debe sancionarse, entonces, es aquella que tenga tal naturaleza que no puede caber duda alguna de la mala fe del agente interviniente, es decir, la contradicción ha de resultar ser la prueba del dolo, de la mala fe o de la culpa grave, porque es ese argumento contradictorio el que consume el daño a la persona o propiedad de otros. Todo lo contrario a lo que intentamos mostrar es el caso de aquella sentencia de los Tribunales¹¹ que no acogió la petición de un banco en orden a que la suma a la que fuere condenado se le adicionara sólo interés simple, porque contradecía su propio acto dado que a sus clientes les cobraba las deudas con interés compuesto. En este caso, la contradicción no es

¹¹ Véase Ekdahl Escobar, ob. cit., p. 253, quien reproduce Informe de López Santa María que en una de sus partes dice: *"En la especie, no pretenderá el Banco del Estado que se liquiden linealmente los intereses que adeuda, en circunstancias que su comportamiento habitual es cobrar intereses sobre intereses, incluso sin pacto expreso, en el servicio de las deudas. Si la conducta del Banco es cobrar interés compuesto, ahora va contra sus propios actos al pretender pagar con el mero interés simple su deuda..."*.

signo manifiesto de mala fe, porque el interés simple o compuesto sólo es función de la tasa que cobra el banco y la deuda que mantenía con un tercero no puede estar sujeta a otra consideración que no sea el interés corriente. En otras palabras, se puede calcular el interés en forma compuesta y ofrecerse o exigirse una tasa muy módica y calcularse un interés en forma simple y ofrecerse o exigirse una tasa de interés altísima. En este caso, entonces, la contradicción no es indiciaria de una mala fe manifiesta, porque, además, y en última instancia, no es constitutivo de mala fe el hecho de que una persona solicite, en un caso concreto, una determinada forma de calcular los intereses de una deuda y cobre y calcule los intereses de sus acreencias en forma distinta.

Podrá decirse –y se dice¹² que quien contradice sus propios actos se encuentra obligado a justificar su incoherencia so pena de no aceptarse su conducta posterior, pero esta regla, planteada así tan ampliamente –que supone además presumir la mala fe–, debería estar plagada de excepciones, empezando por todos aquellos casos en que la conducta anterior constituya un error¹³, la transgresión de una norma jurídica o contractual, porque en estos casos la contradicción se justificaría y explicaría por sí misma¹⁴ y, muy especialmente, cuando se trate del ejercicio de un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo se define esencialmente como aquel en que el orden jurídico se pone al servicio de la *subjetividad* de su titular para los efectos de la delimitación de los contornos y del contenido práctico del derecho de que se trate, de manera que esta teoría de los actos propios no podría alcanzar al ejercicio contradictorio de un derecho subjetivo, porque precisamente se estaría sancionando una contradicción y una arbitrariedad que es la que lo define y estructura.

El caso del derecho subjetivo requiere, además, de una consideración adicional. Quien se funda en un comportamiento anterior del sujeto titular del derecho y realiza una inversión o compromete de alguna forma su patrimonio, debe asumir el riesgo de que dicho sujeto cambie de criterio respecto de una situación idéntica, pero posterior. Si quería asegurarse de que no hubiere cambio, habría debido comprometer al sujeto titular contractualmente, porque al fin y al cabo, este último estaría disponiendo de un derecho y los actos de disposición no pueden presumirse ni mucho menos comprometerse por situaciones previas, especialmente si fueren a

¹² Y Alejandro Borda lo dice expresamente: “Como consecuencia de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria, nos atrevemos a afirmar lo dicho más arriba: desaparece la presunción de buena fe en el sujeto activo”, ob. cit., p. 176, n° 126.

¹³ Que Alejandro Borda no excluye de la aplicación de la Teoría de los Actos propios, ob. cit., p. 77 n° 81, pero por razones no derivadas de la teoría en análisis sino por una concepción personal del Error como vicio del consentimiento.

¹⁴ Que Alejandro Borda sí excluye de la Teoría de los Actos Propios, pues señala que si “la conducta vinculante llevada a cabo fuese inválida o ineficaz en sí misma, o ilícita, o contraria a las buenas costumbres o al orden público o de cumplimiento imposible, puede ser atacada o impugnada sin que por ello importe una violación de la teoría de los actos propios”, ob. cit., p. 73, n° 79.

título gratuito. Con todo, esto no significa de manera alguna que pretenda sostenerse que es legítimo ejercer un derecho subjetivo dolosa o culpablemente sino sólo que, en tal caso, se debe probar la mala fe o la culpa para obtener lo que haya de obtenerse según la ley. Y se deben probar dichas circunstancias aun cuando el ejercicio sea contradictorio, porque en este caso no existe un deber de coherencia, dado que es natural al ser humano ejecutar conductas contradictorias y porque dicha contradicción es permitida expresamente, ya que por definición el derecho subjetivo es aquel cuyo contenido queda entregado al arbitrio de su titular, lo que, además, es ratificado para el caso de la prescripción adquisitiva en el artículo 2499 del Código Civil.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, la aplicación de este refrán o *brocardo* debe necesariamente quedar reducido a las líneas argumentales, donde la coherencia resulta esencial; a la actuación de los organismos del Estado en el ejercicio de potestades públicas, porque la falta de coherencia redundaría en una transgresión de la garantía constitucional de la igualdad al ejecutar actos que afectan a unos de manera distinta de los que afectan a otros, y a las actuaciones de los magistrados en el curso de un proceso, porque cualquier conducta contradictoria o incoherente que incida en lo dispositivo del fallo constituye una falta o abuso susceptible de ser enmendado mediante la interposición de un recurso de queja.

No obstante, estos dos últimos casos no son comentados porque exceden la esfera de nuestra especialidad.

EL ACTO PROPIO EN MATERIA ARBITRAL: ALGUNOS LÍMITES PROBATORIOS PARA SU APLICACIÓN

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor Derecho Procesal

Universidad de los Andes

I. EL APOORTE DE LA DOCTRINA

En nuestro medio la incorporación de la doctrina del acto propio se debe al aporte de profesores de derecho civil. Tomando como base el *Índice chileno de derecho privado*¹ elaborado por González Castillo, la primera exposición proviene de López Santa María, en su trabajo “Intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o *estoppel*” (Revista de Derecho y Jurisprudencia de 1985). A esa contribución le sobrevendría la de Fueyo Laneri, “La doctrina de los actos propios”, incluida en sus *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Editorial Jurídica de Chile, 1990), y el artículo de doña Inés Pardo de Carvalho, “La doctrina de los actos propios”, publicado en la *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1991-1992). A nivel de monografía la Editorial Jurídica de Chile publicó en 1989 el trabajo de Ekdahl Escobar: *La doctrina de los actos propios*.

A lo anterior se sumaría el desarrollo jurisprudencial que, con mayor o menor énfasis, empieza a apreciarse en algunas sentencias que acuden a esta regla para solucionar, entre otros, problemas de derecho civil, laboral, procesal. Son cada día más los jueces que utilizan esta pauta ya

¹ González Castillo, Joel, *Índice chileno de derecho privado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 16. Otras explicaciones en nuestra doctrina en Rivas Guzmán, Ramón, “La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa”, en *Contratos*, VV.AA. (Coordinación E. Barros B.), Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 189-207; Rodríguez Grez, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 42-43.

como un criterio de justificación de la decisión sobre el fondo o como un instrumento para ponderar la prueba aportada a la causa². En ambos casos, la regla referida sirve para resolver el conflicto, *dando a cada uno lo suyo* considerando si una de ellas ha entrado en contradicción con su anterior conducta. La mala fe hace desaparecer el título justificador o causa de pedir del derecho reclamado³.

La utilización en nuestra práctica forense de la regla de acto propio ha evitado que el proceso se convierta en un mecanismo que valide actuaciones de mala fe, restringiendo la actuación del litigante malicioso. Es un tópico común sostener que el principio de la buena fe reprueba la práctica de cualquier actuación que configure una utilización del proceso con fines dolosos o fraudulentos⁴.

II. ALGUNAS APLICACIONES DE LA TEORÍA EN EL ARBITRAJE

En el ámbito del arbitraje interno la doctrina de los actos propios ha sido recogida en varias sentencias, que demuestran que esta figura tiene

² CS, 9 de mayo de 2001 RDJ, t. XCVIII, N° 2, sec. 1ª, pp. 99-100; C. de Ap. de Concepción, de 14 de agosto de 2002, GJ, N° 266, 2002, pp. 204-207. Una síntesis reciente en materia laboral en Opazo M. Raimundo, "La doctrina de los actos propios en materia laboral", en *Revista del Abogado*, N° 43, 2008, pp. 32-36.

³ Toda acción deducida en juicio tiene un componente causal, denominado como causa de pedir, que es la "razón" o del "fundamento de la acción". Al examinar el juez la procedencia de este elemento, puede detectar una contradicción que prive al demandante de la tutela jurídica que solicita. El "dar a cada uno lo suyo" (*ius suum cuique tribuendi*), impone siempre un examen de la buena fe con que se está ejerciendo la acción. Dicho de otra forma, un demandante que actúa en contradicción con su anterior conducta carece del "título justificador", de la "causa eficiente" del derecho. Naturalmente que hay que examinar esta cuestión en cada caso particular huyendo de una aplicación desorbitada de esta regla. Se debe evitar que por la aplicación indiscriminada de este principio se pueda calificar –impropiamente– de actuación de mala fe a toda acción ejercida en contradicción con una anterior conducta. De un modo concreto, se debe tener cuidado de calificar bajo esta regla el ejercicio de acciones incompatibles en procesos separados. Ese tipo de actuaciones no resulta en sí mismo ilícito, ello porque uno de los rasgos que caracteriza al proceso civil es justamente la superación del antiguo efecto consumativo de la acción por el hecho de demandar. Mientras se mantuvieron vigentes los efectos de la *litisconstestatio* romana, el actor tenía que elegir entre las acciones incompatibles, quedando extinguidas las restantes al deducir una cualquiera en juicio. Esta situación determinaba que elegida una vía procesal por una parte no se podía acudir a otra (*electa una via per partem ad aliam potest venire*). Según Domingo, esta regla tiene su fuente en Decio, *Regula*, 301.6, p. 117. También se cita a Papiniano D. 18.3.4.2. Domingo, Rafael, *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 48). Al trasladarse el efecto extintivo de las acciones a la eficacia de cosa juzgada, el ejercicio separado de acciones incompatibles no implica, necesariamente, un acto de mala fe.

⁴ Las manifestaciones clásicas de la buena fe en el proceso civil dicen relación tradicionalmente con: 1º) La obligación de jurar decir la verdad que existe para ciertos sujetos en el proceso. 2º) Con las facultades del juez para rechazar incidentes o imponer multas, con el fin de que no se dilate la tramitación de un proceso. 3º) Con la presunción de mala fe para el litigante que obtuvo una prejudicial precautoria y no presentó la demanda dentro del plazo legal. 4º) Con la tipificación como delitos el perjurio, falso testimonio y la obstrucción a la justicia. 5º) Con la condena en costas, etc.

una enorme utilidad práctica para resolver, entre otras, las siguientes cuestiones:

1º) Para dar por acreditada la prórroga tácita de un plazo

Se ha estimado que la circunstancia de que una de las partes concurriera a una reunión sin hacer reserva alguna respecto de la eventual ineficacia del trabajo de unos auditores “constituye un acto propio de la demandada que la inhabilita para declarar de buena fe esa extemporaneidad luego de dicha reunión, ante la inminencia de que el informe resultaría desfavorable a sus pretensiones”⁵.

Como consecuencia de esa actuación, el árbitro dio por prorrogado en forma tácita un plazo para emitir un informe contable que incidía en la determinación del precio de una compraventa de acciones.

2º) Para rechazar una acción de nulidad relativa

La misma sentencia anterior acudió a la regla que se examina para desestimar la acción de nulidad de un contrato por dolo o reticencia, declarando: “59. Que, finalmente, debe entenderse que el pago de la parte no disputada del precio de las acciones por parte de la compradora se hizo en perfecto conocimiento de los hechos que motivan la acción rescisoria reconvenzional y sin que se haya efectuado reserva alguna de acciones, de modo que debe entenderse que se ha ratificado tácitamente la venta en los términos del artículo 1695 del Código Civil”; “60. Que la conclusión anterior se ve confirmada por otro importante acto propio de la compradora, posterior a la compraventa, como fue la fusión de la AFP C. con la Administradora de Fondos de Pensiones P., controlada por la propia actora reconvenzional, acto este último que es subjetivamente incompatible con la acción rescisoria según el principio general de buena fe, que hace precluir un derecho cuando su titular, en pleno conocimiento de los efectos de sus actos, realiza actuaciones que inequívocamente suponen su renuncia”⁶.

3º) Para rechazar una acción de nulidad de contrato

En otra ocasión se ha procedido a desestimar la acción de nulidad considerando que, “(...) la circunstancia que la actora haya a su vez vendido las mismas acciones que adquirió en virtud de un contrato que ahora reputa nulo, implica una conducta totalmente contradicha con su comportamiento actual, en orden a demandar la nulidad del contrato de compraventa por el cual adquirió dichas acciones, por lo que cobra vigencia en la especie la doctrina de los actos propios que constituye un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un

⁵ Sentencia de 7 de noviembre de 1997, pronunciada por el árbitro de derecho Enrique Barros Bourie. Tomo I, *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 35-96, pp. 119-133.

⁶ Ib. cit ant., pp. 132-133.

deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y al daño consiguiente”⁷.

4º) Para rechazar una demanda de cumplimiento forzado de contrato

En lo que respecta al acto propio allí se señaló: “25. Que, por lo manifestado, la reclamación de autos resulta de difícil conciliación con el comportamiento observado por la actora con antelación a su formulación, pues sabido es que nadie puede alegar un derecho antinómico con sus propios actos (*nemo potest contra factum venire*), ni contradecir sus actitudes precedentes que sean jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, asumiendo una conducta incompatible con las observadas anteriormente”. “26. Que, en efecto, a partir de los postulados de la llamada ‘doctrina de los actos propios’, de creciente aceptación y aplicación en el ámbito jurisdiccional, no resulta admisible una reclamación que se fundamente en hechos o razones de derecho que contradigan los propios actos del recurrente, esto es, que los basamentos de su reclamo importen una actitud que esté en contradicción con su anterior conducta, situación que evidentemente entra en pugna con el derecho (*venire cum actum proprium non valet*)”⁸.

III. EL ACTO PROPIO Y LA CUESTIÓN DE HECHO

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, los requisitos para la aplicación de la doctrina del acto propio son:

1º) Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; 2º) una conducta posterior de parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y, 3º) que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica⁹.

Como se puede apreciar de la enumeración anterior, la aplicación de la doctrina del acto propio demanda la acreditación de una realidad fáctica bien concreta, a saber: la existencia de una conducta anterior y de otra posterior de un mismo sujeto que aparece en contradicción. Si dicha realidad no está probada, el árbitro queda impedido de acudir a esta regla para calificar el comportamiento de las partes.

Ahora, en el caso del arbitraje la prueba de los componentes fácticos indicados no está exenta de dificultad. Como se sabe, la actividad proba-

⁷ Sentencia de 8 de mayo de 2003, pronunciada por el árbitro arbitrador Patricio Figueroa Velasco. Tomo IV *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 343, pp. 94-108.

⁸ Sentencia de 28 de junio de 2002, pronunciada por el árbitro arbitrador Raúl García Astaburuaga. Tomo III, *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 279, pp. 318-329.

⁹ CS, 9 de mayo de 2001 RDJ, t. XCVIII, N° 2, sec. 1ª, pp. 99-100.

toria es uno de los actos procesales más complejos de explicar, atendido que concurren en él tanto elementos jurídicos como metajurídicos¹⁰.

De igual forma, en la acreditación de los componentes de hecho que requiere esta regla se debe evitar su confusión con el fraude procesal. Existe fraude procesal cuando media toda conducta, activa u omisiva, unilateral o concentrada, proveniente de los litigantes, de terceros, del juez o de sus auxiliares, que produce el apartamiento dañoso de un tramo del proceso o del proceso todo de los fines asignados¹¹.

Con el fraude procesal lo que se obtiene es la producción de una cosa juzgada fraudulenta. Dentro de los típicos ejemplos de fraude procesal se apuntan: impedir a la contraparte interponer ciertos recursos ejercitando violencia física o moral u obligarlos por los mismos medios a firmar escritos que le perjudiquen¹²; iniciar acciones de condena previamente concertados deudor y acreedor para sustraer bienes en perjuicio de otros acreedores; la presentación de pruebas falsas u obtenidas ilícitamente.

El fraude procesal, como se puede apreciar, tiene un campo de acción de mayor envergadura, que promueve la interesante cuestión de si es posible intentar una acción posterior que deje sin efecto la cosa juzgada fraudulenta. En cambio, la regla del acto propio es una cuestión de hecho y de derecho sujeta a la regla de la preclusión procesal, salvo que esté inserta en alguna de las hipótesis de fraude que se pueden controlar por la vía del recurso de revisión (art. 810 CPC).

IV. LAS LIMITACIONES PROBATORIAS SEGÚN LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

1. DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS PROBATORIOS

Los procedimientos probatorios en materia arbitral discurren básicamente sobre alguna de estas opciones: 1º) si se confía o no en el árbitro, para dotarlo de poderes en la elección de los medios de prueba y la asignación

¹⁰ Entre la abundante bibliografía, cfr. Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 8ª ed. 2008, pp. 343-379; Tavorari Oliveros, Raúl, "La prueba en el proceso", Valparaíso: Libromar, 2000, pp. 281-308; Dynny, Jorge H. "Actividad probatoria", en *Scritti in onore de Elio Fazzalari*, Milán: Giuffrè, 1993, vol. III, pp. 207-225; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons, 2ª ed. 2004, pp. 47-123; Accatino Scagliotti, Daniela, "Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, N°26, 2006; "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, vol. XIX N° 2, 2006; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2005; Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

¹¹ Cfr. Peyrano, Jorge, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 181.

¹² Idem. cit. ant. p. 185.

del valor de convicción que les pueda atribuir en la decisión del conflicto; 2º) si la actividad del compromisario se debe limitar a la verificación de la veracidad de las afirmaciones que sobre los hechos hacen las partes o, por el contrario, si también le está permitido proceder a la investigación de los hechos para el establecimiento de la verdad real.

En su actual reglamentación nuestro derecho el arbitraje no cuenta con un único procedimiento probatorio. Tal diversidad es una proyección de la distinción existente entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad¹³.

En el proceso seguido ante un árbitro de derecho o un árbitro mixto, la actividad probatoria está regida por las reglas previstas por el derecho común, esto es, por el sistema de prueba legal¹⁴.

Hasta la fecha el legislador no ha excluido al arbitraje regido por el Código de Procedimiento Civil del sistema de prueba legal heredado de la codificación decimonónica. Sólo si se trata de un arbitraje comercial internacional de derecho regido por la Ley N° 19.971 se puede aplicar un sistema probatorio diverso, tal como lo dispone el art. 19 de la referida ley al señalar que “2) a falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

En el caso del árbitro arbitrador, por su propia naturaleza cuenta con un procedimiento probatorio de mayor discrecionalidad. El contenido del mismo dependerá, en primer lugar, de lo pactado por las partes o de lo previsto en el reglamento del centro de arbitraje institucional al que se hayan sometido. Si nada se ha dicho, el compromisario utilizará el que estime procedente¹⁵.

¹³ Un completo estudio de esta diversidad últimamente en Vásquez Palma, María Fernanda, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago: LegalPublishing, 2009.

¹⁴ En el caso del árbitro mixto, la Corte Suprema ha resuelto que en la dictación de la sentencia debe someterse estrictamente a la ley, pues las características y las facultades de tal naturaleza de árbitros está determinada en la ley a través del artículo 223 del COT. “*En este sentido debe precisarse que la aplicación estricta de la ley en la sentencia definitiva debe entenderse tanto referida a los preceptos de fondo como a las reglas de apreciación de la prueba. De lo anterior se deriva que, al tratarse en la especie de una materia civil, dicha valoración se efectúa según las reglas comunes del código de enjuiciamiento correspondiente. Por esta razón no le es lícito a las partes, como hubiese sido en el caso de un árbitro arbitrador, substraerse a tal imperativo legal y otorgarle al árbitro facultades distintas a la que establece la ley, de lo que se sigue que es contrario a derecho convenir que un árbitro mixto aprecie la prueba en conciencia*” (CS. 3 de enero de 2000, *F. del M.* N° 494, p. 3071).

¹⁵ Dentro de las posibilidades que tiene el arbitrador está la utilización de las reglas de la sana crítica. Se trata de un sistema que se ubica en una categoría intermedia entre la prueba legal y de la libre convicción. A través de esta modalidad se dota al juzgador de un instrumento que permite que en la actividad de valoración no quede atado por la rigidez de la prueba legal, ciñéndose a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los aportes que surgen del desarrollo científico.

2. LIMITACIONES PROBATORIAS SEGÚN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Para el tema que nos ocupa, la posibilidad de dar por acreditados los elementos fácticos de la doctrina de los actos no está sujeta al mismo rigor, según si se trata de un arbitraje de derecho o de uno seguido ante un arbitrador¹⁶.

En el caso del arbitrador su mayor libertad proviene de la inexistencia de reglas de exclusión probatoria previamente delimitadas por el legislador. Como lo ha expuesto la Corte Suprema en su sentencia de 4 de diciembre de 1951, “la facultad de apreciación de la prueba en conciencia importa la atribución de hacerlo en conformidad a la conciencia, esto es, con conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, según lo dice el Diccionario de la Lengua. Este conocimiento exacto y reflexivo de las cosas se opone al concepto de arbitrariedad”¹⁷.

Ahora, si al arbitrador las partes o el reglamento de arbitraje institucional le han permitido poder aplicar las reglas de la sana crítica, su actividad tendrá los límites inherentes a dicho sistema, que se ubica entre la prueba legal y el de la libre convicción. Conforme a la concepción predominante, la valoración de la prueba según la sana crítica proviene de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los aportes que surgen del desarrollo científico.

En cambio, el árbitro de derecho y el árbitro mixto deberán ceñir su actuación a las reglas del sistema de prueba legal. Esto significa, que para dar por establecido los componentes de hecho de la doctrina del acto propio no puede infringir las denominadas leyes reguladoras de la prueba¹⁸.

3. FE PÚBLICA NOTARIAL Y ACTO PROPIO

Uno de los problemas recurrentes en el arbitraje de derecho interno es el de conjugar la doctrina del acto propio con el sistema de fe pública. No son pocas las ocasiones donde el debate en torno a la aplicación de esta regla obliga a indagar acerca de los límites que impone el valor probatorio que nuestro derecho reconoce a los instrumentos públicos, en especial, a las escrituras públicas.

¹⁶ Sobre esta figura, Tenella Sillani, Chiara, *L'Arbitrato di Equità*, Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, pp. 1-45.

¹⁷ CS, 4 de diciembre de 1951, RDJ t. XLVIII, sec. 1ª p. 75. En igual orientación, CS, 16 de mayo de 1979, RFM N° 246, p. 113; CS, 4 de diciembre de 1989, RDJ, t. XXCVI, sec. 1ª, p. 117.

¹⁸ Sobre la definición de este concepto, entre otros, CS, 13 de julio del 2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, p. 132; CS, 31 de julio del 2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, p. 141. En igual sentido, entre otros, CS, 29 de enero de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 1, p. 9; CS, 1º de octubre de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 3, p. 167.

En el terreno de los principios, en un arbitraje de derecho (sometido al sistema de prueba legal) no es admisible que mediante la simple invocación de la doctrina del acto propio se pueda prescindir de una declaración de voluntad contenida en una escritura pública.

La fuerza probatoria que tienen estos documentos se explica por la apuesta que don Andrés Bello hizo por el sistema de prueba legal. Sobre el particular en el Mensaje del Código Civil se lee: “en el título De la Prueba de las obligaciones, se hace obligatoria la intervención de la escritura pública para todo contrato que versa sobre un objeto que excede cierta cuantía, pero el ámbito demarcado para la admisión de otra clase de pruebas es mucho más amplio que el otras legislaciones”. Sobre las restricciones concluye justificando “...se ha creído prudente aguardar otra época en que, generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal”.

Pues bien, el árbitro de derecho frente al valor probatorio de una escritura pública no puede dejar de considerar la pertenencia a un sistema de mentalidad escrita o de “mentalidad alfabetizada”, que es alentado y garantizado por un sistema notarial que es depositario cuantitativa y cualitativamente de la fe pública en el campo de los negocios¹⁹.

Dicho de otra forma, pertenecemos a una cultura acostumbrada a contemplar el lenguaje como escrito. La reducción del lenguaje a texto ha sido y es una constante que no se puede soslayar, bajo el pretexto de aplicar la doctrina del acto propio.

En el caso de los instrumentos públicos, su autenticidad se asegura a través de tres factores:

- 1º) La oficialidad de la persona que lo autoriza;
- 2º) Que el funcionario actúe dentro de su competencia; y
- 3º) El respeto a la forma prevista por la ley para asignarle valor como tal al instrumento respectivo²⁰.

En el caso de los notarios, por estar investidos de la fe pública del Estado, su actuación reviste una eficacia jurídica que sólo se puede perder por declaración de falsedad o simulación. Esto significa que lo expresado por el documento notarial, respecto de los hechos que caen dentro de la esfera de declaración de este ministro de fe, se tiene por verdadero. La razón de ello obedece a la necesidad de dar seguridad jurídica, como uno de los valores primordiales en todo ordenamiento jurídico.

¹⁹ Sobre este tema y su evolución, Martínez Baeza, Sergio, “La fe pública y la costumbre en el Chile indiano”, en *Revista de Estudios Histórico-jurídico*, Valparaíso, 1995, pp. 285-292; Dougnac Rodríguez, Antonio, “El escribanato de Santiago de Chile a través de sus visitas en el siglo XVIII”, en *Revista de Estudios Histórico-jurídico*, Valparaíso, 1997, p. 53.

²⁰ Sobre este tema, Meneses Pacheco, Claudio, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Ius et Praxis*, N° 2, 2008, pp. 43-86.

Como lo ha declarado la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 30 de agosto de 1913, “la diferencia más característica entre un instrumento público y uno privado consiste en que la persona que presenta en apoyo de su demanda un instrumento público no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que lo impugna de falso debe acreditar su impugnación; a la inversa, la persona que presenta un instrumento privado está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega”²¹.

V. UNA PAUTA PARA RESOLVER LA CONTRADICCIÓN

Normalmente la aplicación de la doctrina del acto propio se produce en torno a una disputa jurídica donde el árbitro tiene que pronunciarse acerca del valor que corresponde asignar a la prueba contradictoria que han producido las partes, especialmente la de carácter documental. En efecto, es frecuente que la discrepancia entre la conducta vinculante y el acto posterior contradictorio provenga de actuaciones contenidas en cartas, borradores de contratos, matrices de escrituras públicas que no han sido concluidas como tales, mails, etc.

Sin pretender agotar un tema que es esencialmente casuístico, una pauta a considerar para poder resolver acerca de la aplicación de la doctrina del acto propio puede ser la siguiente: la parte que ha incurrido en un comportamiento contradictorio no puede tratar de salvar esa situación sosteniendo que ha incurrido en un error involuntario al enviar una comunicación o carta que revela su actuación de mala fe.

Como se sabe, en el campo jurídico es inadmisibles que alguien pueda intentar desconocer los efectos jurídicos y probatorios de un documento alegando su propia torpeza o error²².

En este punto conviene recordar que el derecho histórico nos ha legado una serie de aforismos que sirven para sancionar la actuación de quien intenta contradecirse. Entre otras, es exponente de esta realidad la siguiente: “nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro” *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*. D. 50. 17, 75)²³.

En nuestra jurisprudencia son proyecciones de lo anterior las siguientes decisiones:

²¹ C. de Ap. de Santiago, 30 de agosto de 1913, RDJ, t. XI, sec. 2ª, p. 45.

²² Sobre el concepto de error, Martinic Galetovic, María Dora, Reveco Urzúa, Ricardo, “Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos”, en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fuyo, León Hurtado, Merino, Mujica y Rosende*, Santiago: Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 79-113.

²³ Herrero Llorente, Víctor, *Diccionario de expresiones y frases latinas*, Madrid: Gredos, 3ª ed. 1992, pp. 884 y 285.

- 1ª) “El documento firmado por el confesante importa la declaración de haber recibido la cantidad de dinero a que se refiere. Sostener lo contrario en el juicio después de haber reconocido la autenticidad del recibo equivale a ejercitar una excepción que, por tanto, debe probarla el que la invoca”²⁴.
- 2ª) “El que tacha de falsa y simulada una escritura pública debe, para destruir el mérito probatorio de esta, justificar la excepción opuesta, o sea, dicha falsedad”²⁵.
- 3ª) “Si la escritura pública en que los socios de una sociedad colectiva comercial declaraban terminadas las operaciones sociales no fue autorizada por el notario debido a la falta de término de giro, dejándola sin efecto, la declaración posterior hecha por los socios en la escritura pública de disolución en el sentido de que la entidad la habían disuelto en la fecha de la escritura que quedó sin autorizar no afecta a terceros, entre ellos el Fisco”²⁶.
- 4ª) “(...) la declaración hecha por el marido en el inventario de los bienes quedados al fallecimiento de su mujer –inventario que fue aceptado posteriormente por los herederos al practicarse la partición– en orden a existir una deuda a favor del demandante, produce plena prueba en contra del marido, respecto de todos aquellos a quienes se han transferido sus obligaciones, sea a título universal, sea a título singular, y respecto de herederos de la mujer que aceptaron el inventario”²⁷.
- 5ª) “Mientras no sea salvado por voluntad de las partes o por resolución judicial, el error que se dice existir en la escritura matriz, hay que tener por estipulados los intereses como se dice en ellas. No es suficiente lo declarado, como testigo, por el notario autorizante, para dar por establecido que los intereses se estipularon en la forma que expresa la primera copia, pues es un instrumento público que hace plena fe contra los otorgantes”²⁸.

VI. ACTO PROPIO Y COMPORTAMIENTO PROBATORIO DE LAS PARTES

Atendida la intermediación que se da en todo proceso arbitral, un aspecto de interés en el tema que examinamos es indagar acerca del nexo entre la doctrina del acto propio y el comportamiento probatorio de las partes, como base para poder aplicar esta regla de protección de la buena fe procesal.

²⁴ CS, 4 de octubre de 1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, p. 916.

²⁵ CS, 13 de enero de 1914, RDJ t. XII, sec. 1ª, p. 181.

²⁶ CS, 24 de julio de 1959, RDJ, t. LVI, sec. 1ª, p. 238.

²⁷ CS, 19 de octubre de 1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1ª, p. 447.

²⁸ C. de Ap. de Valparaíso, 2 de mayo de 1933, RDJ t. XXXI, sec. 2ª p. 470.

Por su pertenencia al sistema de prueba legal en nuestro Código de Procedimiento Civil no se contempló una norma general que permita en la actividad de valoración de la prueba atender a la conducta contradictoria de las partes, como base para sancionar al litigante de mala fe.

De un modo excepcional, sólo en el juicio de mínima cuantía se considera tal posibilidad en el art. 724 del CPC, cuando dispone que, “la prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que se haya litigado”.

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL CHILENA

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ

*Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN. BASES METODOLÓGICAS

Aunque la doctrina de los actos propios no tiene consagración legal expresa en el Código Civil, últimamente no es poco frecuente encontrar justificaciones judiciales en base real o aparente a esta teoría en la solución de los conflictos civiles¹, como también en otras ramas del derecho.

El objetivo del presente trabajo consiste en observar cómo la última jurisprudencia ha recogido esta doctrina en materias civiles, a partir de los motores de búsqueda computacionales de sentencias existentes en nuestro país².

Para efectos de este trabajo, entendemos como jurisprudencia reciente 25 fallos emanados tanto de distintas cortes de apelaciones como de la Corte Suprema y un fallo arbitral, desde el año 1993 hasta el 2009³. Si bien, dentro de esta época es posible encontrar más fallos que hacen alguna alusión a la doctrina o teoría de los actos propios (por ejemplo, en las litigaciones

¹ En un estudio casuístico de la materia, hacia 1990, Fernando Fueyo Laneri sólo cita 4 sentencias nacionales en las que se puede subsumir este principio (*Instituciones de Derecho Civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, pp. 328-355).

² Nos referimos a los motores de búsqueda electrónicos Legal Publishing (<<http://www.legalpublishing.cl>>), Microiuris (<<http://cl.microjuris.com>>) y PuntoLex (<<http://www.puntotex.cl>>). La cita Microiuris y PuntoLex se efectuará exclusivamente con número de rol, a menos que el fallo de origen no la contenga, caso en el que se hará referencia a la carátula de la causa y número de cita de la respectiva base de datos.

³ Se trata de 1 fallo de 1993, 1 fallo de 1995, 1 fallo de 1998, 1 fallo de 2000, 4 fallos de 2004, 2 fallos de 2005, 2 fallos de 2006, 4 fallos de 2007, 4 fallos de 2008 y 5 fallos de 2009. Los fallos serán citados en su oportunidad. Como puede apreciarse su aplicación jurisprudencial se ha dado, fundamentalmente, en el tiempo más reciente.

de las partes), sólo hemos considerado aquellos que sustancialmente han acudido a esta doctrina para fundamentar sus decisiones.

Dentro de las causas civiles hemos también considerado algunas de derecho bancario o comercial, dado que las instituciones discutidas en los casos citados han sido, históricamente, tratadas por los autores *civilistas*.

No es objeto del presente trabajo realizar un estudio *crítico* de los principios ocupados por los distintos tribunales en la aplicación de la doctrina de los actos propios, sino solamente otorgarle al lector un repaso en base a *reglas* que los tribunales han acuñado sobre esta doctrina.

II. CONCEPTO, REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

1. CONCEPTO

La jurisprudencia de los tribunales no es enteramente uniforme en definir la doctrina de los actos propios.

Tres son los criterios que han utilizado los tribunales para definirla. En primer lugar se ha definido como aquella que consiste en la “existencia de una conducta que induce de una mera directa y razonable a la creencia cierta de que en contra de ella no se hará valer una pretensión contraria”⁴. Otros fallos la han definido como aquella en virtud de la cual “nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, *con perjuicio a un tercero*”⁵. También se ha definido como aquella doctrina “de acuerdo a la cual nadie puede *legítimamente* contrariar los actos propios”⁶.

Si bien todos los fallos aluden a que una persona contraría sus propias acciones, las diferencias se presentan, principalmente, en el carácter que se

⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de septiembre de 2004, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 31498. En similar sentido, Corte Suprema, 10 de noviembre de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255. Véase especialmente considerando octavo, noveno y décimo en que descansando en definiciones doctrinarias que fundamentan esta doctrina, éstas parten de supuestos distintos, que se comentarán en las siguientes líneas. En definitiva, el tribunal supremo alude a la sola inadmisibilidad de una conducta contraria, aun cuando no vaya en contra de la buena fe.

⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de enero de 2005, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 38905 [*La cursiva es nuestra*]. En el mismo sentido, Corte Suprema, 13 de septiembre de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de julio de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 36856; PuntoLex, Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de mayo de 2006, Rol 2263-2006; Corte Suprema, 30 de mayo de 2007, Microiuris, número identificador: MJJ813, *Corporación de Fomento de la Producción con Administradora Sintra Ltda.* Con una variación, cambiando el perjuicio a terceros por “provecho propio”, Corte Suprema, 9 de octubre de 2007, PuntoLex, Rol 5958-2006.

⁶ Corte Suprema, 30 de mayo de 2007, Microiuris, Rol 4689-05. [*La cursiva es nuestra*].

les da a ellas. En la primera de las definiciones citadas el criterio distintivo de la doctrina de los actos propios estaría dado por un convencimiento que se produce en la parte contraria de que no se cambiará de parecer en la pretensión que se le exigirá (similar a la doctrina de las apariencias); en la segunda de las definiciones su elemento distintivo está constituido por el *perjuicio* que se le causa al tercero por contrariar una conducta propia anterior; y en el tercero de los casos está determinado por un cambio *no legítimo* del actuar del agente, y que pareciere señalarnos que sería equivalente a no permitido por el ordenamiento jurídico.

2. REQUISITOS

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los requisitos que deben presentarse para que la teoría de los actos propios se configure como tal. Aunque no muchas sentencias analizan el particular, los tres fallos que se detienen en ella reproducen exactamente los mismos requisitos: “a) Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y c) Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica”⁷.

3. FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Sin perjuicio de las definiciones de que se han servido los tribunales para definir la institución, la jurisprudencia sí es relativamente uniforme en dar a la doctrina de los actos propios como fundamento la buena fe, cuya base legal se encontraría en el artículo 1546 del Código Civil⁸.

Pocos fallos discurren sobre una base distinta. Así, se ha fundamentado la doctrina de los actos propios en los principios generales de derecho y la equidad natural⁹.

⁷ Corte Suprema, 5 de octubre de 2005, PuntoLex, Rol 1696-2005; Corte Suprema, 7 de mayo de 2008, PuntoLex, Rol 1891-2006; Corte Suprema, 13 de mayo de 2008, PuntoLex, Rol 5958-2006. Parece ser que los fallos han seguido, sin citar, a Fueyo Laneri que en prácticamente idénticos términos detalla los requisitos para su aplicación, sólo añadiendo “la *identidad de sujetos* que actúan y se vinculan en ambas conductas” (ob. cit., p. 313-314).

⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 1993, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 20196; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de enero de 1995, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 23888; Corte Suprema, 25 de octubre de 2006, PuntoLex, Rol 771-2005; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 31 de julio de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 36856; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de mayo de 2008, PuntoLex, Rol 5958-2006; Corte Suprema, 16 de abril de 2009, Microiuris, Rol 1571-08; Corte Suprema, 24 de febrero de 2009, PuntoLex, Rol 384-2009.

⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de enero de 2009, Microiuris, Rol 2036-08.

Otro fallo fundamenta la doctrina de los actos propios en la pura vulneración de la confianza que implica contrariar una conducta propia anterior, no requiriéndose mala fe del sujeto activo de la conducta contradictoria: “la buena fe del sujeto pasivo, como es regla, se presume y nace naturalmente de la confianza suscitada por la conducta vinculante y, por ello, el sentenciador no debe prestar atención a la eventual mala fe del sujeto activo, sino a la buena fe del sujeto pasivo”¹⁰.

Varios fallos aluden como fundamento adicional la aplicación del aforismo “nadie puede aprovecharse de su propio dolo” (*nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*)¹¹.

4. AUTORES ALUDIDOS EN LOS FALLOS

La jurisprudencia ha sido generalmente reacia en acudir a la doctrina de los autores para fundamentar sus fallos.

Dentro de los autores nacionales se ha citado a Raúl Díez Duarte, Fernando Fueyo Laneri y Jorge López Santa María¹². En relación a la doctrina extranjera se ha citado a Ennecerus, Ludwig y Nipperdey¹³.

Importancia traería aparejada la cita de los autores específicamente nacionales, ya que Fueyo Laneri hace depender la teoría de los actos propios, expresamente, *al perjuicio de terceros*¹⁴; en cambio, López Santa María no se pronuncia manifiestamente sobre el particular y los argumentos que reproduce de doctrina extranjera (principalmente de Puig Brutau y Díez-Picazo) no aluden a ello.

¹⁰ Corte Suprema, 10 de noviembre de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255.

¹¹ Corte Suprema, 24 de enero de 2005, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 31972; Corte Suprema, 5 de octubre de 2005, PuntoLex, Rol 1696-2005; Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de abril de 2007, PuntoLex, Rol 3079-2002; Corte Suprema, 9 de octubre de 2007, PuntoLex, Rol 5958-2006; Corte Suprema, 16 de abril de 2009, Rol 1571-08.

¹² Cita a Díez Duarte, Corte Suprema, 8 de octubre de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 37303; Corte Suprema, 13 de septiembre de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 37349 (se refiere a *El contrato: Estructura civil y procesal*, ConoSur, Santiago de Chile, 1994, pp. 365 y ss.). Cita a Fueyo Laneri (la referencia debe entenderse a ob. cit., pp. 307 y ss) Corte Suprema, 10 de noviembre de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255. Cita a López Santa María, Corte Suprema, 27 de julio de 1998, Microiuris, número identificador MJJ813, *Corporación de Fomento de la Producción con Administradora Sintra Ltda.*; Fallo arbitral, 20 de enero de 2000, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 34799 (se refiere al artículo “Intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o estoppel”, RDJ, T. LXXXII, 1985, N° 2, 1ª parte, pp. 33 y ss). Extraño resulta observar que una de las pocas obras monográficas nacionales sobre el tema no aparezca citada. Nos referimos a Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

¹³ Corte Suprema, 10 de noviembre de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255.

¹⁴ Fueyo Laneri, ob. cit., p. 313.

III. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

1. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1º) *La solicitud del demandado de condonación de los gastos comunes adeudados por carta simple importan interrupción natural de la prescripción. Habiéndolo alegado como demandante en otra causa, según la doctrina de los actos propios, impide ahora como demandado alegar que no se produce tal efecto en ésta.*

La Corte Suprema, en fallo de fecha 29 de abril de 2009, señaló que una carta dirigida por la persona del ejecutado (antes de iniciada la ejecución) a la persona del ejecutante constituye una forma de interrupción civil de la prescripción, puesto que el tenor de la carta importa reconocer a lo menos tácitamente la existencia de la obligación frente al acreedor. Como argumento adicional, la Corte Suprema, acudiendo a la doctrina de los actos propios, señala que no le es lícito hacer valer un derecho “civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica”. Para fundamentar tal postura alude a los autos rol de ingreso 6160-06 en que la parte demandada, ahora actuando como demandante en esos autos, a una carta otorgada por su demandado solicitando regularizar los créditos hipotecarios pendientes, le otorgó efecto de reconocer la deuda, tesis acogida por la misma Corte Suprema. Por ello, sería contrario a la doctrina de los actos propios, en esta causa, solicitarle al tribunal una decisión distinta¹⁵.

2º) *Violenta la doctrina de los actos propios estimar que el no pago de las rentas bajo la vigencia del D.L. 964 sobre arrendamiento de predios urbanos no es fundamento plausible para la extinción del arrendamiento.*

A pesar de que el D.L. 964 sobre arrendamiento de predios urbanos (antecedente normativo de la actual Ley 18.101 sobre la misma materia) estableció su retroactividad a los contratos de arrendamientos vigentes a su efectiva entrada en vigencia, se estimó por la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 5 de mayo de 2004, que la solicitud judicial de extinción del contrato de arrendamiento por no pago de las rentas es suficiente para cumplir el otrora requisito legal de “motivo plausible” para la extinción del arrendamiento. Lo contrario, arguye el tribunal, violentaría la buena fe y la teoría de los actos propios¹⁶.

3º) *Resulta contrario a la doctrina de los actos propios cobrar retroactivamente parte de las rentas de arrendamiento no cobradas durante un lapso de tres años.*

¹⁵ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 38905.

¹⁶ Microiuris, número identificador: MJJ9258, *Algeri Banchemo, María B. c/ Sabaj Chamy, Elías*.

La demandante de autos, que según sus propios dichos se dedicaba al negocio inmobiliario, solicitó el pago de rentas de arrendamiento no cobradas durante el lapso de tres años. El precio pactado por el arrendamiento ascendía a 250 unidades de fomento, pero aceptó, en los hechos, el pago de sólo 180, durante el plazo señalado.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 13 de mayo de 2008, estimó que esta circunstancia implica una modificación del contrato de arrendamiento, ya que no existió reclamo alguno por la demandante. Argumentando su posición, el tribunal acude a la doctrina de los actos propios. Para demostrar su tesis, señala que: 1) Si la demandante que es una persona jurídica de derecho privado *con fines de lucro*, particularmente si ejerce la actividad de arrendar inmuebles, busca obtener una ganancia por ello; 2) Por ello, “parece del todo inverosímil que una sociedad de estas características haya permanecido pasiva durante casi tres años frente al hecho de un pago de renta por parte del arrendatario inferior en 70 unidades de fomento mensuales a la que supuestamente correspondía”; 3) Que es contrario a la buena fe demandar el saldo de la renta en la forma expuesta en autos¹⁷.

4º) No cumplir un contrato por defectos en su redacción es contrario a la buena fe y a la doctrina de los actos propios.

Se pactó en un contrato de promesa de compraventa que “el contrato definitivo se suscribiría cuando se proceda a autorizar la escritura pública a favor del promitente vendedor de parte de su anterior propietario”. En los hechos, la promitente vendedora, demandada de autos, logró celebrar formalmente una compraventa con su “anterior propietario” (léase con el poseedor registral quien había traspasado informalmente la propiedad al demandado) y luego procedió a inscribirla a su nombre. A pesar de la impugnación de la demandada que la promesa no tenía un plazo o condición determinada (el tribunal estableció que se trataba de una condición suspensiva indeterminada), la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de 31 de julio de 2007, aludiendo a la buena fe contractual y la doctrina de los actos propios, señala que la promitente vendedora por el evento de haber recibido parte importante del precio no puede abstenerse de cumplir el contrato respectivo aún por existir defectos en la redacción del mismo. Llegar a la conclusión contraria permitiría además un enriquecimiento sin causa de la demandada que a pesar de haber recibido parte del precio, podría venderla a un tercero¹⁸.

5º) Habiéndose pactado por las partes sólo una hipótesis fáctica, no constitutiva de ejemplo, de aplicación de una cláusula en un contrato,

¹⁷ PuntoLex, Rol 5958-2006.

¹⁸ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 36856.

es contrario a la doctrina de los actos propios solicitar que se interprete o aplique a más casos que el mismo contrato establece.

Las partes en un contrato de compraventa de electricidad al pactar sólo un procedimiento especial de venta de electricidad en casos de vertimiento por “crecidas” expresamente, no deben entender que también está incluida la causal “falta de consumo” no estipulada en el contrato. Las partes han conocido y aceptado el reglamento del Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central que define ambas hipótesis, por lo que no pudieron sino pactar el contrato en entendimiento de dichos conceptos. Para fundamentar su posición, el tribunal arbitral de única instancia acude a la doctrina de los actos propios, señalando que “ningún litigante puede pretender ser juzgado con reglas diferentes de aquellas que pretende se apliquen a su contendor, lo que en términos simples *se traduce en la exigencia de que las partes de un juicio deben observar necesariamente coherencia y consistencia en sus posiciones sin que sea aceptable que utilicen una argumentación de derecho estricto y exijan la aplicación de la letra de la norma cuando favorece a su posición para desentenderse de ella y recurrir a su espíritu cuando aquella le es perjudicial*”¹⁹. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia, sin contenido relevante.

6°) Es contrario a la doctrina de los actos propios alegar la inexistencia de un mandato en circunstancias que la base argumental del litigante se fundamenta en la existencia jurídica del mismo.

El recurrente de casación en la forma alega como causal del recurso la omisión de las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia de segunda instancia (artículo 768 N° 5, en relación con el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil), por haber ésta omitido *razonamiento* de calificar jurídicamente como mandato un documento acompañado en autos. Dicho documento, suscrito ante el Cónsul de Chile de San Diego, California, que se titulaba “Declaración de don Andrew Lee Burgess”, le otorgaba ciertas facultades a un abogado para solicitar la posesión efectiva de ciertas personas, así como facultades para “vender bienes raíces, muebles o derechos del mandante, para cobrar y percibir lo que se le adeude y en general, para representar al señor Burgess en todo lo relativo a las herencias de las personas antes nombradas”.

La Corte Suprema, en fallo de fecha 13 de septiembre de 2009, señaló que una alegación como ésta es improcedente porque vulnera la doctrina de los actos propios. En este sentido, argumenta que el litigante no ha sometido a los tribunales de la instancia la impugnación sobre la inexis-

¹⁹ Fallo arbitral, 20 de enero de 2000, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 34799. [*La cursiva es nuestra*].

tencia jurídica del mandato, sino por el contrario, se ha valido de él para construir una argumentación sobre las formas que debe contener: “ni en la demanda, réplica y documentos fundantes de la misma, se ha negado la existencia del referido mandato, sino que, por el contrario, se ha argumentado acerca de las formas del mismo o ausencia de ellas no es posible sustentar un recurso de nulidad como el que se analiza en la inexistencia legal del referido contrato. Menos admisible resulta la impugnación de su existencia, al atender al tenor del documento controvertido, que alude en su párrafo tercero a las “facultades del mandatario, [sic] las que recaen sobre “venta de bienes raíces, muebles o derechos del mandante, [sic] cuestión que demuestra que desde su génesis, tanto demandante señor Lee Burguess como mandatario, se reconocieron como tales, por lo que no puede prosperar un arbitrio como el que se analiza sobre la base de desconocer las afirmaciones de la parte recurrente en el proceso, la forma en que limitó la competencia del Tribunal al someter el asunto a la decisión jurisdiccional y sus propios asertos estampados en el documento tantas veces aludido y que rola a fojas 6 de autos”²⁰.

Esta fundamentación para el tribunal máximo es de importancia, al otorgarle eficacia contractual al referido documento, llegando a afirmar que no es necesario que en el mandato consten las mismas solemnidades que las del contrato prometido²¹.

7º) Es contrario a la doctrina de los actos propios alegar que la notificación de una demanda de desposeimiento no tiene la virtud de interrumpir la prescripción de la obligación a un poseedor inscrito, antecesor del poseedor que alega la prescripción.

La demandada de autos opuso la excepción de prescripción extintiva de la obligación, ya que a ella no se le había notificado en tiempo la demanda ejecutiva. Son hechos del proceso, que antes de la notificación de la demanda se celebró un contrato de compraventa entre la antecesora inscrita y la demandada, pero cuya tradición se efectuó dos años después. En el tiempo intermedio el acreedor de la obligación, demandante de autos, notificó a la antecesora en la posesión inscrita (que además obraba como mandataria de la demandada) de la demanda de desposeimiento. Sólo se llegó a notificar a la demandada prácticamente dos años después de la referida transferencia.

²⁰ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 37349.

²¹ Históricamente el tema es discutido. Basta con revisar el Repertorio de Legislación y Justicia del Código Civil en las referencias jurisprudenciales al artículo 2123 para interiorizarse de las vacilaciones jurisprudenciales, con una fuerte tendencia hacia la exigencia de la misma solemnidad del contrato solemne en el mandato. Véase la crítica a esta postura en Stichkin Branover, David, *El Mandato Civil*, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 139 y ss.

Aunque el tribunal de segunda instancia (Corte de Apelaciones de La Serena) acogió la excepción de prescripción, la Corte Suprema, en fallo de fecha 9 de octubre de 2007, estimó que existió error de derecho en la aplicación de los artículos 2503, 2514 y 2518 del Código Civil, acudiendo a la doctrina de los actos propios. El tribunal máximo señala que “por ello, las situaciones generadas posteriormente, derivadas de la inscripción tardía de la venta del referido inmueble a la demandada, casi dos años antes de la interposición de la gestión de notificación de desposeimiento y que significó la práctica de la transferencia de dominio demorada sólo 16 días antes de la notificación a la señora Mondaca Correa, no es posible de ser invocada en su favor, por cuanto dicha actitud pugna con la doctrina de los actos propios, conforme a la cual, según ya se ha dicho por este tribunal, a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica”. Termina su argumentación señalando que (y aludiendo a la buena fe procesal) ha sido la misma demandada la que ha “generado la situación de la cual pretende extraer provecho”²².

8º) *Es contrario a la doctrina de los actos propios alegar la prescripción de la obligación acelerada de un pagaré luego de haber alegado y obtenido la nulidad de la notificación y de todo lo obrado.*

En juicio ejecutivo de cobro de un pagaré los ejecutados interpusieron un incidente de nulidad de la notificación y de todo lo obrado, acogándose la incidencia en el mismo. El demandante procedió, entonces, a notificar nuevamente la demanda, pero ahora, fuera del plazo de prescripción del pagaré.

Los ejecutados opusieron, dentro de otras excepciones, la de prescripción extintiva, entendiendo de que como operó la nulidad de la notificación y de todo lo obrado, y se practicó una nueva notificación, pero fuera del plazo de prescripción, la deuda estaría prescrita. Los jueces del fondo dan lugar a la excepción de prescripción, pero es rechazada por la Corte Suprema, en fallo de 20 de septiembre de 2004, acudiendo a la doctrina de los actos propios. Señala el tribunal máximo que alegar la prescripción de la acción en estas circunstancias “es hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, importando un perjuicio en contra del acreedor”. Continúa argumentando la Corte que “el efecto que produce la teoría del acto propio es fundamentalmente que una persona no pueda sostener posteriormente por motivos de propia conveniencia una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto por haberle cambiado las circunstancias, y que si en definitiva así lo hace, primarán las consecuencias jurídicas de la primera conducta y se rechazará la pretensión que se

²² Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 37303.

invoca y que implica el cambio de conducta que no se acepta”. Por último señala que no tiene lugar la excepción de prescripción, puesto que se ha pedido ésta respecto de *toda* la deuda y no la prescripción *parcial* de la deuda, que es lo que hubiere correspondido al efecto²³.

9º) *Si se han pactado intereses convencionales en el contrato por el uso y por la mora para una de las obligaciones de las partes, la doctrina de los actos propios ordena que la misma regla se aplique en contra de quien en principio se vio beneficiado por ella si llega a tener la calidad de deudor.*

Tratándose de la liquidación de las obligaciones monetarias que emanan de un contrato, el ejecutante de autos al forzar la venta de los valores pignoralados recibió más de lo que por concepto de la obligación originaria se le debía y por tanto quedó debiendo el excedente al primitivo deudor, constituyéndose posteriormente en mora de restituir este sobrante. Al depositar la suma en la cuenta corriente del tribunal, sólo restituyó el excedente del capital más los intereses corrientes, por lo que la parte ejecutada alegó que debía restituirse, además, con la misma tasa de intereses moratorios pactados en el contrato que excedían los corrientes atendida la ley del contrato del artículo 1545 y la buena fe contractual consagrada en el artículo 1546.

La Corte Suprema, en fallo de fecha 27 de julio de 1998, acudiendo a la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual, señaló que se debía por la ejecutante la misma tasa de interés que asumió el deudor originario señalando que “los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, en forma que no pueden pretender que cuando han reclamado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio puedan negarse a que también se aplique a favor de su contraparte”. A continuación señala que “llevada al campo de lo contractual, esta doctrina es la que más se aviene con la justicia y equidad y con la buena fe contractual que exige de todas las partes el artículo 1546 del Código Civil, toda vez que, si bien en este proceso Corfo obtuvo en remate una cantidad mayor que aquella que le debía Sintra, se invirtieron los papeles, pasando a ser Sintra la acreedora y Corfo la deudora, no divisándose razón alguna para

²³ PuntoLex: Rol 3097-2003. Un comentario desfavorable al contenido sustantivo de la sentencia en relación a la aplicación de la doctrina de los actos propios se encuentra en Gandulfo, Eduardo, “La aplicación del principio ‘venire contra factum proprium non valet’. Un caso de vulgarismo jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, 2005, N° 2, pp. 363-374. La cuestión como puede verse tiene dos aristas: una procesal relativa a los efectos de la nulidad invocada, y otra civil, relativa a la prescripción de la acción cuando en la obligación va envuelta una cláusula de aceleración. Pues bien, el artículo citado se refiere a la aplicación procesal en esta causa de la doctrina de los actos propios (llamada por el autor “teoría expansiva del actor propio”, *ibídem*, p. 264) dejando de lado las otras cuestiones más bien civiles (*ibídem*, pp. 373-374). Sin embargo, ni el fallo ni el comentario del fallo contienen referencias a la notificación presunta del artículo 55 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

hacer diferencia en la aplicación de la misma regla extraída de la ley del contrato a una y no a la otra contratante”²⁴.

10º) *No es contrario a la doctrina de los actos propios la aceptación de reparos de un tercero, órgano de fiscalización.*

La demandada, que se encontraba obligada a construir ciertas obras, se vio en la necesidad de suspender las obras por determinados plazos, debido a que un tercero “I.T.O.” (inspección técnica de obras) objetó el fierro utilizado en la obra. Si bien es cierto que el fierro ofertado en el contrato era de otras características, los planos y el contrato definitivo daban a entender otra cosa, e I.T.O. igualmente procedió a objetar la obra, luego que ésta ya había comenzado y los planos no fueron objetados.

Luego de un acuerdo entre las partes, se procedió a mantener ciertos fierros de la obra y otros a cambiarlos, lo que produjo, según la prueba rendida en juicio, un atraso de 15 días, que intenta cobrar la parte demandante por vía de multas contractuales. La parte demandada como argumento de defensa, acude a la doctrina de los actos propios, que impediría cobrar las multas debido a que voluntariamente convino durante la obra el cambio de fierro en ciertas partes de la obra.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 6 de enero de 1995, rechaza la alegación de contrariar sus actos propios de la demandante “por contener una contradicción en cuanto al fundamento jurídico y de equidad en que se sustenta la doctrina de los actos propios, que es el de la buena fe. En efecto, como quedó asentado en el fundamento 3º de este fallo, la forma y oportunidad con que procedió la I.T.O., a la paralización de la obra, no se ajustó al principio de la buena fe, que el contrato imponía a la demandada, consagrado en nuestra legislación positiva, específicamente en el artículo 1546, que establece una regla general de interpretación de todo el contenido del contrato, sin que sea posible aplicar tal norma sólo a determinadas cláusulas del mismo, para hacer luego una interpretación fundada en otros principios respecto de otras partes del contrato, como se vislumbra de la posición jurídica de la demandada”²⁵.

11º) *Es contrario a la doctrina de los actos propios hacer aplicable con efecto retroactivo una nueva ley que prohíbe la enajenación de ciertos bienes para justificar el incumplimiento de un contrato promesa.*

Las partes en el pleito celebraron un contrato de arrendamiento y promesa de compraventa por escritura pública bajo la vigencia del D.L. 2568 sobre Tierras Indígenas. Esta norma prohibía la enajenación de las tierras regidas por la ley durante el plazo de 20 años después de su concesión. Por tanto, las partes en el contrato fijaron como plazo para

²⁴ Microiuris, número identificador: MJJ813, *Corporación de Fomento de la Producción con Administradora Sintra Ltda.*

²⁵ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 23888.

la suscripción del contrato definitivo de compraventa el año siguiente al cumplimiento del referido plazo de veinte años. Durante el transcurso de los veinte años fue dictada la Ley 19.253 que prohibió en forma absoluta la división y enajenación de las tierras indígenas. Llegado el plazo, el promitente comprador se opuso celebrar el contrato de compraventa definitivo acudiendo a lo dispuesto en la Ley 19.253.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de 9 de enero de 2009, da lugar a la pretensión del demandante, promitente vendedor, señalando que la Ley 19.253 no se aplica con efecto retroactivo (artículo 9 del Código Civil), y que el artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes entiende incorporado el D.L. 2568 en el contrato, mas no la Ley 19.253. Teniendo en consideración además que la hijuela del promitente vendedor se encontraba autorizada para ser dividida para cumplir, precisamente, los contratos de promesa de compraventa cuyos títulos se encontraban debidamente inscritos, “demuestran que con su actual negativa a otorgar el contrato prometido el demandado va en contra de actos propios ejecutados en el sentido contrario, vulnerando, así, además, principios generales de derecho y la equidad natural”²⁶.

12º) *Atenta contra el principio de los actos propios que el Estado de Chile no reconozca el desaparecimiento de una persona consignada en el Informe Rettig.*

En causa sobre indemnización de perjuicios en sede extracontractual en contra del Estado de Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de abril de 2007, señaló que el Estado de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, no puede oponerse señalando que el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, llamado normalmente Informe Rettig, no constituye prueba judicial. El Poder Ejecutivo, al crear la comisión y publicar sus conclusiones “dándolas por verdaderas” acepta los hechos referidos a la desaparición de la víctima, no pudiendo cambiar su discurso jurídico.

A pesar de ello, la Corte de Apelaciones de Santiago no da lugar a la acción indemnizatoria declarando la prescripción de la acción, en virtud del artículo 2332 del Código Civil, estimando que han transcurrido con creces los plazos indicados en el referido artículo y no pudiéndose estimar que las conductas descritas se han perpetuado en el tiempo²⁷.

2. DERECHOS REALES

1º) *Se acoge la teoría de los actos propios cuando en una causa de término de contrato de arrendamiento se alega ausencia de calidad de*

²⁶ Microiuris, Rol 2036-08.

²⁷ PuntoLex, Rol 3279-2002.

arrendatario, y en el juicio posterior de precario se opone la calidad de arrendatario.

La parte demandante solicita la reivindicación en contra del detentador de la cosa basándose en la letra del artículo 915 del Código Civil, ya que en dos juicios precedentes, uno de arrendamiento y otro de precario, la misma persona del demandado se defendió, en el primero, por no ser arrendatario, y en el segundo por tener calidad de arrendatario, destruyendo el requisito subjetivo de cada una de las acciones. La demandante había adquirido el dominio de la propiedad por aporte en dominio en sociedad de su antecesora en el dominio de quien había celebrado el contrato de arrendamiento con la demandada.

La Corte Suprema, en fallo de 30 de mayo de 2007, acudiendo a la doctrina de los actos propios, da lugar a la acción, anulando el fallo de segunda instancia, señalando que “los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, en forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte”.

Hay voto disidente del ministro señor Juica que estuvo por rechazar la acción, ya que “el fallo que se analiza, según se expresa en esta sentencia resulta como un hecho que el demandado celebró un contrato de arrendamiento con la anterior propietaria del inmueble, por consiguiente, si esta es la situación fáctica, la acción que correspondía para obtener la desocupación del bien raíz era la de extinción del derecho del arrendador”, de manera que no existe retención indebida por parte del demandado, presupuesto fáctico de la norma del artículo 915 del Código Civil²⁸.

2°) La doctrina de los actos propios impide fundamentar una demanda de arrendamiento en base a un contrato, y en la demanda subsidiaria de precario argumentar la ausencia del mismo contrato.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 19 de julio de 1993, desestimó tanto la demanda de terminación del contrato de arrendamiento, como la subsidiaria de precario. La primera, porque no fue posible la acreditación en juicio de la relación contractual de arrendamiento y, la segunda, porque no se logró acreditar en juicio los presupuestos básicos normativos del artículo 2195 inciso segundo del Código Civil.

Pero, en lo que respecta a la demanda subsidiaria de precario, si bien el tribunal reconoce la posibilidad de deducir dos demandas incompatibles entre sí una en subsidio de la otra en virtud del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil (como la de arrendamiento con la de precario, ya que la segunda se basa necesariamente en la ausencia de título de detentación de la cosa como lo es precisamente el arrendamiento), argumenta este

²⁸ Microiuris, Rol 4689-05.

tribunal que “tal posibilidad no puede llevar al extremo de postular coetáneamente pretensiones que se sustentan en hipótesis tan inconciliables como lo son la que, por una parte se basa en la existencia de un contrato de arrendamiento y por la otra, en la ausencia de todo vínculo contractual. Tal proceder pugna con la doctrina de los actos propios en el sentido que no es lícito invocar un derecho en contradicción con una conducta anterior y que se fundamenta en la necesidad social de que los comportamientos de personas deben ser coherentes e inspirados en la buena fe”²⁹.

3º) Se rechaza la aplicación de la teoría de los actos propios cuando el demandado conoce el acuerdo celebrado entre el antecesor en dominio del inmueble y el recurrente si aquel consta al margen de la inscripción de dominio del bien raíz.

Se acciona de protección en contra del dueño de un inmueble de producción forestal, ya que éste estaría impidiendo el ejercicio de los derechos emanados de un contrato de forestación y explotación que había celebrado el recurrente con el vendedor del predio, acudiendo al derecho de propiedad que tendría el recurrente sobre el bosque y que le es impedido explotar y que actualmente ralea y tala la recurrida. Dentro de varias defensas de la parte recurrida señala que al no ser parte en el contrato originario, éste no le es oponible (cuestión que ya se había ventilado en un juicio anterior de resolución de contratos), y la actitud del recurrente iría contra la teoría de los actos propios que impondría en este caso que “hay que estarse a las duras y a las maduras”.

La Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 14 de noviembre de 2005, y confirmada sin doctrina por la Corte Suprema el 27 de diciembre de 2005, rechaza la defensa de la recurrida dando lugar al recurso de protección señalando que la defensa se basa en criterios exclusivamente civiles y la recurrida tenía conocimiento del contrato celebrado por el recurrente y el primitivo comprador, puesto que aquel constaba al margen de la inscripción de dominio³⁰.

4º) La dirección nacional de aguas que no efectúa reparos oportunamente a la publicación ordenada por la ley, si rechaza la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas, vulnera la teoría de los actos propios.

La peticionaria de derechos de aguas procedió a efectuar la publicación que ordena la ley no en un diario de la provincia (como ordena la ley) sino en un diario de circulación regional, de mayor circulación de aquel que existe incluso en la provincia en la que solicita el respectivo derecho real.

²⁹ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 20196.

³⁰ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 33784.

Denegada la solicitud por la Dirección Regional de Aguas V Región, y denegado asimismo el recurso de reconsideración, la Corte de Apelaciones de Valparaíso falló que: 1) No habiendo introducido reparos a la solicitud; 2) Transcurrido casi cinco años desde la presentación respectiva; 3) y que “la Dirección de Aguas a través de sus funcionarios efectuó una serie de actuaciones, que demuestran el *convencimiento* de una manera cierta y efectiva acerca de la futura constitución del derecho de aguas requerido”; “se concluye que dicho organismo estatal vulnera de una manera clara y notoria la doctrina de los actos propios, la cual consiste en la existencia de una conducta que induce de una manera directa y razonable a la creencia cierta de que en contra de ella no se hará valer una pretensión contraria”³¹. Por ello, se revoca la resolución que rechaza la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas y se la acoge en los términos solicitados. La Corte Suprema declaró desierto el recurso de casación.

5º) *A pesar de supuestos vicios existentes en una escritura pública de acuerdo del monto de la indemnización por expropiación, no puede reclamarse otra indemnización por ir en contra de los actos propios.*

La demandante de autos, solicita la declaración de nulidad de derecho público del acto expropiatorio y una nueva indemnización por expropiación fundada en la misma nulidad de derecho público invocada³².

La Corte Suprema, en fallo de 5 de octubre de 2005, en lo relativo al acuerdo sobre el *monto* de la indemnización (sin perjuicio de que no estima que existan vicios de nulidad de derecho público), estima que tal reclamación va en contra de la doctrina de los actos propios, ya que hubo acuerdo en el precio y la forma de pago de la indemnización y no cabe nueva alegación sobre el particular³³.

3. DERECHO DE FAMILIA

1º) *Quien ha ofrecido una transacción judicial en materia de alimentos por una cantidad mayor a la que busca rebajar en juicio es contrario a la doctrina de los actos propios.*

A pesar de que el alimentante en autos logra acreditar tributariamente rentas mensuales no superiores a \$3.500.000 y lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias que impide por presunción *simplemente legal* fijar una pensión de alimentos mayor al 50% de las rentas del alimentante, el tribunal de segunda instancia condenó al alimentante a pagar una suma mensual de

³¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de diciembre de 2004, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 31498 [*La cursiva es nuestra*].

³² El acto expropiatorio y el acuerdo de expropiación datan de 1972, por tanto se realizaron bajo la vigencia de la Constitución de 1925.

³³ PuntoLex, Rol 1696-2005.

\$2.500.000. Recurriendo de casación en el fondo, la Corte Suprema, en fallo de 24 de febrero de 2009, estimó que tal solicitud es contraria a la doctrina de los actos propios.

El tribunal máximo llega a tal conclusión debido a que se encuentra acreditado en juicio un proyecto de transacción por \$2.300.000 cuya oferta emana del alimentante. En estas circunstancias, en opinión del tribunal máximo, sólo puede concurrir la parte que razonablemente dispone de los ingresos suficientes, por lo que contradice sus actos propios “que expresaron anteriormente la voluntad de aceptar una pensión cuyo monto excede la suma fijada por los sentenciadores en el fallo impugnado, actitud que contraría el principio general de la buena fe”³⁴, fundamento principal para rechazar el recurso de casación en el fondo.

2º) *Una cláusula de una transacción sobre alimentos no aprobada judicialmente no puede intentarse que tenga vida independiente de los mismos alimentos transados.*

La demandante de autos solicitó el cumplimiento de una cláusula en una transacción sobre alimentos no aprobada judicialmente, posterior al juicio de alimentos, que consistía en el derecho sobre el 50% sobre cualquier eventual indemnización laboral por años de servicio que reciba el alimentante. No obstante la transacción sobre alimentos no fue aprobada judicialmente, y el artículo 2451 del Código Civil le resta efectos, la demandante sostiene que dicha cláusula es independiente sobre dicho acuerdo, ya que no se referiría específicamente sobre alimentos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 30 de mayo de 2006, señala que la reclamación de la demandante no debe prosperar acudiendo a la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual. Ambas instituciones, para el tribunal, ordenan no contrariar conductas anteriores en provecho propio, como en la especie lo ha pretendido la demandante, al incidentar, por lo demás, con un título ineficaz en un procedimiento de alimentos”³⁵. Esto es, el fallo determina que al no haberse aprobado judicialmente la transacción no tiene eficacia ésta, y que la cláusula pactada no puede desligarse del acuerdo alimenticio.

4. DERECHO SUCESORIO

1º) *Es contrario a la doctrina de los actos propios intentar reclamar el derecho de propiedad respecto de un derecho que se ha intentado excluir de la posesión efectiva.*

En recurso de protección intentado por parte de una sucesión hereditaria, los recurrentes alegan que existe vulneración de su derecho

³⁴ PuntoLex, Rol 384-2009.

³⁵ PuntoLex, Rol 5958-2006.

de propiedad por el Secretario Regional Ministerial de Educación, al no reconocer su derecho de propiedad sobre un colegio. El *de cujus* era sostenedor de un colegio, y, al fallecer, los herederos intentaron seguir con el giro del mismo, en circunstancias que la Secretaría Ministerial de Educación canceló el reconocimiento oficial. La razón de esta cancelación está dada por el hecho que una sucesión hereditaria no es persona ni natural ni jurídica, requisito para conceder el reconocimiento aludido (falta de sostenedor).

Ante esta circunstancia, los recurrentes intentaron excluir de la posesión efectiva los derechos que tenía el causante en el colegio, causa de posesión efectiva que se tuvo a la vista para resolver el asunto. Sin perjuicio de que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 27 de septiembre de 2004, había resuelto rechazar el recurso de protección por extemporáneo, se pronuncia sobre estos hechos señalando que: “como puede advertirse de los propios recurrentes, éstos actúan en contra de la doctrina de los actos propios, al contradecir actuaciones efectuadas en el recurso de protección, al pretender incluir como dentro de su patrimonio los derechos patrimoniales sobre el establecimiento educacional Emperador Carlo Magno”³⁶. La Corte Suprema, en sentencia de 19 de octubre de 2004, confirmó la sentencia de primera instancia, sin doctrina.

2°) Es contrario a los actos propios reivindicar un legado en circunstancias de que éste, por actos ostensibles, ha sido tomado por ciertos herederos como parte de la herencia.

En causa sobre reivindicación de un legado inmueble, los demandantes de autos solicitan la restitución del mismo en contra de terceros que habían adquirido la cosa legada a través de una cesión de derechos hereditarios. En los hechos, el bisabuelo de los demandantes, por testamento, había legado un inmueble a favor de su hijo, quien a su vez cedió en vida los *derechos hereditarios* de sus progenitores a favor de su respectivo hijo (padre de los demandantes). Al fallecer el padre de los demandantes, y efectuada la respectiva posesión efectiva, sus hijos (demandantes de autos) cedieron sus derechos hereditarios a tres terceros, quienes a su vez los cedieron a una sociedad (demandada de autos). Los demandantes estiman que dentro de los derechos hereditarios no se encuentra incluido el inmueble legado y por tanto habría lugar a la reivindicación.

El problema que se presenta en esta causa es que en un procedimiento de posesión efectiva (inauditamente hubo dos procedimientos de posesión efectiva) de la herencia quedada al fallecimiento del bisabuelo de los demandantes, se incluyó en el inventario simple el inmueble legado como parte del *as* hereditario, incluso inscribiéndolo a nombre de la sucesión hereditaria. Al producirse esta circunstancia el inmueble se subsumió como

³⁶ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 31173.

parte de los derechos hereditarios en los sucesivos traspasos de derechos hereditarios descritos (tanto los *mortis causa* como por acto entre vivos). Incluso, provocando la inscripción conservatoria *del inmueble legado* a favor de la sociedad demandada (luego del último acto de cesión).

Tanto la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 1 de diciembre de 2006, como la Corte Suprema, en fallo de 10 de diciembre de 2008³⁷, tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre esta causa acudiendo a la doctrina de los actos propios. Esta teoría, para ambos tribunales, impide la reivindicación del legado inmueble porque las actuaciones en el procedimiento de posesión efectiva que incluyó el inmueble legado como parte de la *sucesión* impone una apariencia de que es parte de la misma³⁸, y por tanto los subadquirentes de derechos hereditarios están en la convicción de que a partir de lo adquirido se encuentra incluido un inmueble. Dice la Corte de Apelaciones de Concepción que “la cadena propietaria se cortó con la segunda posesión efectiva de la herencia intestada del causante don José Rufino León Jara y la inscripción del inmueble (otrora legado) a nombre de la comunidad hereditaria por propia obra de quien tenía el claro derecho para exigir la entrega del legado.

Más aún, los propios actores remataron la obra equivocadamente erigida por su antecesor y vendieron su porcentaje en el inmueble legado que anotan en un 25%”. Continúa su argumentación señalando “que habiendo puesto los actores las cosas en la situación que están por propia voluntad de los interesados en ella, sin atentar contra el principio de los actos propios que exige un deber de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente, no es posible borrar lo hecho y hacer cuenta nueva (cuenta antigua habría que, propiamente, decir), y ello, no es posible”. Termina por rechazar lo solicitado por los demandantes declarando que “lo pedido por los demandantes encuadra en una actitud que proyecta sombras de torpeza sobre su pretensión en el juicio”. Consecuencia de todo lo anterior es que la Corte de Concepción tiene por no acreditado el dominio de los demandantes, desestimando la demanda.

La Corte Suprema, en similar sentido se pronuncia: “Cabría también afirmar que la prohibición de ir contra el acto propio importa una limitación de los derechos subjetivos que, en otras situaciones, podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por contradictorios respecto de una anterior conducta y esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar. El ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho y ese acto contradictorio provoca la inadmisibilidad

³⁷ Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255.

³⁸ Ninguna de las alegaciones de las partes ni de las decisiones de los tribunales se coloca en la problemática de la imputación del legado a legítimas. Sólo la Corte de Concepción se refiere que por no haber imputación expresa por el testador a mejoras no puede imputarse a esta parte.

de la pretensión cuando el sujeto pasivo ha modificado su situación por la confianza que ha despertado en él la conducta vinculante”. Termina la Corte señalando que “de esta forma, los Jueces de la instancia han concluido acertadamente que habiendo puesto los actores las cosas en el estado en que se encuentran por propia voluntad, no resulta admisible pretender ahora desconocer los efectos o consecuencias de la conducta por ellos desplegada, pues hacerlo importaría desconocer el deber de respeto y sometimiento a la situación jurídica creada con anterioridad y, lo que es más importante, afectar la buena fe de los demandados y sus antecesores”.

Respecto al requisito de la buena o mala fe de quien actúa contra sus actos propios, el tribunal máximo razona: “Ahora bien, el hecho de afirmar que la consecuencia o efecto de la conducta contradictoria es su inadmisibilidad, no importa, por cierto, presumir la mala fe del sujeto activo. En efecto, en la aplicación de la teoría de los actos propios el sujeto pasivo no necesita invocar o atribuir mala fe al sujeto activo, sino que le basta con demostrar la contradicción de la pretensión de este último. En otras palabras, esa inadmisibilidad se produce objetivamente, con prescindencia del grado de conciencia que haya tenido el agente al ejecutar la conducta contradictoria. Por otra parte, la buena fe del sujeto pasivo, como es regla, se presume y nace naturalmente de la confianza suscitada por la conducta vinculante y, por ello, el sentenciador no debe prestar atención a la eventual mala fe del sujeto activo, sino a la buena fe del sujeto pasivo”.

5. MISCELÁNEA

1º) *Es contrario a la doctrina de los actos propios la alegación de indemnizaciones posteriores a un acto de renuncia.*

La parte demandante, contratista de la Dirección Nacional de Arquitectura, solicitó una indemnización de perjuicios por obras extraordinarias encargadas por la parte demandada. Esta indemnización de perjuicios solicitada se refería a ciertas sumas que corresponderían a la diferencia entre lo pagado por obras ordinarias y obras extraordinarias. La demandada se defendió señalando que en el último convenio “Ad-Referendum” la demandante “renuncia desde ya, a cualquier cobro de indemnización que pudieren haberle causado los aumentos y disminuciones de obras existentes”.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 15 de julio de 2008, acudiendo al artículo 12 del Código Civil señala que la renuncia tiene plena eficacia, y que la doctrina de los actos propios “basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos anteriores, que expresan la voluntad del sujeto y definen su posición jurídica en una determinada materia”. Continúa el tribunal señalando que “en tales condiciones, por aplicación de la teoría que se señala, y de los principios de la

realidad y de la buena fe, debe concluirse que la renuncia es plenamente válida y ha tenido la eficacia suficiente para extinguir cualquier acción que pudiere eventualmente corresponderle al contratista en virtud del contrato de obra celebrado entre las partes, sin que tenga en consecuencia derecho a indemnización de ningún tipo, ni a pago alguno derivado del aumento o disminuciones de la obra licitada”³⁹.

2º) A pesar de aceptar una suspensión en la remuneración (ordenada ésta según los estatutos de una cooperativa), si la ley ordena el pago de las mismas, la aceptación de la suspensión no es contraria a los actos propios.

Los integrantes de una Junta de Vigilancia y del Comité de Créditos de una cooperativa demandaron el pago de sus remuneraciones por el ejercicio del cargo que fue suspendida por la Junta de Administración y aprobada por el Consejo de Administración. A pesar de la defensa de los demandados basados en el contenido de los estatutos de la cooperativa, tanto los tribunales de la instancia como la Corte Suprema, en fallo de fecha 16 de abril de 2009, desestimaron la pretensión de la demanda debido a que la suspensión sólo debió haber sido resuelta por algún organismo previa modificación de los estatutos. En la corte de casación se argumentó que el hecho de que los demandantes aceptaran la suspensión significaría que violarían la doctrina de los actos propios, y que no podrían reclamar, ahora, los montos suspendidos. La Corte Suprema resolvió que si bien puede haber infracción al artículo 1546 del Código Civil, no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo⁴⁰.

3º) El administrador de un inmueble sujeto al régimen de copropiedad inmobiliaria no puede alegar que a la asamblea de copropietarios no se citaron todos ellos, si se niega a entregar la lista de copropietarios.

Habiéndose solicitado la intervención jurisdiccional para resolver las controversias entre los copropietarios de un inmueble adscrito al régimen de copropiedad inmobiliaria y su administrador, se solicitó al juez de la causa ordenar a la citación de Asamblea de copropietarios, pero el administrador no puso a disposición del tribunal la nómina de copropietarios. Por tanto, hubo que efectuar el llamado con los roles de avalúo.

Producida la asamblea, fue impugnada de nulidad por el administrador, ya que en el llamamiento no se dispuso que se llevaría a efecto con los que asistieron a ella y además porque la actual nómina de copropietarios difería de la que se utilizara al efecto. Se rechaza la alegación del administrador porque “conforme a la teoría de los actos propios, mal podía el señor Durán [el administrador] alegar que no fueron citados

³⁹ PuntoLex, Rol 7845-2006.

⁴⁰ Microiuris, Rol 1571-08.

todos los propietarios, habiéndose él negado a proporcionar la nómina de los mismos”⁴¹.

4º) No configurándose una relación de subordinación y dependencia, no existe relación laboral, lo que es comprobable a través de los actos del demandante.

No obstante el demandante logra acreditar doce contratos sucesivos de prestación de servicios con la demandada, la Corte Suprema, en fallo de 25 de octubre de 2006, declara que no existe relación de subordinación y dependencia entre las partes. A pesar de los principios de protección del trabajador y de primacía de la realidad, el hecho que el actor no se encontrara sujeto a horarios, no fuera trabajador de planta y ejerciera sus labores libres implica la inexistencia de relación de trabajo. Sobre el abultado número de contratos celebrados entre las partes, el tribunal máximo expone que: “atendido el número de contratos celebrados entre las partes durante cuatro años y que denota la voluntad inequívoca de éstas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, resulta procedente aplicar en autos, tal como lo ha hecho esta Corte en casos similares, los principios de la doctrina llamada ‘de los actos propios’, que asigna efectos ineludibles a determinadas conductas previas, y cuyo origen y objetivo, se explica precisamente en la primacía del principio de la buena fe, del cual se encuentra imbuido no sólo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico”⁴². La Corte hace aplicable la norma contenida en el artículo 2007 del Código Civil.

IV. CONCLUSIONES

“Los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte”⁴³. Esta repetida frase en las sentencias del tribunal máximo resume el criterio ocupado por nuestros tribunales en la aplicación de la doctrina de los actos propios:

⁴¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de mayo de 2008, PuntoLex, Rol 2047-2004.

⁴² PuntoLex, Rol 771-2005. En similar sentido, y también aludiendo a la doctrina de los actos propios véase, Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41252.

⁴³ Corte Suprema, 9 de octubre de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255. En idéntico o similar sentido, se reitera esta frase en: Corte Suprema, 29 de abril de 2008, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador 38905; Corte Suprema, 13 de septiembre de 2007, Legal Publishing, Jurisprudencia online, número identificador: 41255; Corte Suprema, 27 de julio de 1998, Microiuris, número identificador: MJJ813, *Corporación de Fomento de la Producción con Administradora Sintra Ltda.*; Corte Suprema, 30 de mayo de 2007, Microiuris, Rol 4689-05.

Principalmente en la jurisprudencia más reciente (años 2004 a 2009), esta doctrina permite objetar *cualquier* conducta que haya ocupado un sujeto, desde una oferta de transacción judicial en materia de alimentos hasta un informe patrocinado y reconocido por el Estado de Chile en materia de derechos humanos, cuando dicho sujeto quiera defender un resultado, aun relativamente distinto.

Para los tribunales, el “encuadramiento” de la conducta de un sujeto persigue inexorablemente sus comportamientos posteriores, incluso cuando la voluntad vinculante requerida por la doctrina de los actos propios se ha prestado por sus antecesores jurídicos.

La doctrina de los actos propios no admite limitaciones en sus campos de aplicación en materia civil. Para los tribunales es de aplicación general.

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. NOCIONES GENERALES Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN

La doctrina de los actos propios, según ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia de una buena parte de los países de sistema latino continental, permite oponerse al ejercicio de un derecho o pretensión que afecta a un tercero cuando quien lo realiza ha efectuado con anterioridad una conducta o comportamiento que resulta contradictorio con lo que ahora pretende.

En verdad, aunque se presente como una teoría o principio jurídico de aplicación general, según el famoso adagio: *venire contra factum proprium non valet*, lo cierto es que el Derecho no puede imponer una coherencia o consistencia absoluta sobre la conducta humana que, por su propia naturaleza, está sujeta a cambios y alteraciones a lo largo del tiempo. Es propio de la libertad de la persona humana poder cambiar de opinión o convicciones y contradecir sus palabras o hechos anteriores. Establecer lo contrario de manera absoluta sería ahogar toda innovación y libre determinación.

Por eso la ineficacia del cambio o de la conducta incoherente debe ser siempre una regla excepcional, que tenga una justificación proporcionada para limitar de este modo la libertad de pensamiento y de autonomía. La más importante de ellas es que justamente en virtud de dicha autonomía una persona puede obligarse a cumplir un acto o contrato para con otra, sin que pueda luego retractarse o desdecirse de lo prometido. No se trata en estos casos de la aplicación de la regla de los actos propios, sino

únicamente de la vigencia del principio de la autonomía privada y de la obligatoriedad del contrato o de la palabra jurídicamente comprometida, aunque sea con manifestación tácita (aceptación de una herencia, renuncia de un derecho, etc.).

Fuera de estos casos, la procedencia de la modificación de conducta debería ser admitida, incluso aunque ello vaya contra las expectativas de terceros que confiaban en un comportamiento consistente. No obstante, si la conducta anterior fue libremente asumida y tiene una relevancia jurídica particular y el nuevo comportamiento contradictorio produce un resultado desproporcionado de perjuicio al tercero que de buena fe ha podido fiarse del estado de hecho provocado por la conducta anterior, surge la doctrina de los actos propios para recomendar la ineficacia del nuevo comportamiento. El riesgo de la inconsistencia que normalmente debe recaer en los terceros, que no deben confiarse en que los hombres no cambian de opinión, por excepción se hace ahora residir en el propio sujeto que ha incurrido en esa inconsistencia.

Parece claro, en consecuencia, que la doctrina de los actos propios tiene un carácter excepcional, en varios sentidos. En primer lugar, en que sólo procede cuando realmente hay una justificación suficiente y proporcionada. En segundo lugar, en que sólo tiene lugar de manera residual, es decir, para aquellos casos en los que no hay una norma expresa que resuelva de una u otra manera el conflicto provocado por el cambio¹. En tercer lugar, en que se trata de una doctrina supletoria, es decir, que procede cuando no existen otros instrumentos jurídicos que permiten proteger los intereses del tercero afectado (por ejemplo, no procederá si se aplica el adagio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”² o la

¹ Cfr. López Mesa, Marcelo J., “La doctrina de los actos propios y sus aspectos más relevantes”, en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimp. 2009, pp. 176-182.

² Las dos reglas tienen relación porque impiden desconocer los efectos de una actuación anterior, pero el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza supone la ilicitud del primer comportamiento y la mala fe o al menos negligencia del que así obra. Nuestra Corte Suprema ha distinguido la aplicación de la doctrina de los actos propios del principio “*nemo auditur*” consagrado en el art. 1683 CC. De esta manera, ha dicho: “Noveno: Que la consecuencia de la regla de derecho *venire contra factum propriam non potest* es la de impedir a un sujeto que realice un acto o una conducta contraria a otro acto o conducta anterior. Esta regla no funda la sanción impuesta o su efecto en la ilicitud de la conducta contradictoria –pues de hecho puede no existir ilicitud alguna–, sino en que resulta inadmisibles proteger un comportamiento incoherente que puede traer aparejada la vulneración de la confianza que ha podido despertarse en un tercero en virtud de un primer acto o conducta, que en doctrina se denomina conducta vinculante.– Cabría también afirmar que la prohibición de ir contra el acto propio importa una limitación de los derechos subjetivos que, en otras situaciones, podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por contradictorios respecto de una anterior conducta y esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar. El ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho y ese acto contradictorio provoca la inadmisibilidad de la pretensión cuando el sujeto pasivo ha modificado su situación por la confianza que ha despertado en él la conducta vinculante. Décimo: Que es efectivo que cualquier pretensión ajustada a

imposibilidad de la retractación se obtiene por la aplicación del principio de autonomía privada, de la irrevocabilidad de los actos jurídicos, de la confirmación tácita de actos relativamente nulos).

En relación con el primer supuesto de excepcionalidad, que concierne a una necesaria justificación de la restricción del principio de libertad, se ha dicho, a nuestro juicio con razón, que la doctrina de los actos propios no tiene fuerza vinculante ni como regla jurídica ni como un principio general de derecho específico³. Las reglas jurídicas tienen distintas connotaciones y muchas veces son sólo formulaciones, o de normas o conjuntos normativos (caso en el cual poseen la fuerza obligatoria de las normas válidamente establecidas) o denominan un verdadero principio (evento en que lo que rige es el principio y no la regla). En materia de actos propios no hay una norma que establezca la imposibilidad de contradecir la conducta anterior, ni tampoco un conjunto normativo que permita efectuar esa deducción (más bien, existen disposiciones legales en uno u otro sentido)⁴. Podría considerarse entonces que el adagio puede regir en nuestro sistema como un principio (aplicable según el art. 24 del Código Civil y el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil). Pero la misma excepcionalidad que hemos visto caracteriza la doctrina se opone a su identificación en la categoría de principio “general” de derecho.

Si se observan los casos en los que los autores y los tribunales han afirmado la vigencia del “*venire contra factum proprium*”, se puede advertir que en todos ellos está en juego la protección de la buena fe objetiva, es decir, del deber de no defraudar deslealmente la confianza que un tercero ha podido legítimamente depositar en un determinado estado de hecho

derecho puede ser exigida del sujeto pasivo de la relación jurídica e incluso el sujeto activo podrá obtener una resolución judicial que así lo acuerde. Pero si esa pretensión, aunque esté ajustada a derecho, es contradictoria con actos anteriores, resulta inadmisibile, y será el sujeto pasivo quien estará en condiciones de lograr una decisión jurisdiccional que desestime tal pretensión.— Ahora bien, el hecho de afirmar que la consecuencia o efecto de la conducta contradictoria es su inadmisibilidad, no importa, por cierto, presumir la mala fe del sujeto activo. En efecto, en la aplicación de la teoría de los actos propios el sujeto pasivo no necesita invocar o atribuir mala fe al sujeto activo, sino que le basta con demostrar la contradicción de la pretensión de este último. En otras palabras, esa inadmisibilidad se produce objetivamente, con prescindencia del grado de conciencia que haya tenido el agente al ejecutar la conducta contradictoria. Por otra parte, la buena fe del sujeto pasivo, como es regla, se presume y nace naturalmente de la confianza suscitada por la conducta vinculante y, por ello, el sentenciador no debe prestar atención a la eventual mala fe del sujeto activo, sino a la buena fe del sujeto pasivo” (C. Suprema, 10 de noviembre de 2008, GJ N° 341, p. 127).

³ Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 125-134.

⁴ Para la doctrina argentina, Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, LexisNexis, 4ª edic., Buenos Aires, 2005, pp. 66-67, sostiene que la regla constituye una norma jurídica, por el art. 163 inc. 5° del Código Procesal Civil y Comercial que dispone que “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” y, sobre todo, por la reiterada aplicación de la doctrina de los actos propios por los tribunales de todo el país.

provocado voluntariamente por las palabras o las actuaciones de una persona. Es la lesión injustificada de la buena fe la que proporciona una razón suficientemente fuerte para poner de cargo del que se contradice el riesgo de su inconsistencia. Ahora bien, la exigencia de obrar de buena fe es un principio general de derecho y, en este sentido, puede decirse que lo es también el “*venire contra*”. Pero más correcto sería indicar que la doctrina de los actos propios es una de las manifestaciones, de contornos típicos, del principio general de la buena fe⁵.

Si esto es así no resulta extraño que, al igual que el principio de buena fe, la doctrina de los actos propios no sólo se aplique a materias civiles, sino también otras áreas de la legislación, e incluso que sea posible su invocación en temas de Derecho Procesal, de Derecho Tributario, de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo.

En general, los autores han ido decantando los requisitos para que pueda aplicarse la teoría como manifestación del principio de buena fe. Exigen los siguientes elementos:

- 1º) Que la primera conducta sea jurídicamente relevante, válida y voluntaria.
- 2º) Que ella produzca objetivamente un estado de hecho que permita generar confianza o expectativas legítimas en otra persona.
- 3º) Que la segunda conducta sea contradictoria o incoherente con la primera y con ella se pretenda ejercer un derecho, facultad o pretensión.
- 4º) Que exista identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario⁶.

⁵ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 142, señala que “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente”, y más adelante (p. 143), agrega que el principio de buena fe “es, pues, el fundamento más seguro para nuestra regla, que deberá ser, por ello, estudiada, analizada e interpretada en armonía con él”. En Chile, le sigue Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 72-73.

⁶ Los autores sistematizan de manera diferente estos requisitos, pero en general son exigidos por todos. Así, Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 192-193, estima que son necesarias: 1º una conducta jurídicamente relevante y eficaz; 2º la pretensión de ejercer un derecho subjetivo o facultad que cree una situación litigiosa; 3º la incompatibilidad o contradicción entre ambas y 4º la identidad de los sujetos. Borda, A., ob. cit., p. 71, sistematiza en tres las condiciones de la teoría: 1º una conducta anterior relevante y eficaz; 2º ejercicio de una facultad o derecho subjetivo que crea una situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas y 3º la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas. Ekdahl, M. F., ob. cit., pp. 38-39, exige: 1º una conducta válida, eficaz y relevante; 2º pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo que ha de ser contradictorio con el sentido objetivo que se deriva de la conducta anterior; 3º perjuicio grave causado a los terceros que confiaron en la primera conducta y 4º identidad de sujetos.

En Chile, la Corte Suprema ha declarado que “En efecto, como se ha dicho por esta Corte, tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el artículo 1546 del Código Civil.— Son requisitos de procedencia de esta teoría: a) Una conducta anterior,

Los efectos de la concurrencia de estos requisitos consisten en que el juez deberá rechazar la acción que se deduzca para ejercer el derecho o la pretensión basada en la contradicción. No se trata ni de responsabilidad, ni de nulidad ni de una causal de extinción del derecho, sino más bien de una forma de ineficacia que puede caracterizarse como inadmisibilidad de la pretensión⁷.

Se trata de una consecuencia básicamente procesal: el sujeto no puede ejercer el derecho y desconocer lo actuado, sin que importe una legitimación o convalidación o regularización de la situación jurídica del tercero, que podrá ser atacada o impugnada por otros legitimados para ello. En general, procederá como excepción o defensa del demandado, pero la doctrina admite que pueda ser aplicada de oficio por el juez⁸.

Por cierto, esta improcedencia judicial podrá ser anticipada en el campo extrajudicial, ya sea por la renuncia a presentar una demanda que se prevé será desestimada o por la celebración de una transacción⁹.

que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y c) Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica" (C. Sup. 5 de octubre de 2006, cas. fondo, Rol 1696-2005, cons. 13°). En fallo de 13 de septiembre de 2007, ha mostrado que se trata de una jurisprudencia reiterada: "Que conforme se ha dicho por este Tribunal, a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias ingreso Corte Suprema rol 4689 05, 2349 05, 127 05, 3437 04, entre otras). Esta doctrina, conocida como 'de los actos propios', ha sido recogida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, como los artículos 1683, 1481, 1546 y, en su forma de expresión conocida como buena fe, informa en carácter de principio general todo el referido cuerpo de leyes. Ella permite al sentenciador ponderar la actitud lógica del actor o de su contraparte, que puede incidir en la acción misma o en un simple incidente (Raúl Díez Duarte, "El contrato: Estructura civil y procesal, Editorial Jurídica ConoSur, 1994, pág. 365 y siguientes). Así, se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero. De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte" (C. Sup. 13 de septiembre de 2007, rol 3169-2005, LP N° 37349).

⁷ Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 245 y ss. Según esta posición: "En la pretensión el actor se dirige a otra persona exigiendo de ella un determinado comportamiento, al que tiene derecho (v. gr., un pago), de tal manera que el convenido no debe negarse a acatar la exigencia y, si se niega, realiza un acto injusto y puede serle jurídicamente impuesto el resultado pretendido, satisfaciéndose así el derecho del actor. Pues bien, cuando la pretensión es inadmisibile este esquema se altera: el convenido puede negarse a observar el comportamiento pretendido y su oposición o su repulsa constituye un acto lícito; si el actor acude al juez, éste deberá desestimar la petición.- La inadmisibilidad de una pretensión se traduce pues, desde un punto de vista sustantivo, en una facultad del convenido de rehusar legítimamente el comportamiento exigido y, desde el punto de vista procesal, en una desestimación de la demanda" (p. 248). En parecido sentido se pronuncia Borda, A., ob. cit., p. 176.

⁸ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 251; Borda, A., p. 156; Ekdahl, M. F., ob. cit., pp. 119-120.

⁹ Rogel Vide, Carlos, "La doctrina de los propios actos en la última jurisprudencia civil española", en López Meza, M. y Rogel Vide, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus/B de F, Madrid/Buenos Aires, reimpr. 2009, p. 232, sostiene que "si bien

Realizada esta presentación general de la doctrina de los actos propios, podemos pasar a revisar si ella es o no aplicable, con el alcance, requisitos y limitaciones que hemos visto, a materias propias del Derecho de Familia.

II. PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL DERECHO DE FAMILIA

1. ARGUMENTOS EN CONTRA. SU REFUTACIÓN

En un primer análisis, la respuesta sobre si procede o no aplicar la doctrina de los actos propios a materias propias del Derecho de Familia parece que no puede ser sino negativa. Justamente uno de los límites que se reconoce a la aplicación de la regla “*venire contra factum proprium*” es aquella que se refiere a derechos irrenunciables o materias jurídicas calificadas de orden público o consideradas indisponibles¹⁰.

Se puede argüir en este sentido que en esta área del Derecho Civil no estamos en presencia de intereses meramente privados y de carácter económico que pueden regularse según la conducta y los acuerdos a los que libremente lleguen los diversos actores. El Derecho de Familia es una regulación en la que, o no rige la autonomía privada, o esta se encuentra muy limitada, por consideraciones de carácter público. La organización de la familia, del matrimonio, de la filiación, del estado civil, importan no sólo a los respectivos sujetos sino a toda la sociedad, como se reconoce explícitamente en la Constitución Política (art. 1º). Luego sus normas, aunque por tradición histórica o por afectar la vida de las personas en sus relaciones íntimas sean consideradas de Derecho Civil, exceden el Derecho Privado y, o son derechamente de Derecho Público, o al menos se las considera de orden público. Los derechos que emanan de sus relaciones son establecidos por las leyes, son indisponibles e irrenunciables. En consecuencia, el hecho de que se haya dado un comportamiento previo anterior que resulta contrario al ejercicio actual de un derecho de familia, no puede al titular de éste privarlo de su ejercicio. Así como no procede la renuncia de ellos, tampoco puede proceder su privación por un mero comportamiento contrario anterior.

De este modo, en España se criticó una sentencia del Tribunal Supremo español del año 1919 que aplicó la doctrina de los actos propios para impedir la acción de un hermano que, para efectos hereditarios, pretendió

la doctrina de los propios actos suele alegarse –con razón o sin ella– al hilo de conflictos planteados ante los tribunales, nada impide –a mi entender– que sea ponderada y tenida en cuenta antes –cual sucede, de hecho, en la práctica–, desautorizando pretensiones que, por ello precisamente, no llegan a formularse, o desencadenando transacciones que llegan a suscribirse”.

¹⁰ López, M., ob. cit., pp. 174-175.

impugnar la legitimidad de un hijo adulterino de su madre no obstante haber él previamente concurrido con esta para regularizar su inscripción en el Registro Civil y haberle donado unos predios como muestra de aprecio fraternal¹¹. Se sostuvo que, al tratarse de una materia de estado civil, no podía el tribunal denegar la pretensión, pues estaría cambiando las reglas de un tema indisponible y de derecho público: “no hay acto propio que pueda conceder, mantener, ni perpetuar el estado civil de las personas, que está fuera del comercio de los hombres...”¹². Más recientemente, el Tribunal Supremo ha aceptado estas ideas y señalado que “Las cuestiones relativas a la filiación son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad..., por lo que carecen de trascendencia las declaraciones de la madre en los procesos sobre la filiación de la hija, aunque dichas declaraciones pudieran ser constitutivas de actos propios” (STS de 28 de noviembre de 1992)¹³. Estas razones podrían extenderse para todas las materias familiares.

La doctrina chilena no se ha pronunciado sobre el tema, aunque respecto de la nulidad de matrimonio, en general, ha considerado inaplicable el art. 1683 CC que aplica el principio de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, haciendo hincapié en la diferencia que existe entre el matrimonio, como acto jurídico de Derecho de Familia, y los contratos patrimoniales¹⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema: “Que la prohibición de alegar la nulidad absoluta que impone el artículo 1683 del Código Civil al que ha celebrado un contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, se refiere sólo a los actos de carácter

¹¹ Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de mayo de 1919, que sentó la siguiente doctrina: “El actor, queriendo dar –según expresa el documento– una prueba del cariño que profesaba a su hermano –nombrado con apellidos paterno y materno en la escritura de 1911– le hace donación del dominio y derechos que le asisten en la finca que se describe y que le pertenecía por legado de sus tíos; hechos que, por su reiteración y antigüedad entre el origen de todos ellos y la demanda, determinaron respecto de José Manuel [el hermano demandante] la vulneración del aforismo jurídico sancionado por la jurisprudencia como regla de derecho, de no ser lícito a nadie ir, ni obrar, contra sus propios actos, actos de reconocimiento que implicaban la renuncia a la acción ejercida en la presente litis, por carecer el actor de aptitud legal para establecerla, dados los actos de reconocimiento, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora infringe el expresado principio que veda esa inconsecuencia jurídica” (Aloc. 1919, p. 595, citada por Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 331-332).

¹² Martínez Alcubilla, comentando la sentencia (Aloc. 1919, p. 595 nota), citada por Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 332. La crítica prosigue haciendo ver que la liberalidad del demandante como donante y su innecesaria concurrencia a la extensión de la norma marginal de legitimidad en la inscripción de nacimiento de su hermano, “no podía conceder a éste un estado legal que no tuviera, puesto que era la madre del interesado, en representación del mismo, quien actuaba en aquella ocasión; y los derechos anejos a la filiación legítima no se producen por actos propios ni ajenos, sino por la presunción establecida en el artículo 108, 1º, del Código Civil, que decae ante la imposibilidad de sostenerla, a tenor del párrafo segundo del mismo artículo”.

¹³ Rogel Vide, C., ob. cit., p. 222.

¹⁴ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp. de la 2ª edición, Santiago/Bogotá, 1992, t. I, N° 742, p. 414; Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago 1963, pp. 91-92.

patrimonial y no al matrimonio civil, por tratarse éste de un instituto sui generis al cual no le son aplicables las reglas del Código Civil sino las de la Ley de Matrimonio Civil, las que contemplan la posibilidad de interponer acción de nulidad a los presuntos cónyuges, sin que se contemple en ella ninguna excepción respecto de las personas a quienes esté prohibido su ejercicio” (C. Sup. 1º de julio de 2003, *GJ* N° 277, p. 67)¹⁵.

Se trata de una argumentación que es digna de considerarse, pero que no parece determinante. Primero, puesto que ni los autores ni los tribunales que a través de sus reflexiones y sentencias han dado vida a la doctrina de los actos propios, excluyen su aplicación a materias de familia, ni tampoco consideran como un requisito de su aplicación que se trate de un derecho que no emane de normas de derecho público o de orden público. La doctrina de los actos propios aparece aplicada de hecho a ciertas materias de familia por los tribunales¹⁶ y, además, se ha generalizado la opinión de que ella es aplicable incluso en el ámbito del derecho público y oponible incluso al Estado y a la Administración¹⁷.

¹⁵ En el mismo sentido, C. Sup. 5 de mayo de 1994, *GJ* N° 167, p. 34; C. Sup. 23 de octubre de 2006, *RDJ* t. 103, sec. 1ª, p. 715. Pero existen fallos en contra, que sostienen que el que nadie puede aprovecharse de su dolo es un “principio universal de derecho” aplicable también a la nulidad de matrimonio: C. Santiago, 23 de julio de 1957, *RDJ* t. 54, sec. 2ª, p. 55, de modo que el art. 1683 CC rige también para la nulidad matrimonial impidiendo invocarla al que celebra el contrato sabiendo el vicio (C. Santiago, 8 de junio de 1988, *GJ* 97, p. 33; C. Santiago, 19 de octubre de 1988, rol 14138, *LP* 11006; C. Santiago, 27 de noviembre de 1997, *GJ* N° 209, p. 111). En el último tiempo se tiende a fallar lo contrario. La Corte de Santiago, todavía bajo la Ley de Matrimonio Civil de 1884, declaró “Que, el ámbito de aplicación de la aludida normativa resulta claramente comprensivo de la acción de nulidad impetrada en estos autos, excluyendo y prevaleciendo, por su marcada especialidad, a los preceptos contemplados en el Título XX, del Código Civil, que, en general, reglan la nulidad y rescisión de otros actos y contratos, especialmente de aquellos de índole patrimonial que en dicho cuerpo legal se contemplan. Por este motivo, las limitaciones que en esos preceptos se contienen para ejercer acción de nulidad, como lo es la prevista en el artículo 1683 respecto de quienes sabían o debían saber del vicio de nulidad que invalidaba el acto, no deben hacerse extensivas al ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de matrimonio, regida, como se ha expresado, por normas legales especiales que no impiden impetrarla a cualquiera de los cónyuges, aun concurriendo dicha circunstancia” (C. Santiago, 3 de julio de 2002, *GJ* N° 265, p. 96). El mismo predicamento ha aplicado la Corte de Antofagasta ahora bajo la ley vigente: “Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges, regla especial que prima sobre aquella contenida en el artículo 1683 del Código Civil, que quita el derecho a pedir la nulidad absoluta de un acto o contrato al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, por lo cual la circunstancia de que el actor supiera a la época en que se celebró con la demandada el matrimonio cuya nulidad se pretende, que ésta se encontraba unida a un tercero por un vínculo matrimonial que no estaba disuelto, no es constitutiva de un impedimento legal para que deduzca la acción de nulidad de matrimonio que ha entablado en autos” (C. Antofagasta, 1 de octubre de 2008, rol 565-2008)..

¹⁶ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 451, da cuenta de seis casos en los que se ha aplicado la regla de los actos propios en materias propias de familia: separación y divorcio, obligaciones de la mujer, donación espousalicia, sociedad de gananciales, impugnación de la filiación y tutela.

¹⁷ Borda, A., ob. cit., pp. 168 y ss.

Por otro lado, debe señalarse que el Derecho de Familia actual se caracteriza por una mayor aceptación de la autonomía privada y un repliegue del poder imperativo de las normas. Por ejemplo, en el Derecho de Familia chileno se permiten acuerdos sobre cuidado personal y relación directa y regular con los hijos, ejercicio de la patria potestad, efectos de la separación de hecho o judicial, regulación de los efectos del divorcio, convención sobre compensación económica, separación judicial convencional, divorcio de común acuerdo, autorización para someterse a técnicas de reproducción asistida con gametos de terceros, etc. No parece irrazonable, en consecuencia, que la teoría de los actos propios pueda jugar un rol, al menos en estas materias en las que se ha retirado la imperatividad de las normas para que los individuos regulen sus relaciones por su propia iniciativa.

Con más razón, se hace necesario estimar que deben aplicarse las instituciones moderadas de un ejercicio de libertades que pueden causar daños injustos o desproporcionados a personas inocentes. Así, el abuso del derecho y el principio de buena fe. Y si se considera aplicable a las materias de familia el principio de la buena fe¹⁸, no se ve por qué no se va a poder aplicar aquella manifestación suya que es la ineficacia de la pretensión de ir contra los propios actos.

No parece tampoco que la idea de la irrenunciabilidad de los derechos se oponga a la aplicación de cualquier forma de la doctrina de los actos propios, ya que cuando ésta tiene lugar no se produce la extinción del derecho sino sólo la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria para lograr un resultado que se observa como manifestamente injusto.

La jurisprudencia chilena, por su parte, ha invocado la doctrina de los actos propios en materias de familia sin efectuar reparos por la especialidad de este Derecho. Por ejemplo, se ha dicho que si se aceptara la interpretación de la demandante de una transacción de alimentos “significaría desconocer principios elementales de derecho, especialmente el de la buena fe, como lo preconiza el artículo 1546 del Código Civil, toda vez que del tenor y espíritu de la tantas veces mencionada escritura pública de transacción, se desprende inequívocamente que en la época de su celebración las partes se refirieron exclusivamente a los alimentos que se discutían en el juicio promovido por la actora, principio aquel que obliga a toda persona a respetar situaciones jurídicas creadas por ella misma, y que en doctrina es conocida bajo la denominación de Teoría de los Actos Propios, que mandata no contrariar conductas anteriores en

¹⁸ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, “Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno”, en Marco Antonio Sepúlveda Larroucau y Juan Andrés Orrego Acuña, *Estudios de Derecho Civil*, Universidad Central, Santiago, 2007, pp. 120-121, sostiene que el art. 327 CC al prescribir que en caso de sentencia absolutoria en materia de alimentos, cesa el derecho de restitución de los alimentos provisorios pagados contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible haya intentado, manifiesta una recepción del principio de buena fe desde una perspectiva objetiva.

provecho propio, como en la especie lo ha pretendido la demandante, al incidentar, por lo demás, con un título ineficaz en un procedimiento de alimentos” (C. Antofagasta, 30 de mayo de 2006, rol 295-2006). La misma Corte Suprema ha dicho que el demandado de alimentos que ha reconocido capacidad económica en un proyecto de transacción no puede ir contra sus propios actos y oponerse a la pensión que le ha fijado el tribunal: después de referirse al proyecto de transacción incluido como prueba en el proceso y considerar “que a tal acuerdo sólo pudo razonablemente concurrir la parte que dispone de los ingresos suficientes”, se agrega “de todo lo expuesto aparece que la oposición del demandado a la pensión regulada, contradice ostensiblemente sus actos propios, que expresaron anteriormente la voluntad de aceptar una pensión cuyo monto excede la suma fijada por los sentenciadores en el fallo impugnado, actitud que contraría el principio general de la buena fe” (C. Sup., 24 de febrero de 2009, rol 384-2009). Aunque es discutible que la teoría proceda respecto de propuestas efectuadas con ánimo conciliatorio¹⁹, lo cierto es que la Corte no ve obstáculo alguno en que la doctrina de los actos propios pueda ser considerada en materias del Derecho de Familia.

2. PROCEDENCIA LIMITADA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

De acuerdo con lo anterior, hemos de admitir que la doctrina de los actos propios es aplicable en materias propias del Derecho de Familia, siempre que concurra el fundamento de su aplicación (las exigencias del principio de buena fe), su carácter excepcional, residual y supletorio, y los requisitos estrictos que se exigen para su procedencia por la doctrina y la jurisprudencia.

Sólo deberían quedar fuera aquellos derechos o pretensiones que son considerados absolutos y cuyo ejercicio no puede ser moderado por la teoría del abuso del derecho o por el principio de buena fe. En este sentido, parece que no puede oponerse la doctrina de los actos propios en contra del interés superior del niño²⁰.

¹⁹ Borda, A., ob. cit., pp. 76-77. López, M., ob. cit., pp. 198-199, señala que de lo contrario “se dificultaría indudablemente el arribo a un acuerdo conciliatorio, al inhibir a las partes no sólo de cualquier propuesta, sino del mismo acercamiento de posiciones entre ellas, debido al temor de provocar indirectamente el reconocimiento de los derechos del contrador”. La Corte parece pensar más bien que el proyecto de transacción constituye una prueba de la solvencia económica del autor; se trataría entonces de una confesión extrajudicial y podría aplicarse el art. 398 CPC para considerar su peso probatorio. En tal caso, sin embargo, nuevamente la doctrina de los actos propios no es necesaria, ya que el efecto de no contradecir el hecho confesado proviene de la misma fuerza probatoria de la confesión. Los autores distinguen entre doctrina del acto propio y eficacia de la confesión extrajudicial (Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 176-180; Borda, A., ob. cit., pp. 145-146).

²⁰ López, M., ob. cit., p. 174, señala que la jurisprudencia argentina ha considerado inaplicable la teoría de los propios actos a casos “donde existieran comprometidos intereses de menores, cuya tutela es la finalidad permanente de toda esta clase de procesos”.

Con todo, la aplicación de la doctrina de los actos propios sólo puede producir una imposibilidad procesal de ejercer un derecho o pretensión por parte del vinculado a la conducta anterior, pero no una imposibilidad absoluta de atacar el estado o posición del sujeto protegido.

Como ha señalado Díez-Picazo, defendiendo la opinión del Tribunal Supremo español en el caso del año 1919, el hecho de que se niegue al hermano la posibilidad de impugnar la filiación legítima, no incide en la adquisición o regularización de un estado civil que puede ser inválido o ineficaz. Por ello, cualquier otra persona podrá ejercer las acciones que sean procedentes y desvirtuar el estado civil impropio e incluso el mismo demandante si lo hace sin un resultado abusivo: “No se trata de atribuir un estado civil indebido o de perpetuarlo, cosa que evidentemente no es factible a través del mecanismo indirecto del ‘*venire contra factum*’. Se trata únicamente de decretar la inadmisibilidad de la demanda por la improbidad y contradicción que encierra. El estado civil del demandado no se confirma, ni se convalida, ni se hace inexpugnable, ni frente a terceros, ni incluso frente al demandante si éste tratara de hacer valer la ilegitimidad con un fin razonable”²¹. Criticando la posición tajante y absoluta de la sentencia del Tribunal Supremo de 1992 en el sentido de declarar improcedente la doctrina en materia de acciones de filiación, observa Rivero Hernández que habría que situar el problema en determinar en qué casos y forma ha de aplicarse esta doctrina general²².

III. NORMAS LEGALES QUE PUEDEN FUNDARSE EN LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Un argumento más para aceptar que la doctrina de los actos propios procede también en el Derecho de Familia es la constatación de que la misma ley ha recepcionado la regla, plasmando la imposibilidad de ir contra los propios actos en normas específicas para casos concretos. Algunos de ellos son los que se mencionan brevemente en los párrafos que siguen.

²¹ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 332. Aunque aprobando que la sentencia comentada haya aplicado la doctrina de los actos propios para desechar la demanda, Díez-Picazo critica la confusión en que incurre la sentencia al estimar que la contradicción da lugar a una renuncia tácita de la acción, sin advertir que las facultades y acciones de estado son irrenunciables por regla general.

²² Rivero en comentario a la STS de 28 de noviembre de 1992 (CCJC n° 30, p. 1065 y ss.), citado por Rogel Vide, C., ob. cit., pp. 222-223. Este último señala que la opinión de Rivero es “plausible”.

1. INHABILIDAD PARA RECLAMAR LA MULTA PAGADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESPONSALES

El art. 99 CC dispone que por el incumplimiento del contrato de esponsales no podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido. Pero el inciso segundo dispone “Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución”.

Parte de la doctrina chilena explica esta imposibilidad de recuperar la multa pasada sosteniendo que se está ante un caso de obligación natural, que no dará derecho a exigir pero sí de retener. Para otros, se trataría más bien de una sanción por la conducta impropia del que rompió la promesa²³.

No obstante, una explicación más simple y quizás más ajustada a la intención del legislador sería la de ver aquí nada más que una aplicación de la doctrina de los actos propios. No hay propia obligación natural ya que sólo se produce uno de sus efectos característicos: la autorización para retener, pero no los otros previstos por el Código (posibilidad de caución, novación). Tampoco puede hablarse de sanción, ya que la conducta de no contraer el matrimonio prometido no es jurídicamente ilícita, según lo declara expresamente el art. 98 CC.

En cambio, parece que iría contra la buena fe aquel que, a pesar de saber que no tiene obligación de contraer, paga la multa estipulada y luego pretende volver contra su propio acto y reclamar lo que pagó voluntariamente.

2. IMPOSIBILIDAD DEL MARIDO DE DESCONOCER AL HIJO CONCEBIDO ANTES DE MATRIMONIO

Otro caso en que puede verse la aplicación legal de la doctrina de los actos propios lo encontramos en el art. 184 CC. Según este precepto se presumen hijos del marido los hijos concebidos antes de las nupcias pero nacidos durante el matrimonio. El inciso 2° de la norma señala, sin embargo, que “No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes”.

²³ Claro Solar, L., ob. cit., t. I, N° 504, pp. 271-272; Somarriva, M., ob. cit., n° 6, p. 16. Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, *La obligación natural como elemento moralizador de la relación jurídica en el Código Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 267-271, sostienen que no es un supuesto de obligación natural sino de lo que llaman “obligación imperfecta” en el sentido de que para la multa no hay una acción enervable (como en los casos del art. 1470 CC) sino que simplemente no hay acción ninguna por el disfavor con que mira el legislador a los esponsales.

El derecho del marido a desconocer la paternidad de este hijo, sin embargo, no puede ejercitarse si con su conducta ha aceptado previamente al hijo como suyo. Dispone la norma: “Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido”.

No se trata de que la filiación quede determinada por el reconocimiento de paternidad del marido, ya que el reconocimiento no opera como título de determinación de la filiación matrimonial. Esta queda determinada por la presunción *pater is est*, y el marido pierde el derecho para atacarla a través de la acción de desconocimiento.

Pero nótese que el Código considera en este caso que la contradicción de conducta es impeditiva de la pura acción de desconocimiento, pero que ella no alcanza a privar al supuesto padre de la acción de impugnación de la paternidad, en la cual puede probar que el hijo no es suyo (cfr. art. 184 inc. 4° CC).

3. IMPOSIBILIDAD DEL MARIDO DE IMPUGNAR LA PATERNIDAD DEL HIJO MATRIMONIAL

El hijo que goza de la filiación matrimonial por obra de la presunción de paternidad del marido que prescribe el art. 184 CC, puede ser objeto de una acción de impugnación por parte del supuesto padre, conforme al art. 212 CC.

La acción, en caso de muerte del marido puede ser ejercida por sus herederos conforme a lo dispuesto en el art. 213 CC. Sin embargo, este derecho no puede ser ejercido si el padre hubiere reconocido al hijo, conforme a lo previsto en el inciso 2° de dicha norma: “Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”.

El impedimento para ejercer la acción de impugnación puede ser conducido a la teoría de los propios actos, si entendemos que la conducta del marido vincula también a sus herederos²⁴. Como la imposibilidad no se aplica sólo a los herederos sino también a los terceros que sufran un perjuicio actual, la doctrina ha fundado esta privación del derecho a impugnar no en la teoría de los actos propios sino más bien en la inconveniencia de promover un juicio cuando el supuesto padre ha reconocido al hijo como suyo; así lo explica Somarriva: “Una vez más el legislador respeta la voluntad del marido. Si este reconoció expresa o tácitamente al hijo, no sería natural que otras personas desconocieran esta paternidad.

²⁴ En general, los autores estiman que los herederos se ven vinculados por los actos anteriores de su causante, de modo que concurre el requisito de identidad de sujetos. Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 232-236; Ekdahl, M. F., ob. cit., p. 117. Borda, A., ob. cit., pp. 87-88, estima que, dado que el art. 3363 del Código Civil argentino, reformado por la ley N° 17.711, establece la presunción de que toda aceptación de la herencia se efectúa bajo beneficio de inventario, por regla general el heredero no queda vinculado por los hechos de su causante y la teoría de los actos propios tiene una aplicación restringida.

Como lo dijimos: nadie está en mejor situación que el marido para saber si el hijo tenido por su mujer es realmente suyo”²⁵.

4. IMPOSIBILIDAD DEL HIJO DE REPUDIAR EL RECONOCIMIENTO

El hijo que es objeto de un reconocimiento de paternidad o maternidad matrimonial tiene derecho a repudiar esa determinación filiativa, de acuerdo con los arts. 191 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, se prevé que no procederá esta repudiación si el hijo en forma expresa o tácita ha aceptado el reconocimiento. Dispone el art. 192 CC: “No podrá repudiar el hijo que, durante su mayor edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita”. La norma aclara que “La aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial” y que “Es tácita cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter”.

Podría pensarse que en este caso la imposibilidad de repudiar provendría de un acto jurídico y de la vinculatoriedad de sus efectos: se trataría del principio de autonomía de la voluntad, no siendo necesaria la invocación del principio de los actos propios. Pensamos, sin embargo, que en el actual estado de nuestra legislación, la “aceptación” del reconocimiento no constituye un acto jurídico (como sí lo era en la normativa original del Código Civil)²⁶. El reconocimiento no es un acto recepticio que se complete con la aceptación. El reconocimiento produce todos sus efectos sin necesidad de la aceptación. Sólo la repudiación lo priva de eficacia. Entonces, cuando la ley establece que no se puede pretender repudiar si se ha “aceptado” el reconocimiento no se está refiriendo a una declaración de voluntad dirigida o encaminada a producir ese efecto jurídico, sino únicamente a un comportamiento, de hecho que significa una conformidad con el reconocimiento (se trata de un hecho con efectos jurídicos, y no de un acto o negocio jurídico propiamente tal). Ello se confirma de los actos a los que la ley confiere la calidad de constituir “aceptación” expresa: no se exige que se haya declarado la voluntad de aceptar el reconocimiento, sino que basta que se haya “tomado el título de hijo” en

²⁵ Somarriva, M., ob. cit., n° 429, p. 403.

²⁶ El art. 273 original del Código establecía que el reconocimiento del hijo natural debía ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que en la legitimación por matrimonio posterior a la concepción. Por su parte, el art. 212 decía que “la persona que acepta o repudia, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil”. El sistema de notificación y declaración de aceptación o repudiación fue eliminado por la ley N° 10.271, de 1952. Según Alessandri Rodríguez, Arturo, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la ley N° 10.271*, Ediar, Santiago, 1955, pp. 22-23, la modificación se hizo con el objeto de hacer más accesible la determinación del estado civil a todas las clases sociales y evitar los engorros a que daba origen.

instrumento público o acto de tramitación judicial. Es decir, basta una conducta que suponga una conformidad con el reconocimiento, aunque no haya ninguna declaración con finalidad jurídica. Nótese, por lo demás, que no se exige que el hijo “acceptante” haya conocido el reconocimiento, basta que se haya comportado como hijo del reconociente.

En consecuencia, la imposibilidad de repudiación puede justificarse, no en el efecto vinculante de un acto jurídico, sino en la reprobación legal de una contradicción de una conducta previa que ha consentido en proclamarse públicamente hijo de una persona y la pretensión posterior de restar efectos al reconocimiento que determina esa filiación anteriormente aceptada²⁷.

Los herederos del hijo que acepta son alcanzados también por los efectos del acto propio de su causante, según la opinión común de los autores (como dejamos establecido al tratar de la imposibilidad de los herederos del marido de impugnar la paternidad matrimonial), por lo que tampoco podrán repudiar el reconocimiento²⁸.

5. IMPEDIMENTO PARA RECLAMAR EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO ABANDONADO

El art. 240 CC se pone en el supuesto de que un padre o madre reclame el cuidado personal de un hijo que está en manos de un tercero, que, ante su abandono, ha alimentado y criado al niño. En tal caso, prevé que “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez”. El precepto agrega aún que “El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

²⁷ Cita el caso a propósito de la doctrina de los actos propios como manifestación del principio de buena fe, Sepúlveda, M. A., ob. cit., pp. 122-123.

²⁸ La cuestión es clara respecto de los herederos del hijo que ha sido reconocido después de muerto o que, siendo menor de edad, fallece antes de alcanzar la mayoría. En tal supuesto el art. 193 inc. 1° CC concede legitimación para repudiar a los herederos del hijo “sujetándose a las disposiciones de los artículos anteriores”, entre los cuales está el que impide la repudiación si el hijo la ha aceptado (art. 192 CC). Menos claro es el caso en que el hijo ha sido reconocido durante la mayoría de edad pero fallece antes de expirar el plazo para repudiar; aquí de nuevo el art. 193 inc. 2° concede la facultad a los herederos pero sin la remisión a los artículos anteriores. Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 105, ofrece dos razones para llegar a la misma conclusión, esto es, que los herederos no pueden repudiar si el hijo aceptó el reconocimiento: primero, que el precepto dice que el hijo ha fallecido antes de expirar el término que tiene para repudiar, pero si ya aceptó el plazo no está corriendo y, segundo, que nadie puede transmitir más derechos que los que tiene. A ellos puede agregarse que la doctrina de los actos propios considera que sus efectos se extienden a los herederos del que realizó la conducta contradictoria.

En este caso no se trata de un impedimento absoluto, sino condicionado a la autorización judicial, el pago de los costos de crianza y educación y el interés o conveniencia del hijo²⁹.

Es posible conjeturar que estamos en presencia más bien de la aplicación del principio del “*nemo auditur*”, ya que podría concebirse este impedimento como una sanción a la conducta irresponsable de los padres al dejar abandonado al hijo, más que a una simple contradicción de conductas. Pero la idea debe ser rechazada, en primer lugar, puesto que la norma más que destinada a sancionar a los padres parece estar encaminada a proteger la buena fe del tercero y, sobre todo, a tutelar el interés del hijo.

Por otra parte, el precepto no exige que el abandono del hijo haya sido imputable a los padres; basta que el tercero lo haya cuidado ante un abandono objetivo, no importa si haya sido por culpa o no de los padres que ahora lo reclaman³⁰. Lo importante es que se produjo una conducta: el abandono del hijo (cualquiera sean los motivos y si deben considerarse justificados o excusables), y ahora se pretende contradecirla, lesionando la buena fe del tercero que alimentó y crió al niño. Hay, por tanto, una aplicación de la doctrina de los actos propios que se levanta previa autorización del juez, pago de los costos y conveniencia del menor.

6. IMPOSIBILIDAD DEL GUARDADOR DE IMPUGNAR LA INCLUSIÓN EN EL INVENTARIO DE BIENES QUE SABÍA NO ERAN DEL PUPILO

Los guardadores deben confeccionar inventario de los bienes del pupilo. El Código Civil regula minuciosamente la forma y el contenido que debe tener este documento. Una de sus normas se pone en el caso de que el guardador consienta voluntariamente en que se incluya en el inventario un bien que en realidad no existe o no pertenece al pupilo. Se previene en tal evento que si luego el tutor o curador, a la hora de rendir cuentas, pretende que se le dispense de la obligación de restituir ese bien ficticiamente inventariado, no será oído. Lo señala expresamente el art. 387: “El tutor o curador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído, aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo”.

Nótese que la norma contempla el evento en que el guardador haya actuado sin dolo y más bien para beneficiar al pupilo, aún así

²⁹ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 2007, t. II, n° 611, p. 452, critica la disposición por cuanto le parece “inaceptable que se condicione la devolución del hijo al pago de los costos de crianza y educación. Es una especie de derecho legal de retención que recae sobre la persona del menor, lo que juzgamos inadmisibles”.

³⁰ Hay que tener presente que el art. 47 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, dispone que “El solo hecho de colocar al menor en casa de terceros no constituye abandono para los efectos del artículo 240 del Código Civil”.

le niega la pretensión de excluir del inventario la cosa que no existía. Se trata, entonces, de la aplicación de que nadie puede ir contra sus propios actos³¹.

7. GUARDADOR DE HECHO

Nuevamente en materia de guardas, el Código examina la situación de alguien que ejerce el cargo de tutor o curador sin serlo realmente. En este caso, dispone el art. 426 CC que “El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja”.

Al ejercer de hecho el cargo, el falso guardador ha permitido que con su conducta se genere un estado fáctico en el que el pupilo y los terceros pueden legítimamente confiar, de modo que la ley le impide luego eximirse de sus obligaciones y responsabilidades alegando la inexistencia o la nulidad de su nombramiento. Es posible, creemos, ver aquí un supuesto de la teoría de los actos propios.

La doctrina, en general, no ha recurrido a la idea del “*venire contra*” para explicar este precepto, y se ha inclinado por ver aquí una aplicación de la teoría del error común (*error communis facit ius*)³². Pero la verdad es que la disposición no exige que se haya producido una situación de apariencia que cause o pueda causar un error excusable de un gran número de personas, ni tampoco que el tercero que lo alegue haya incurrido también en el error, que son requisitos reconocidos para la doctrina del error común. Aquí basta que el guardador haya ejercido el cargo no siéndolo, y se produce el efecto de impedirle exonerarse de sus obligaciones. En consecuencia, parece más exacto ver aquí un supuesto

³¹ El precepto del Código tiene su fuente en una ley de las Siete Partidas (P.3.18.120) que señala: “El Guardador que recibiese en guarda bienes de algun huerfano, e fiziese fazer escritura publica de quantos eran quando los recibio (la qual escritura es llamada Inventario) si después a la sazón que diesse la cuenta al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta; queriendo provar, que fueran y escritas algunas cosas demas, que el non recibiera, e que consintiera el a sabiendas que las escribiesen y, por fazer muestra que el huerfano era mas rico, porque podiesse mejor casar, o por otra razón semejante; mandamos, que tal contradiezimiento non sea cabido, ni vala, Maguer quisiesse provar lo que dize”. La norma al prohibir la contradicción de conductas: “contradiezimiento” sugiere justamente la aplicación de la doctrina de los actos propios.

³² Cfr. León Hurtado, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 1979, p. 185, nt. 3; Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho de Familia*, Universo, Valparaíso, 1959, t. III, N° 1355, p. 758, nt. 2 (aunque invoca también “la fuerza creadora de la buena fe”). Cfr. C. Sup. 13 de julio de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 181, explica la disposición del art. 426 CC haciendo alusión al error común que, en el caso, fue “compartido por muchas personas” (cons. 3º).

de aplicación de la doctrina de los actos propios que de la máxima “*error communis facit ius*”³³.

Pero la teoría de los actos propios es aplicable en el entendido de que el tutor o curador haya ejercido de hecho el cargo pero sin mala fe de su parte. El inciso 3º del art. 426 CC termina diciendo que “si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”. En este caso, a la doctrina de los actos propios le sucederá la de que nadie puede alegar su propia torpeza y las consecuencias de la responsabilidad civil o penal por hechos ilícitos.

8. IMPOSIBILIDAD DE LA MUJER CASADA DE RENUNCIAR A LOS GANANCIALES

La mujer casada en sociedad conyugal tiene el derecho de renunciar a los gananciales, para así liberarse de responsabilidad por las deudas sociales y, en su caso, para retener los bienes ingresados en su patrimonio reservado. El art. 1782 CC dispone sin embargo una restricción a la renuncia: “Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales”.

La doctrina nacional suele ver aquí un supuesto de aceptación tácita: “... la mujer puede renunciar a los gananciales una vez disuelta la sociedad y, mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Dicho en otros términos: mientras no los haya aceptado tácitamente”³⁴. Pero esta explicación no parece correcta, primero porque el texto de la norma no dice que se entiende renunciado el derecho por entrar la mujer en poder de bienes sociales, sino, *a contrario sensu*, que la mujer no puede renunciar: es decir, que está impedida de renunciar. En segundo lugar, porque si fuera aceptación tácita podría probarse en contrario que la mujer, al recibir parte de los gananciales, no tenía realmente voluntad de renunciar a su derecho. En tercer término, porque el mismo Código dispone que se presume la aceptación con beneficio de inventario si la mujer no renuncia (art. 1767 CC), de lo que parece concluirse que la renuncia debe ser expresa. Por

³³ Claro Solar, L., ob. cit., t. IV, N° 2350, p. 491, no recurre a la teoría del error común para explicar la norma, sino a que “la ley considera natural tratarla [a la persona que asume de hecho la guarda] como tutor o curador en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades, porque son éstas las que ella misma ha entendido contraer al proceder como tal tutor o curador...”. El razonamiento se aproxima a la idea del adagio “*venire contra factum proprium*”.

³⁴ Somarriva, M., ob. cit., n° 336, p. 335; Ramos, R., ob. cit., t. I, n° 386, p. 288; Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 1993, n° 245, p. 167; Alessandri Rodríguez, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, n° 1015, pp. 609-610.

último, debe notarse que si se admitiera que estamos ante un supuesto de renuncia tácita, este sería el único caso en nuestro Código Civil por el cual procedería esta forma de renuncia³⁵.

Por ello, resulta más adecuado explicar esta norma como aplicación de los actos propios y no como una voluntad tácita de renunciar a los gananciales.

9. INADMISIBILIDAD DE LA AGREGACIÓN IMAGINARIA AL PATRIMONIO FINAL DE DONACIONES Y ACTOS DILAPIDATORIOS EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

En el régimen de participación en los gananciales para prevenir que un cónyuge se vea perjudicado en sus derechos se dispone una agregación en valor (imaginaria) de ciertas enajenaciones que el otro cónyuge haya realizado y que disminuyen su patrimonio final y, por tanto, sus gananciales.

La norma se contempla en el art. 1792-15 CC, que dispone que en el patrimonio final de un cónyuge se agregarán imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo que sean consecuencia de ciertos actos, ejecutados durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales. Entre estos actos se mencionan: 1) Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario. 2) Cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge. 3) Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos (con excepción de las rentas vitalicias previsionales).

El precepto, sin embargo, señala que “Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto hubiese sido autorizado por el otro cónyuge”.

La “autorización” a la que se refiere este precepto no es un requisito de validez ni de oponibilidad del acto de enajenación, sino que una manifestación de la teoría de los actos propios. Si el otro cónyuge ha consentido en que su consorte haga una donación o un acto de dilapidación o un pago de precio de rentas vitalicias o futuras, no puede después alegar que no deberían haber disminuido el patrimonio del enajenante ni aun cuando ello perjudique la cuantía de su crédito de participación en los gananciales³⁶.

³⁵ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1979, t. I, n° 553, p. 335, aunque coincide con la idea de que “recibir bienes a este título importa una renuncia tácita”, advierte que se trata de la “única forma de renuncia de esta clase que admite la ley”.

³⁶ Se exceptúan los actos en fraude, ya que si han sido consentidos por el supuesto perjudicado no puede decirse en propiedad que hayan sido fraudulentos. Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2007, p. 156.

10. IMPOSIBILIDAD DE PEDIR LA SEPARACIÓN JUDICIAL POR ADULTERIO SI SE HA CONSENTIDO EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

La Ley de Matrimonio Civil, Ley N° 19.947, de 2004, establece la posibilidad de demandar la separación judicial en caso de falta imputable al otro que constituya una violación grave de los deberes matrimoniales que torne intolerable la vida en común.

Sin embargo, se dispone que “No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges” (art 26 LMC).

Estimamos que la norma no significa que la separación de hecho extinga el deber de fidelidad o que el adulterio posterior a la separación no constituya una infracción grave al deber conyugal de fidelidad (art. 132 CC). Se trata, simplemente, de una aplicación de la doctrina de los actos propios por la cual se considera que si el cónyuge afectado ha consentido en suspender la vida en común y con ello impedir el ejercicio del derecho-deber de cohabitación, no tiene derecho a invocar en su favor la infidelidad del otro cónyuge para obtener una separación judicial con sanciones para el cónyuge culpable.

IV. NORMAS LEGALES QUE IMPIDEN LA CONTRADICCIÓN PERO QUE NO SE FUNDAN EN LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Como hemos visto, la doctrina de los actos propios sólo puede aplicarse de manera supletoria cuando la imposibilidad de volver contra una conducta anterior no se deduce de la aplicación de otra institución jurídica como la vinculatoriedad de los actos y contratos, la aplicación del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, la renuncia, la confirmación tácita de un acto nulo.

Sin ánimo exhaustivo mencionamos a continuación normas legales que podrían ser reconducidas a la teoría de los actos propios, pero que en verdad obedecen a la aplicación de una institución distinta que tiene preferencia para fundar la imposibilidad de denegar el acto propio.

1. CASOS EN LOS QUE SE APLICA LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA IRREVOCABILIDAD DE LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO

a) Acuerdos de regulación del cuidado personal

Según el art. 225 CC, aunque la tuición legal de los hijos menores corresponde a la madre, “mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorga-

miento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre”. Se dispone, igualmente, que “Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo las mismas solemnidades”.

La madre, en consecuencia, no puede desconocer este acuerdo y reclamar el cuidado personal de los hijos que han sido encargados al padre. El convenio sólo puede revocarse de común acuerdo y con las mismas solemnidades.

Pero esta imposibilidad no proviene de la doctrina de los actos propios, sino de la eficacia propia de la convención a la que ella misma se obligó. Se trata, por tanto, de la aplicación de la autonomía privada reconocida también, en este aspecto, en el ámbito del Derecho de Familia.

Por cierto, la madre podría pedir judicialmente que se prive al padre del cuidado personal, pero para ello deberá invocar una causal de las mencionadas en el art. 225 inc. 3° CC y tocará al juez decidir.

b) Acuerdos de atribución del ejercicio de la patria potestad

La titularidad de la patria potestad puede ser atribuida de común acuerdo entre los padres. Según el art. 244 CC, “la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento”.

El acuerdo es irrevocable y no podría ser desconocido por alguno de los padres, pero ello no en virtud de la regla de los actos propios, sino por la fuerza obligatoria del acto jurídico de familia admitido legalmente. Si el padre quiere dejar sin efecto el acuerdo, deberá impugnarlo probando algún defecto o vicio de nulidad o pedir al juez, fundado en que el interés del hijo lo hace indispensable, que modifique la titularidad atribuida convencionalmente (art. 244 inc. 3° CC).

c) Acuerdos regulatorios de una separación de hecho

La Ley de Matrimonio Civil permite que, en caso de separación de hecho, los cónyuges regulen sus relaciones mutuas y los alimentos, cuidado personal y relación directa y regular (visitas) para con los hijos, mediante convención. El art. 21 dispone que “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”; se agrega que “En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que

mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”. Finalmente, se dispone que “Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

El acuerdo, según el art. 22 de la Ley, puede constar en escritura pública, acta extendida y protocolizada ante notario, acta extendida ante Oficial del Registro Civil o transacción aprobada judicialmente³⁷.

El acuerdo obliga a las partes, por lo que ninguno de los cónyuges podrá desconocerlo o incumplirlo, pero ello no provendrá de la teoría de los actos propios, sino de la autonomía privada y la fuerza vinculante de la convención reconocida por la ley.

Por otro lado, la teoría del acto propio no puede oponerse a que uno de los cónyuges demande la nulidad del acuerdo por vicios de forma o de fondo (con la salvedad prevista en el art. 22 LMC de que la nulidad de una o más cláusulas del acuerdo no afecta su mérito en cuanto a otorgar fecha cierta del cese de la convivencia). De igual modo, respecto de las materias que admiten variación conforme a un cambio de circunstancias (alimentos, cuidado personal, relación regular y directa) podrá solicitarse, por parte de cualquiera de los cónyuges, que el juez determine judicialmente dicha materia modificando o dejando sin efecto el acuerdo.

d) Convenio regulador de la separación convencional y del divorcio solicitado de común acuerdo

La Ley de Matrimonio Civil prevé que la separación judicial de los cónyuges sea solicitada conjuntamente por ambas partes, y dispone que en tal caso “deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos” (art. 27 inc. 2° LMC).

Algo similar se contempla para el divorcio solicitado de común acuerdo. El art. 55 LMC dispone “En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”.

En ambos casos se señala que para ser completo el acuerdo debe referirse a las materias previstas para la convención regulatoria de la separación de hecho y que se encuentran establecidas en el art. 21 de la Ley.

El acuerdo regulador de la separación judicial debe ser aprobado, modificado o complementado por el juez en la sentencia (arts. 31 inc. 2° LMC), y aunque la ley no lo disponga especialmente, lo mismo sucederá en el caso del divorcio solicitado de común acuerdo.

³⁷ La ley establece la forma sólo para que el acuerdo otorgue fecha cierta al cese de la convivencia, por lo que se trata de un acto consensual, aunque debe constar por escrito para efectos probatorios conforme al art. 1708 y ss. CC.

De esta forma, la fuerza vinculante del acuerdo se refuerza, incluso aunque el juez se haya limitado a refrendarlo, con la fuerza de la sentencia judicial que lo aprueba. Su desconocimiento o incumplimiento no necesita invocar la teoría de los actos propios, sino la autonomía de la voluntad reconocida por la ley, aunque limitadamente.

e) Acuerdo que fija la compensación económica

La compensación económica que la Ley de Matrimonio Civil contempla en caso de divorcio o nulidad para el cónyuge que sufra menoscabo económico conforme a los arts. 61 y 62, puede ser determinada convencionalmente. El art. 63 dispone que “La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.

Nuevamente, si el juez aprueba la fijación y forma de pago de la compensación convenida, su obligatoriedad impedirá a cualquiera de los cónyuges volver contra su conducta anterior, pero ello no en virtud de la doctrina de los actos propios, sino por la autonomía privada admisible en este aspecto en el Derecho de Familia chileno.

f) Irrevocabilidad de la renuncia a los gananciales

El art. 1782 CC dispone que la renuncia a los gananciales efectuada por la mujer o sus herederos es irrevocable: “Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales”. Se agrega que “esta acción rescisoria” prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal.

La acción rescisoria por engaño o error no es más que una acción de nulidad, de modo que la renuncia, válidamente efectuada, es irrevocable absolutamente³⁸. No puede la mujer o sus herederos ir contra el acto anterior de abdicación. Pero una vez más no se trata de la aplicación de la doctrina de los actos propios, sino de la eficacia vinculante de un acto jurídico (en este caso el acto unilateral de renuncia) y de los efectos propios de una renuncia de derechos, que produce justamente su extinción. Una vez extinguido por renuncia el derecho, éste no puede revivir. En la teoría de los actos propios, en cambio, el derecho no se extingue

³⁸ Ramos, R., ob. cit., t. I, p. 289, señala que el art. 1782 CC al decir que la renuncia no podrá rescindirse usa la expresión en el sentido de “revocar”. La doctrina, en general, habla de irrevocabilidad de la renuncia, aunque trata los casos de error o dolo como excepciones a dicha irrevocabilidad. La verdad es que no son excepciones porque todo acto es “revocable” por vicios de nulidad y esto es lo que sucede con la renuncia afectada de dolo o error.

aunque su ejercicio en contradicción con una conducta anterior pueda ser considerado inadmisibile en ciertas circunstancias³⁹.

2. CASOS EN LOS QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE QUE NADIE PUEDE APROVECHARSE DE SU PROPIO DOLO O TORPEZA

a) Guardador aparente de mala fe

Ya hemos considerado el caso del guardador aparente y hemos reconocido una aplicación de la doctrina de los actos propios cuando ejerce el cargo “creyendo serlo” (art. 426 inc. 1º CC). Pero ahora nos toca analizar el supuesto en que el guardador aparente procede de mala fe, es decir, sabiendo que no puede ejercerlo legalmente. En tal caso, el inc. 3º del art. 426 dispone: “Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”.

La remoción, privación de emolumentos o pena que se conminan no tienen que ver con la doctrina de los propios actos, sino más bien con la doctrina de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o de su propia torpeza⁴⁰.

b) Irrevocabilidad de las donaciones en caso de divorcio o nulidad

Una nueva aplicación de la doctrina de que nadie puede alegar su propia torpeza podemos ver en la prohibición de revocar las donaciones que se impone al cónyuge culpable de la separación o del divorcio. El art. 172 CC dispone: “El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad”. Luego, *a contrario sensu*, el culpable no tiene la facultad de revocar las donaciones *propter nuptias* (otorgadas antes del matrimonio). Aunque el art. 172 CC admite la revocación sólo frente a ciertas causas de divorcio o separación culpable, el art. 1790 CC amplía esa facultad a todas las formas de culpabilidad; dispone que “La sentencia firme de separación judicial o divorcio autoriza, por su parte, a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa verificada la condición señalada en el inciso precedente”, esto es, que de la donación y su causa

³⁹ Para la diferencia entre renuncia y teoría de los actos propios, cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 159-165.

⁴⁰ Para la diferencia entre ambas doctrinas, cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 203-204.

haya constancia por escritura pública. Nuevamente, *a contrario sensu*, el cónyuge culpable carece de este poder revocatorio⁴¹.

Lo mismo sucede respecto del cónyuge que contrae de mala fe un matrimonio posteriormente declarado nulo. La Ley de Matrimonio Civil, al tratar del matrimonio putativo, dispone que “Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio” (art. 51 inc. 3° LMC). De nuevo, *a contrario sensu*, las otorgadas al cónyuge de mala fe pueden revocarse. Así lo dice expresamente el art. 1790 inc. 1° CC: “Declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública”.

Pero el cónyuge que contrae de mala fe no puede ejercer esta facultad revocatoria: “Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe” (art. 1790 inc. 4° CC).

Esta imposibilidad de volver sobre su propio acto donatario que se preceptúa para el cónyuge culpable del divorcio o la separación o para el cónyuge putativo de mala fe, no proviene de la doctrina de los propios actos, sino más bien de la regla de que nadie puede invocar su propia torpeza en su beneficio.

c) Imposibilidad de alegar la propia culpa para pedir la separación judicial o el divorcio

Tanto para la separación judicial como para el divorcio fundados en una falta imputable se impide que el cónyuge culpable alegue dicha causal para pedir la separación o el divorcio. Así, el art. 26 inc. 3° LMC, dispone que tratándose de separación por falta imputable, “la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”.

Por su parte el art. 56 LMC señala que la acción de divorcio pertenece exclusivamente a los cónyuges y que “Cualquiera de ellos podrá demandarlo, salvo cuando se invoque la causal contemplada en el artículo 54 [falta imputable], en cuyo caso la acción corresponde sólo al cónyuge que no hubiere dado lugar a aquélla”.

No se trata de la aplicación de la doctrina de los propios actos, sino una vez más de la teoría de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

⁴¹ Menciona el problema de qué precepto debe aplicarse: si el restringido del art. 172 o el amplio del art. 1790 CC, sin pronunciarse sobre la solución, Pardo de Carvallo, Inés, “El divorcio II: Divorcio de común acuerdo. Divorcio unilateral. Acción de divorcio. Efectos”, en Vidal Olivares, Álvaro (coord.), *El nuevo Derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 188.

d) Imposibilidad del padre o madre o del tercero aportante de gametos de impugnar la filiación del hijo concebido por medio de técnicas de reproducción asistida

Desde la aparición de las técnicas de reproducción asistida realizadas con donación de gametos, especialmente de espermios, se produjo el problema de qué respuesta debía darse en el caso de que el marido o conviviente que, habiendo aceptado que su mujer concibiera y gestara un hijo con esperma ajeno, luego se retractaba y pretendía ejercer una acción de impugnación de la filiación, la que resultaría procedente al acusar los tests biológicos la ausencia de vínculo biológico con el hijo así concebido. La doctrina que trató inicialmente esta cuestión adujo que una forma de impedir la acción del padre legal era aplicar la doctrina de los propios actos y rechazar la pretensión de desconocer al hijo basada en la contradicción entre la voluntad de asumir la paternidad al consentir la aplicación de la técnica y la revocación posterior⁴². No obstante, la cuestión era dudosa nuevamente porque se estimaba que, tratándose de una materia indisponible, de estado civil, no cabía aplicar la doctrina⁴³. De allí que las leyes fueran disponiendo expresamente la imposibilidad de impugnar la paternidad en estos casos.

La ley chilena se planteó este problema al momento de reformar el régimen de filiación para establecer la igualdad de derechos de los hijos de filiación determinada y la libertad de investigación de la paternidad o maternidad admitiendo las pruebas periciales biológicas (Ley N° 19.585, de 1998). Ante la preocupación de que esta última posibilitara la impugnación de la paternidad por parte del marido o varón conviviente que había consentido en la aplicación de la técnica se dispuso que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

⁴² Delgado Echeverría, Jesús, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, en AA.VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Comunidad Autónoma de Euskadi y Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 221.

⁴³ Una revisión de la polémica antes de que la ley N° 19.585 introdujera la norma del art. 182 CC, puede verse en Gumucio Schönthaler, Juan Cristóbal, *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, ConoSur, Santiago, 1997, pp. 168-173. Por nuestra parte, en su momento sostuvimos la procedencia de la impugnación de la paternidad por parte del marido sobre la base de la irrenunciabilidad e intransigibilidad del estado civil: cfr. Corral Talciani, Hernán, “Procreación médicamente asistida. Perspectivas para una legislación en Chile”, en AA.VV., *Seminario sobre matrimonio y familia*, P. Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1994, p. 51. Cfr. también Corral Talciani, H., “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho* (U. Católica del Norte), 2000, pp. 105-106.

Puede sostenerse que la norma en cuanto impide al varón que ha consentido en la aplicación de la técnica impugnar su paternidad (ya sea determinada por presunción de paternidad o por reconocimiento) se funda en la idea de que nadie puede ir contra sus propios actos. Pero debe considerarse que el art. 182 CC no ha pretendido legitimar ni autorizar la realización de este tipo de prácticas reproductivas, y que, conforme a los principios que inspiran nuestra legislación de familia y fundamentalmente el derecho a la identidad del hijo y el interés superior del niño, puede bien considerarse que las llamadas técnicas heterólogas (con gametos ajenos) son ilícitas en nuestro ordenamiento (por más que se realicen de hecho y que socialmente estén toleradas)⁴⁴. Pues bien, si la práctica es contraria a derecho, también lo es el consentimiento del varón a acoger como padre a un hijo que no es suyo utilizando gametos de un tercero que renuncia anticipadamente a la paternidad. Siendo ilícita la primera conducta, la norma que veda su retractación no se funda en la teoría del acto propio, sino más bien en el principio de “*nemo potest propriam turpitudinem allegans*”⁴⁵.

La norma se refiere también a la imposibilidad de reclamar una filiación distinta, porque contempla la posibilidad de que el donante de gametos pudiera ejercer una acción de reclamación de la filiación respecto del hijo concebido con el uso de su material genético. También se le veda el ejercicio de esta acción, y nuevamente la explicación podría residir en una aplicación de la doctrina de los actos propios, ya que el aportante realiza una especie de “abdicación” de su derecho a la paternidad al entregar sus células germinales para permitir que otro devenga en padre. Pero una vez más cabe considerar si estamos ante una conducta lícita o no. Consideramos que la renuncia anticipada a la paternidad es un acto contrario a derecho (como también la donación de material genético con fines reproductivos, que vulnera la indisponibilidad del estado civil y puede ser considerado nula por objeto intransferible o causa ilícita). Si nos asiste la razón, la explicación del rechazo de su acción puede encontrarse mejor en la aplicación de la doctrina de que nadie puede alegar su propia torpeza o nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

⁴⁴ Sobre las razones para rechazar la licitud de las llamadas “técnicas heterólogas”, puede verse nuestro trabajo: Corral Talciani, Hernán, “Acceso de parejas no casadas a las técnicas de reproducción asistida, donación de gametos y gestación por cuenta ajena”, en *Fecundación Asistida. Jornada de Estudio y reflexión, Cuaderno Humanitas* 11, 1998, pp. 31-34.

⁴⁵ Permanece la cuestión de qué se diría sobre el marido que consiente en que su mujer mantenga relaciones sexuales con un tercero con la finalidad de que conciba un hijo que le sea atribuido. ¿Podrá luego este marido impugnar la maternidad? Podría señalarse que la acción de estado es de orden público e irrenunciable de modo que puede ejercerla, lo cual entraría en franca contradicción con la solución prevista en el art. 182 CC (siendo las dos situaciones, prescindiendo de la forma de acceso de los espermios a la mujer, sustancialmente similares). Tal vez, la cuestión podría uniformarse si se considera que también en este caso la acción quedaría vedada, pero no por la doctrina de los actos propios, sino por la regla de que nadie puede alegar su torpeza en propio beneficio.

En ambos supuestos (negación de la impugnación del marido o de la reclamación del aportante biológico), ninguna de las dos teorías: el “*venire contra factum proprium*” o el “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, puede invocarse contra el derecho del hijo a establecer la verdadera filiación o, al menos, para conocer la identidad del progenitor biológico⁴⁶.

3. PRIVACIÓN DE DERECHOS COMO SANCIÓN A CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS

a) Ocultación de bienes sociales

El art. 1768 CC dispone que “aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada”. Una norma similar se contempla para el régimen de participación en los gananciales (art. 1792-18 CC).

El efecto que impone la ley a la conducta dolosa del cónyuge, o sus herederos, no es una consecuencia de la teoría de los actos propios. Se trata de una verdadera sanción o pena civil por el comportamiento reprochable del autor de la ocultación o distracción.

b) Privación del derecho a pedir el divorcio por incumplimiento de la obligación alimenticia

El art. 55 inc. 3º LMC dispone que habrá lugar al divorcio unilateral cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, pero agrega: “salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

El incumplimiento de la obligación alimenticia produce una imposibilidad de invocar el divorcio por cese de la convivencia contra la voluntad del otro cónyuge. Podría pensarse que estamos frente a una aplicación de la teoría de los actos propios, pero pensamos que se trata más bien de una sanción o pena civil para aquel que se ha comportado reprochablemente en el cumplimiento de sus deberes maritales o paternos y que consiste en la privación del derecho a pedir el divorcio invocando el período de cese de la convivencia donde se ha producido dicho incumplimiento⁴⁷.

⁴⁶ Sobre este punto, véase nuestro trabajo Corral Talciani, Hernán, “Reproducción humana asistida y filiación: un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”, en *Cuadernos Jurídicos* (U. Central) 2, 2000, pp. 169-177, en especial pp. 175-176.

⁴⁷ La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la norma contempla una verdadera sanción, por lo que no procede aplicarla en forma retroactiva (a los incumplimientos anteriores a

V. CASOS DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN MATERIAS NO LEGISLADAS

1. PETICIÓN DE DIVORCIO UNILATERAL PARA DEJAR SIN EFECTO SEPARACIÓN JUDICIAL CONVENIDA

En el actual sistema de regulación de las rupturas matrimoniales instaurado por la Ley 19.947, de 2004, la separación de los cónyuges no es considerada una mera etapa que conduce al divorcio, sino una forma alternativa y autónoma de canalización jurídica del conflicto matrimonial. Los cónyuges asumen la calidad de separados y se suspende su vida en común pero se mantiene el vínculo matrimonial entre ellos.

Una de las formas de separación es la solicitada de común acuerdo por los cónyuges. Para ello no basta el consentimiento de las partes sino que debe comprobarse que ha cesado la convivencia entre ellas. La separación es decretada por sentencia judicial, que se subinscribe al margen de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil.

Nos parece que, si decretada la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges, uno de ellos posteriormente demanda el divorcio de manera unilateral, invocando el cese de la convivencia por más de tres años, estaría incurriendo en una contradicción de conducta relevante que infringe el principio de buena fe y de lealtad para con el otro cónyuge⁴⁸. De esta forma, esa acción debería ser declarada inadmisible por aplicación de la doctrina de los actos propios. No se trata de que el matrimonio se torne indisoluble y que no proceda el divorcio en ningún supuesto. No se impediría el divorcio solicitado conjuntamente o si se invoca una falta imputable. La doctrina de los actos propios sólo impide la pretensión de dejar sin efecto por voluntad unilateral una situación jurídicamente reglamentada a la que se accedió de común acuerdo con su consorte. Vulnera la buena fe y la confianza del otro cónyuge el que se deje sin efecto una solución alternativa al divorcio que se buscó consensuadamente⁴⁹.

la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947): C. Concepción, 3 de julio de 2006, rol 996-06; C. Antofagasta, 5 de febrero de 2009, rol 1303-2008, LP 41681; Ramos, R., ob. cit., t. I, pp. 111-112. También para efectos de interpretar que la norma se aplica aunque sólo haya incumplimiento respecto del cónyuge o de los hijos se declara que ello debe hacerse a la luz de “la finalidad de la disposición, cual es, sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil” (C. Concepción, 27 de marzo de 2009, rol 20-2009, cons. 6°). La misma Corte, sin embargo, en otra ocasión ha declarado que se trata de un requisito de procedencia de la acción de divorcio y no de una sanción: “No se trata de una sanción, como lo pretende el demandante sino que [del] un requisito legal exigido en materia de familia, teniendo el juez la obligación de verificar que se haya cumplido” (C. Concepción, 2 de enero de 2009, rol 1654-2007).

⁴⁸ No se puede invocar el principio de la autonomía privada o la obligatoriedad de las convenciones, porque el mutuo acuerdo es sólo un supuesto de la separación judicial. Esta es una situación familiar constituida por sentencia judicial, y no una convención o contrato.

⁴⁹ En un primer comentario a la Ley de Matrimonio Civil invocábamos ya la teoría de los actos propios para propiciar la improponibilidad del divorcio unilateral que pretenda dejar sin efecto

2. INADMISIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN CASO DE QUE EL CÓNYUGE BENEFICIARIO SEA EL QUE DEMANDA EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL

Un segundo caso en los que sostenemos que debe aplicarse la teoría de los actos propios es aquel en que el cónyuge que demanda el divorcio unilateral por cese de la convivencia pretende reclamar en su beneficio el pago de la compensación económica por el menoscabo económico que produce dicho divorcio.

Cualquiera sea la naturaleza jurídica que se admita a esta institución: supuesto de responsabilidad civil, prestación alimenticia, resarcimiento por afectación lícita de derechos, enriquecimiento sin causa, etc., lo importante es que la ley la considera una “compensación” a un daño causado o provocado por el divorcio. Si esto es así, resulta incoherente que alguien cause el divorcio por su propia voluntad e incluso contra la voluntad de la otra parte, y al mismo tiempo pretenda que se le compense el daño que dicho divorcio le provoca. Es claro que la compensación tiene por objeto atenuar de alguna manera la privación que produce el divorcio del estatuto económico protector del matrimonio⁵⁰. Pero sería gravemente inconsecuente que el mismo cónyuge que se desposee a sí mismo de ese estatuto, demande que se le compense dicha privación que el mismo impuso al otro.

Nuevamente, la inadmisibilidad de la pretensión de pago de la prestación compensatoria resulta de una transgresión de la doctrina de los actos propios, porque la contradicción entre la conducta de pedir el divorcio y luego demandar el resarcimiento del perjuicio que este provoca, lesiona la buena fe del otro cónyuge y desnaturaliza la función de la figura legal de la compensación económica⁵¹.

3. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL AUTOR DEL RECONOCIMIENTO

Uno de los casos en los que la jurisprudencia chilena ha recurrido a la doctrina de los actos propios es el que se presenta cuando el autor del reconocimiento de un hijo pretende dejar sin efecto ese reconocimiento por vía de la impugnación de la paternidad. Un fallo así lo ha entendido

una separación judicial decretada por petición conjunta de los cónyuges: Corral Talciani, Hernán, “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 2, 2004, p. 265. Sobre la función alternativa de la separación judicial, véase Corral Talciani, Hernán. “¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil”, en *GJ* N° 320, 2007, pp. 57-66; sobre el tema de los actos propios aplicado a la separación de común acuerdo ver p. 65.

⁵⁰ Cfr. Corral Talciani, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007), 1, pp. 23-40; en especial pp. 24-25.

⁵¹ Argumentamos en tal sentido invocando la teoría de los actos propios en Corral, H., “La compensación...” cit., p. 29.

al declarar que “teniendo el reconocimiento voluntario –factor de determinación– el carácter de irrevocable, no resulta procedente que el autor de tal reconocimiento pueda actuar en contra de su propio acto, que consistió en admitir en forma voluntaria y solemne su paternidad respecto de un hijo, al margen de si el acto se corresponde o no con la realidad” (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461).

A nuestro juicio, cabe hacer varias distinciones para determinar si es aplicable dicha doctrina a un supuesto como éste.

En primer lugar, es necesario determinar si procede aplicar esa doctrina para negar que el padre reconociente pueda impugnar la paternidad no matrimonial determinada por su acto de reconocimiento. Para ello es menester precisar si en abstracto está el padre legitimado para impugnar la paternidad no matrimonial o no. Sólo si existe esta legitimación, podrá discutirse si debería, a pesar de ello, desestimarse la acción por la incongruencia de conductas entre atribuir la calidad de hijo y la de desconocerla. Es lo que sucede en la Argentina⁵², en España⁵³ y en Italia⁵⁴.

⁵² El Código Civil argentino dispone que el reconocimiento puede ser impugnado por el hijo o por todos los que tengan interés en hacerlo (art. 263 CC), de lo cual los autores piensan que el padre reconociente está legitimado para ejercer la acción. En esta situación sí es posible plantearse la posibilidad de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Méndez Costa, María Josefa, *La filiación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 354, señala que si se hace un reconocimiento falso a sabiendas no procede la impugnación “porque no está permitido invocar la propia torpeza”, señalando que ella llega hasta la tipificación de un delito penal por lo previsto en el art. 139 inc. 2º del Código Penal. Para otros, el reconociente no puede en ningún caso impugnar el reconocimiento por ser éste irrevocable y por el principio “*nemo auditur*” (Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Astrea, 3ª edic., Buenos Aires, 1998, t. II, p. 480; Azpiri, Jorge O., *Derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 438). También se invoca el principio de los actos propios, aunque con cierta confusión con el de la propia torpeza: “El padre no es legitimado activo de esta acción.– Ello es así porque el reconocimiento es irrevocable (art. 249, CCiv.), y por otra parte siendo el autor del reconocimiento no puede alegar su propia torpeza aplicándose en la especie el adagio romano que dice *non concedit venire contra factum proprium* [sic]” (Perrino, Jorge O., *Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 1449). López Mesa, L., ob. cit., p. 154, cita el fallo de SCBA de 27 de octubre de 2004, que determinó que el propio reconociente no puede impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, ya que si el reconocimiento es válido tiene el carácter de irrevocable y es contraria dicha negativa con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

⁵³ Una sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967, conociendo de un reconocimiento de complacencia, en el que el autor del reconocimiento sabía que no era el padre porque no conocía a la madre al tiempo de la concepción, estimó que no podía aplicarse la doctrina de los actos propios para impedir la impugnación por parte del reconociente por tratarse de un acto *contra legem*. Después de la reforma al régimen de filiación, el Tribunal Supremo, por sentencia de 28 de noviembre de 1992, sentenció que las cuestiones relativas a la filiación, siendo de orden público, quedan sustraídas a la libre autonomía de la voluntad, por lo no pueden ser constitutivas de actos propios las declaraciones de la madre en los procesos sobre la filiación de la hija (Rogel Vide, C., ob. cit., pp. 222-223).

⁵⁴ El art. 263 del Código Civil italiano menciona expresamente al autor del reconocimiento como titular de la acción de impugnación: “El reconocimiento puede ser impugnado por defecto de veracidad por el autor del reconocimiento, de aquel que ha sido reconocido o de cualquier interesado”. No obstante, la doctrina ha criticado que no se tenga en cuenta la buena o mala fe del reconociente, e invocan en contra del derecho a impugnar del autor del reconocimiento que actúa sabiendas de la falta de verdad biológica de la filiación el principio “*di autoreponsabilità per la propria dichiarazione*”. En general, la jurisprudencia

En cambio, la legislación chilena concede legitimación para impugnar la paternidad determinada por reconocimiento al hijo, al representante legal del hijo incapaz, a los herederos del hijo y a “toda persona que pruebe un interés actual en ello” (art. 216 CC), sin que se incluya al padre que ha reconocido⁵⁵. No se puede tampoco calificar al padre como “persona que pruebe interés actual”, ya que es claro que en este caso, como en otros similares (art. 218 CC), estas personas son “terceros” distintos de los que aparecen como padres. En consecuencia, la improcedencia de la acción de impugnación por parte del reconociente no requiere fundarse en la doctrina de los actos propios, que sólo puede entrar a funcionar de manera supletoria cuando no existan otras razones que permitan rechazar la pretensión. En este caso, la acción puede rechazarse sencillamente por falta de legitimación activa⁵⁶.

Diversa es la situación de si el reconociente puede ejercer la acción de nulidad del reconocimiento. En este caso no se alega que el reconocido no es hijo biológico del reconociente sino sencillamente que el acto jurídico de reconocimiento adolece de un vicio que produce su invalidez. La posibilidad de pedir la nulidad del reconocimiento está expresamente prevista en el art. 202 CC, que pone el plazo de un año de prescripción

admite la acción en todo caso, pero hay pronunciamientos en contra, como la sentencia del Tribunal de Torino de 31 de marzo de 1992, Dir. Fam., 1993, p. 193, que niega que el que había reconocido a un hijo a sabiendas que no era suyo sea titular de la acción de impugnación, argumentando sobre el principio de autorresponsabilidad y la tutela de la buena fe. Cfr. Nadeo, Francesca, “*La filiazione naturale*”, en *Il Diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza. Trattato Teorico-Pratico*, Gabriella Autorino Stansione (dir.) IV: *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, G. Giappichelli, Torino, 2006, pp. 143-144.

⁵⁵ En este sentido, C. Antofagasta, 18 de marzo de 2008, rol 490-2007, LP 38518; C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461. Court Murasso, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, ConoSur, 2ª edic., Santiago, 2000, p. 72, sostiene que “la ley no concede acción para impugnar el reconocimiento al padre” y que si lo ha hecho a sabiendas la imposibilidad puede fundarse en la máxima “*nemo auditur*”.

⁵⁶ No nos parece correcta la negación de la acción fundada en la irrevocabilidad del acto de reconocimiento, ya que tal característica sólo puede referirse a la imposibilidad de dejar sin efecto dicho acto por la mera voluntad revocatoria del autor, pero no puede impedir que se impugne judicialmente la filiación determinada por el reconocimiento. No obstante, varios fallos invocan esta irrevocabilidad para rechazar la acción: C. Sup. 3 de octubre de 2002, rol 2646-2002, LP 26031; C. Sup. 30 de octubre de 2003, rol 1994-03, LP 28789. En el mismo sentido, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 103. En cambio, acertadamente, el fallo de la C. Temuco, 24 de enero de 2008, rol 947-2007, LP 38269, sostiene que “si bien conforme al artículo 189 inciso segundo del Código Civil el reconocimiento de la paternidad es irrevocable, ello dice relación con el que no puede ser dejado sin efecto por un mero acto de voluntad del que lo prestó, pero no implica que no pueda ser atacado por la vía de la impugnación de la paternidad, pues en tal caso no es el que presta el reconocimiento quien deja sin efecto el mismo, sino que el Tribunal, convocado por la sociedad para dirimir a través de un acto de autoridad la situación en conflicto” (cons. 2). Se equivoca, a nuestro juicio, la sentencia de la Corte de Temuco al estimar que el padre está legitimado en virtud de una interpretación amplia del inc. 4º del art. 216 CC. Esta última doctrina ha sido sostenida, si bien no como fundamento de la decisión, por un fallo de Corte Suprema: C. Sup. 12 de marzo de 2007, rol 4679-2007, LP 36116, aunque con un voto de minoría que argumenta la falta de legitimación del padre como tercero interesado.

a la acción cuando se invoquen vicios de la voluntad. El problema suele presentarse en los casos en los que el autor del reconocimiento alega que obró por error pensando en que el hijo reconocido era suyo. ¿Puede negarse la acción en este caso invocando la doctrina de los actos propios? La respuesta debe ser negativa, puesto que la impugnación de nulidad de un acto no contraría la doctrina de los actos propios, incluso cuando se invoca el vicio del error⁵⁷.

Hay un caso, sin embargo, en que podemos considerar aplicable la doctrina de los actos propios y es el de los llamados reconocimientos de complacencia, es decir, aquellos que se hacen a sabiendas de que el reconocido no es hijo biológico del autor del reconocimiento. Si se alega la nulidad de este reconocimiento pero por un vicio de forma o por un error determinante (como por ejemplo de que se trataba de un hijo de un hermano fallecido trágicamente), aunque en principio debiera proceder la nulidad, la buena fe debe impedir que se alegue contra el hecho propio de considerar legalmente hijo a una persona que no lo es⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 210. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de declarar la nulidad del reconocimiento fundado en vicio de error del reconociente: C. Antofagasta, 28 de marzo de 2002, rol 1227-2005.

⁵⁸ En contra Court, E., ob. cit., p. 72, quien piensa que el autor de un reconocimiento de complacencia, por ejemplo para complacer a la madre soltera con quien piensa casarse, si bien no puede impugnar el reconocimiento porque sería contrario a la regla del “*nemo auditur*”, sostiene que ello sería “sin perjuicio de la posibilidad de impetrar la nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad, según la regla del art. 202”. Pareciera que un caso de esta especie fue resuelto por la C. Antofagasta, 24 de junio de 2008, rol 402-2008. Los hechos fueron los siguientes: el demandante alega que sostuvo sólo en una ocasión relaciones sexuales con la madre de la menor, pero que frente a sus dichos y aunque el nacimiento se produjo antes de completar los nueve meses de gestación, procedió a reconocer a la criatura como su hija en la inscripción de nacimiento y a sufragar las gastos del parto. Posteriormente, le realiza un examen de ADN que resulta negativo en cuanto a la paternidad, e interpone demanda de nulidad del reconocimiento por vicio de la voluntad. El tribunal de primera instancia rechaza la demanda y la Corte confirma el fallo. Una de las razones que la Corte esgrime es que “De conformidad con el mérito del certificado de nacimiento que se encuentra agregado a fojas 1 de los autos, consta que el demandante E. E. M. O. figura como padre de la menor E. C. M. C., nacida el 7 de mayo de dos mil cinco en Antofagasta, inscripción del año 2005 del Servicio de Registro Civil e Identificación, de lo que se desprende que en forma voluntaria concurrió a inscribir a la menor, no obstante estar en conocimiento de los hechos que reseña su abogado en la presentación de fojas 8, y no conforme con lo anterior siguió realizando actos que evidenciaban su paternidad y estrecha relación con la menor”. Pareciera que se trata de la aplicación de la doctrina de que nadie puede ir contra de sus propios actos a un reconocimiento que se hizo a sabiendas de no ser la reconocida hija del autor del reconocimiento. Pero a renglón seguido la Corte deduce que el rechazo de la demanda se hace por falta de prueba del error: “Por ende, los vicios de la voluntad que se han alegado para solicitar en esta causa la nulidad del acto de reconocimiento, debieron probarse en forma legal durante el curso del proceso, lo que no sucedió” (cons. 5º). Las dos afirmaciones pueden ser compatibles: si se hizo a sabiendas no hay vicio de error en el consentimiento en cuanto a la filiación, y si lo hubo respecto de otras circunstancias ello no fue ni alegado ni probado.

4. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL MARIDO QUE CONSINTIÓ EN LA INSCRIPCIÓN DEL HIJO CONCEBIDO DURANTE LA SEPARACIÓN JUDICIAL

De acuerdo al art. 184 inc. 3º CC, rige la presunción de paternidad a favor del hijo concebido durante la separación judicial de los cónyuges, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

Se plantea, entonces, si el marido puede más tarde impugnar la filiación matrimonial. En este caso, la legitimación del marido es clara: el mismo art. 184 inc. 4º CC señala que la paternidad “así determinada... podrá ser impugnada... de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”. Por su parte, el art. 212 CC prevé la legitimación del marido para impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio.

Aclarada la legitimación, procede preguntarse si la pretensión puede ser declarada inadmisibile sobre la base de los actos propios. Si el marido requirió la inscripción a sabiendas de que se trataba de un hijo ajeno, nos parece que procedería aplicarle la doctrina del “*venire contra*” y negar la admisibilidad de la acción de impugnación⁵⁹.

Más compleja es la situación del marido que consiente en la inscripción pensando equivocadamente que se trata de un hijo suyo. Este punto entronca con la discusión sobre si la conducta errónea o equivocada da lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios. Según parte de la doctrina, la teoría debe aplicarse aun cuando la primera conducta que se pretende contradecir haya sido motivada por error, siempre que objetivamente haya provocado una legítima confianza en un tercero de buena fe⁶⁰. Si se sigue este predicamento tampoco podría el marido que erró sobre su paternidad ejercer la acción de impugnación.

No obstante, pensamos que si se considera que la petición de inscripción es una especie de acto jurídico de reconocimiento, podría proceder una acción de nulidad fundada en un vicio de la voluntad como el error (o el dolo)⁶¹. A esta acción no procedería aplicarle la doctrina del acto propio, ya que la primera conducta no cumple con el requisito de ser válida.

5. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD POR PARTE DE LA MUJER QUE RECONOCIÓ AL HIJO

La maternidad, conforme al art. 183 inc. 1º del Código Civil, queda determinada legalmente por el parto, si se producen las condiciones que el mismo precepto y la Ley del Registro Civil contemplan.

⁵⁹ Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 102, estima que no procede la acción de impugnación, pero la funda en la irrevocabilidad del reconocimiento.

⁶⁰ Cfr. Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 210-212.

⁶¹ Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 212, sostiene que se admite la acción de nulidad para este especial reconocimiento.

Pero si la determinación no se produce por el parto, la maternidad puede quedar determinada por el reconocimiento (arts. 183 inc. 2° y 186 CC), el que se sujeta a las mismas disposiciones que el reconocimiento paterno (arts. 187 y ss.).

No sucede lo mismo respecto de la impugnación de la filiación así determinada, pues hay reglas especiales para impugnar la paternidad establecida por reconocimiento (art. 216) y otras para impugnar la maternidad cualquiera sea la forma de determinación (incluida por tanto la que consiste en haber reconocido al hijo por acto voluntario). Estas reglas están en los arts. 217 a 219 CC.

La ley expresamente concede legitimación para impugnar a la misma madre reconociente. En efecto, el art. 217 inc. 2° CC dice que “tienen derecho a impugnarla [la maternidad] el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta”. Esta última expresión: “la misma madre supuesta” es aplicable a la madre que aparece como tal por haber ella misma reconocido al hijo. No hay duda, por tanto, en que la madre autora del reconocimiento tiene derecho a impugnar la maternidad.

Aquí sí cabe plantearse si la teoría de los actos propios puede venir supletoriamente a evitar un resultado contrario a la buena fe impidiendo a la madre desarrollar una conducta contradictoria con su comportamiento anterior de reconocer al hijo. Nuevamente, digamos que no nos parece suficiente razón para argumentar en contra de la acción de la reconociente la irrevocabilidad que se atribuye legalmente al reconocimiento (art. 189 inc. 2°), ya que en este caso no se está impugnando o revocando el reconocimiento como acto jurídico, sino la filiación que fue determinada a través de ese medio formal. Además, la irrevocabilidad se refiere a que no puede el padre o madre unilateralmente o, incluso, con el consentimiento del hijo, dejar sin efecto el reconocimiento llevado a cabo, pero no que no sea impugnabile a través de las acciones que la misma ley concede para ello (nulidad, impugnación de la filiación).

A nuestro juicio, en principio es aplicable para impedir la impugnación la doctrina del acto propio, pero es necesario distinguir si la mujer actuó de buena fe creyendo que el hijo era suyo o si lo hizo a sabiendas de la falta de realidad de la maternidad. De acuerdo a la posición que señala que la conducta errónea no descarta la aplicación de la teoría, si objetivamente ha producido un estado de hecho relevante y en el que se podía confiar, como defiende Díez-Picazo⁶², deberíamos concluir que en ambos supuestos la madre estaría impedida de impugnar. A la madre que actuó por error sólo le quedaría el recurso de interponer una acción de nulidad fundada en el error en virtud del art. 202 CC en el plazo de un año.

⁶² Díez-Picazo, L., ob. cit., pp. 209 y ss.

Pero si se sigue el predicamento opuesto, a saber que si la primera conducta fue motivada por un error excusable no debe considerarse como jurídicamente relevante para impedir la actitud contraria⁶³, en tal evento deberá concluirse que la mujer que actuó, excusablemente, pensando que se trataba de un hijo propio, podría ejercer la acción de impugnación. En esta posición, sólo la madre que ha reconocido al hijo a sabiendas que no era el suyo (reconocimiento de complacencia) estará imposibilitada de ejercer la acción de impugnación por aplicación de la doctrina de los actos propios⁶⁴.

Tampoco podría esta madre invocar la nulidad del reconocimiento por vicio de la voluntad, ya que justamente sabía que el hijo no era suyo. Se aplicaría la teoría de los propios actos si alega nulidad por un vicio de forma o por un error en los motivos del reconocimiento, aunque haya sido determinante, según lo que acabamos de establecer también para el reconocimiento paterno.

6. IMPOSIBILIDAD DE REPUDIACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LOS HEREDEROS QUE HAYAN ACEPTADO DICHO RECONOCIMIENTO

Ya hemos contemplado que el Código Civil acepta expresamente la teoría del acto propio impidiendo al hijo que ha aceptado, expresa o tácitamente, el reconocimiento que pueda con posterioridad ejercer el derecho a repudiarlo y así dejar sin efecto la filiación establecida, lo que también alcanza a sus herederos cuando estos pueden ejercer la acción en caso de que se trate de un reconocido ya fallecido o que fallece siendo menor de edad o durante el transcurso del plazo que tenía para repudiar (arts. 192 y 193 CC).

No señala, sin embargo, la ley civil si se mantiene el derecho a repudiar de los herederos, en los casos ya indicados previstos en el art. 193 CC, cuando no es el hijo fallecido el que ha realizado el acto de aceptación, sino que son ellos mismos los que han desarrollado esa conducta.

Abeliuk se ha puesto en el caso, y al constatar la falta de norma legal, sostiene que “nos parece evidente que si los herederos aceptan el reconocimiento, no pueden posteriormente cambiar a la repudiación. No sería lógico y podrían aplicarse por analogía las normas sobre aceptación y repudiación de las herencias en las cuales, por lo demás, se inspira el art. 192.— En tal caso el art. 1234 del Código Civil, por regla general, no permite ‘rescindir’, esto es, dejar sin efecto la aceptación una vez efectuada”⁶⁵.

⁶³ López Mesa, M., ob. cit., pp. 187-190.

⁶⁴ Nos parece más adecuada la teoría del acto propio que la del “*nemo auditur*” ya que no es claro que en todo caso este tipo de reconocimiento sea ilícito o incluso inmorale. Muchas veces se hace como forma de proteger a la criatura y de acogerla como hijo.

⁶⁵ Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 106.

Y si se acepta la indivisibilidad de la facultad, bastará que uno de los herederos haya aceptado expresa o tácitamente para que todos queden impedidos de repudiar⁶⁶.

Por nuestra parte, estando de acuerdo con la conclusión, estimamos que ella queda mejor justificada si se aplica directamente (ya no por vía de texto normativo expreso) la doctrina de los actos propios. El heredero que hace acto de aceptación del reconocimiento del hijo fallecido realiza una conducta jurídicamente relevante y que objetivamente permite suscitar en terceros legítimas expectativas de la subsistencia de la determinación de la filiación. Sería contrario a la buena fe admitir que ese mismo heredero desarrolle una conducta incoherente con tal acto de aceptación como sería la pretensión de dejar sin efecto el reconocimiento mediante una repudiación.

Pero como la doctrina de los actos propios no supone la extinción del derecho, sino únicamente la inadmisibilidad de la pretensión, pensamos que en este caso, incluso aunque se sostenga la opinión de que el derecho de repudiar por los herederos es indivisible, la aceptación de uno de los varios coherederos no impediría la repudiación de los otros y sólo dejaría subsistente la de aquel que realizó el acto de aceptación previa.

⁶⁶ Así lo considera Somarriva, M., ob. cit., p. 438, para la repudiación de la legitimación por subsiguiente matrimonio pero cuya normativa se aplicaba al reconocimiento de filiación natural. En contra, se muestra Alessandri, A., ob. cit., p. 27, para el cual los herederos no necesitan proceder de consuno y unos pueden aceptar y otros repudiar. Para la nueva legislación, parece seguir la opinión de Somarriva (ya que la cita), Abeliuk, R., ob. cit., p. 106.

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL ÁMBITO LABORAL

ALFREDO SIERRA HERRERO

*Doctor en Derecho (Universidad de Santiago de Compostela)
Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Comercial
Universidad de los Andes*

I. ANTECEDENTES

Como es sabido, nuestra jurisdicción laboral recurre con frecuencia a “la teoría de los actos propios” para resolver distintas materias objeto de su conocimiento¹. Se persigue con ella declarar inadmisibles aquellas pretensiones de una persona –trabajador o empleador– que la sitúa en contradicción con una conducta anterior jurídicamente relevante, más allá de que dicha pretensión si fuera tomada en forma individual sea legítima y pueda ejercitarse². Según veremos, la importancia de su aplicación reside en que no sólo se considera para decidir sobre aspectos concernientes a un contrato de trabajo (p. ej. despidos, etc.), sino que también para concluir sobre la propia existencia o no de él.

Sobre este último punto, la jurisprudencia utiliza esta teoría para negar el carácter laboral de una relación de servicios que las partes han situado

¹ Vid. Tapia Guerrero, Francisco: “Trabajo subordinado y tutela de los derechos laborales”, en *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo* (edit. Marcelo Albornoz) (LexisNexis, Santiago, 2005) pp. 232; Caamaño Rojo, Eduardo: “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009, pp. 261 ss.; Ugarte Cataldo, José Luis: “La subordinación jurídica y jurisprudencia judicial: la flexibilidad laboral de los jueces”, en *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2008, núm. 1, pp. 90; Gumucio Rivas, Juan Sebastián, y Corvera Vergara, Diego: “Comentario a una jurisprudencia: La doctrina de los actos propios y el Derecho laboral”, en *Revista laboral chilena*, 2006, noviembre, pp. 72 ss.; Opazo M., Raimundo: “La doctrina de los actos propios en materia laboral”, en *Revista del Abogado*, 2008, núm. 43, p. 33.

² Vid. Borda, Alejandro: *La teoría de los actos propios* (LexisNexis, Buenos Aires, 2005) pp. 71 ss.

formalmente fuera del ámbito laboral, bajo el esquema del denominado contrato de honorarios. Se trata de personas que desarrollan funciones en una empresa, pero sin mediar contrato de trabajo –otorgando boletas de honorarios–, y una vez que se pone término a esta situación, aquéllas reclaman la naturaleza laboral de sus servicios.

II. ANTICIPO DE JURISPRUDENCIA

Se puede señalar que a partir de 2004³, nuestros tribunales superiores comienzan a incorporar de forma sistemática en sus consideraciones la teoría precitada con la finalidad de desestimar la pretensión del “supuesto” trabajador, tendente a que se declare el carácter laboral de su vínculo con la empresa. Su inclusión como argumento clave de esta jurisprudencia, se explica conforme al razonamiento de que no resulta lógico que una persona que mantiene durante un cierto tiempo una relación de naturaleza civil, una vez que ésta finaliza, solicite que en realidad se trataba de un vínculo laboral. Pues se entiende que ha aceptado el carácter civil de dicha relación con sus respectivas consecuencias, por no haber formulado reclamo alguno en tal sentido durante un extenso período⁴.

De este modo, se considera que el supuesto trabajador persigue desconocer un vínculo civil o comercial con el objetivo de “obtener beneficios improcedentes que derivarían de una relación de naturaleza distinta (laboral) a la aceptada y fijada por los contratantes”⁵; tales como “el pago de remuneraciones mediante las respectivas liquidaciones de sueldos (...), el cobro de horas extraordinarias, cotizaciones previsionales y de salud y otros beneficios laborales y previsionales”⁶. Dicho comportamiento, se entiende “incoherente”, y, por ende, contrario a “la buena fe”; principio del cual se encuentra imbuido no sólo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico⁷.

Se añade asimismo que este criterio tiene mayor justificación en caso de un profesional, con buen grado curricular, toda vez que no se encuentra en situación de desigualdad frente a su empleador, ya que éste no puede imponerle condiciones no deseadas; es más, se considera que el profesional puede plantear las propias, amparado, además, por la legislación laboral⁸.

En síntesis, la jurisprudencia analizada podría resumirse en que la aplicación de la teoría en cuestión conlleva la exclusión del ámbito laboral

³ *Vid.* SCAP Santiago 28 abril 2004 (Rol 1252-2003).

⁴ SCAP Concepción 21 junio 2007 (Rol 3539-2006). En el mismo sentido, *vid.* SSCS 31 diciembre 2008 (Rol 7178-2008); 25 enero 2007 (Rol 5316-2005); 10 diciembre 2007 (3906-2006); 4 noviembre 2008 (Rol 5129-2008).

⁵ SCS 20 diciembre 2006 (Rol 2450-2005).

⁶ SCAP Concepción 18 octubre 2007 (Rol 146-2007).

⁷ SCS 17 octubre 2007 (Rol 5687-2006).

⁸ SCAP Concepción 21 junio 2007 (Rol 3539-2006).

de una relación de servicios, basándose en la actitud de conformidad de quien presta su trabajo, en orden a que éste se enmarque bajo el esquema de un contrato civil o mercantil. Es decir, se comprende que si las partes no reclaman de la calificación “formal” de un vínculo, no resulta lícito efectuarlo con el transcurso de un tiempo determinado.

III. EXAMEN CRÍTICO

1. PRINCIPAL DERECHO IRRENUNCIABLE: LA CALIFICACIÓN “LABORAL” DE UN VÍNCULO

Si bien la teoría del acto propio puede admitirse en el Derecho del Trabajo (*infra* IV) –como sucede desde hace un tiempo en Derecho comparado⁹–, su aplicación a supuestos laborales debe efectuarse con sumo cuidado, dado el principio de irrenunciabilidad que rige en este ámbito (cfr. art. 5 CdT)¹⁰. Podríamos afirmar que existe uniformidad en los distintos ordenamientos en cuanto a consagrar la regla de la indisponibilidad de los derechos laborales¹¹ –a la que incluso se le reconoce el carácter de principio general¹²– y cuya finalidad consiste en evitar las renunciaciones hechas por el trabajador en su propio perjuicio, presumiblemente forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social¹³.

En este sentido, el derecho irrenunciable por excelencia del Derecho del Trabajo consiste precisamente en que una relación se califique como “laboral” si se cumplen los presupuestos legales para ello. Nuestros propios tribunales superiores así lo han reconocido: “el hecho que las partes hayan acordado un contrato civil de prestación de servicios a honorarios, no puede significar un desconocimiento a lo estatuido por el legislador en el artículo 5° del Código del Trabajo en cuanto dispone que los derechos consagrados por las leyes laborales son irrenunciables, (...) lo que significa que ningún acuerdo bilateral puede violar, privar o perturbar los derechos de los trabajadores, relativos al contrato de trabajo, en cuanto regula servicios personales prestados bajo dependencia y subordinación”¹⁴; y es que –se añade– la relación laboral debe estar

⁹ Quirós Lobo, José-Mario: *Los principios generales de derecho en la doctrina laboral* (Aranzadi, Pamplona, 1984) pp. 47 ss.

¹⁰ Borda, *op. cit.*, p. 174.

¹¹ Cfr. arts. 3.5 y 3.1.c Estatuto de los trabajadores (España); art. 12 Ley de contrato de trabajo (Argentina); art. 5, XIII Ley federal del trabajo (México); art. 444 *Consolidação das leis do trabalho* (Brasil).

¹² Vid. Diéguez Cuervo, Gonzalo, y Cabeza Pereiro, Jaime: *Derecho del Trabajo* (Marcial Pons, Madrid, 2003) pp. 130 ss.

¹³ De la Villa Gil, Luis Enrique: “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en *Revista de Política Social*, 1970, núm. 85, pp. 25-26.

¹⁴ SCAP Antofagasta 26 julio 2007 (Rol 124-2007).

“protegida por el Estado para resguardar los derechos básicos mínimos de los trabajadores en orden a (...) fijar salarios mínimos, asignaciones familiares y de seguridad social, (...) para cubrir los riesgos sociales de cesantía, invalidez, enfermedades, casos fortuitos, vejez, etc.”¹⁵.

Un sector de la doctrina señala, en tal dirección, que la teoría de los actos propios es de plena aplicación a los trabajadores, en cuanto no implique disposición o renuncia de derecho legal o convencional reconocido¹⁶. Cabe recordar que esta teoría requiere que el hecho invocado reúna, al menos, las circunstancias siguientes: a) eficacia y validez en derecho; b) que sea manifestación espontánea, libre y clara; c) que tenga por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica obligacional; d) que se oponga a una acción anterior realizada por su autor; e) que haya nexo claro entre el acto anterior y la pretensión posterior¹⁷. Si los actos del trabajador implican renuncia de derechos no disponibles, esta teoría no puede tener aplicación por la falta de concurrencia de la circunstancia a), por cuanto tal acto no es eficaz ni válido al contravenir el art. 5° CdT¹⁸.

No parece acertado entonces concluir que si un supuesto trabajador se ha allanado en mantener un vínculo formal de carácter civil o comercial, no puede transcurrido un tiempo reclamar la laboralidad de aquél, pues ello implicaría reconocer a la “actuación” de las partes una trascendencia tal que puede modificar la calificación jurídica de un contrato. Y, como se sabe, en Derecho “los contratos son lo que son no lo que se dicen que son”¹⁹; lo que se ratifica en disciplinas como p. ej. el Derecho Comercial donde se reconoce que el principio de la autonomía de la voluntad no tiene intervención alguna para determinar si el acto es civil o comercial, por cuanto, aunque los contratantes “convengan expresamente en que el acto sea mercantil, no adquirirá ese carácter si no es de aquellos que la ley considera tales”, ya que lo contrario “significaría, en buenas cuentas, dejar a la elección de ellas la legislación aplicable al acto”²⁰.

Por consiguiente, si este criterio se observa en materia mercantil, como mayor razón procede en un orden como la laboral, donde uno de sus aspectos básicos consiste en la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Siendo el primero de estos derechos, el que se califique como “laboral” una relación cuando corresponda legalmente, toda vez que todos los demás (p. ej. ingreso mínimo, limitación de jornada, horas extraordinarias, etc.) no podrían tener aplicación sin dicha determinación previa.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Quirós, *op. cit.*, pp. 51 ss.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 50.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 50-51. En el mismo sentido, *vid.* Ugarte, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹ Luján Alcaraz, José: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994) pp. 95 ss.

²⁰ Sandoval López, Ricardo: *Derecho Comercial* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007) t. I, vol. 1, p. 50.

2. NO EXISTE CONTRADICCIÓN DE CONDUCTAS: LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO NO SE INCUMPLE

a) El empleador es el primer responsable de la calificación laboral

A nuestro entender, en un primer momento calificar una relación como laboral –cumpliéndose los requisitos legales– y, por ende, darle el tratamiento de tal, corresponde al empleador. Ello se deduce de distintas normas de CdT, como sucede con el art. 9 que no obstante disponer que el contrato de trabajo es consensual, obliga al “empleador” a que conste “por escrito” dentro de plazo de quince días de incorporado el trabajador en la empresa²¹ (de lo contrario, se sanciona con multas), y además se presume “legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”.

En la misma dirección, apunta la llamada “presunción de laboralidad”²² (cfr. art. 8° CdT), que es el fundamento de un gran número de sentencias que determinan el carácter laboral de una relación cuya naturaleza ha sido discutida, en particular cuando se ha celebrado un negocio jurídico cualquiera –habitualmente un contrato de honorario– en el que se deja constancia que no es de “trabajo”²³. Buen ejemplo de la implementación de dicha presunción en esa línea, se contempla en la Ley de contrato de trabajo argentina, núm. 20.744, según la cual aquella “operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato” (inc. 2° art. 23 LCT)²⁴. Y es que la relación laboral puede surgir no a través de palabras pronunciadas o escritas, sino por un comportamiento concluyente de las personas implicadas: la conducta del trabajador realizando un servicio subordinado y por cuenta de otro, y la conducta del empleador aceptado el servicio y remunerándolo, todo lo cual es suficiente para que se dé ese contrato de trabajo tácito, que tiene los mismos efectos que el celebrado verbalmente o por escrito²⁵.

Por tales motivos, el empleador tiene que ser precavido cuando contrata servicios de “personas” con un formato distinto al laboral, en orden a que no correspondan en realidad a tareas subordinadas laboralmente,

²¹ En caso de contratos de obra o servicio determinado, el contrato debe constar por escrito dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador en la empresa (cfr. art. 9 CdT).

²² Vid. Luján Alcaraz, José: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994) pp. 263 ss.

²³ Vid. Thayer Arteaga, William, y Novoa Fuenzalida, Patricio: *Manual de Derecho del Trabajo* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003) t. III, pp. 70-71. En este sentido, vid. SSCS 29 octubre 2008 (Rol 5295-2008); 10 noviembre 2003 (Rol 3708- 2003); 4 septiembre 2001 (Rol 3251-2001).

²⁴ Vid. Grisolia, Julio Armando: *Manual de Derecho Laboral* (LexisNexis, Buenos Aires, 2008) pp. 113 ss.

²⁵ Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín; García Murcia, Joaquín: *Derecho del Trabajo* (Tecnos, Madrid, 2006) p. 462.

ya que de no ser así, tendrá que asumir una serie de responsabilidades y sanciones. Se advierte entonces que en contra del empleador apunta en buena parte esta presunción, pues los efectos negativos de una declaración laboral del vínculo irán en su perjuicio, y no de su contraparte^{26 27}; y es que quien contrata debe conocer los derechos que puede exigir el que le presta servicios²⁸.

b) El trabajador no contradice su comportamiento

Si consideramos que en el empleador recae la obligación de dar tratamiento laboral a una relación que tenga tal naturaleza, es posible deducir a su vez que la teoría de los actos propios no es aplicable tampoco en los supuestos detallados previamente. En efecto, el requisito de dicha teoría consistente en que exista una pretensión que se oponga a una acción realizada por su autor con anterioridad no se produciría. Recordemos que la jurisprudencia estimaba contraria a la doctrina mencionada, la reclamación de la naturaleza laboral de una prestación de servicios que se habían formalizado civil o mercantilmente y que se había conservado así durante un tiempo. Pues bien, no existiría contradicción de conductas, toda vez que haber mantenido esos servicios excluidos del orden laboral no era una decisión que correspondía a su prestador –supuesto trabajador– sino a quien los recibía –supuesto empleador–; de modo que si el primero efectúa la reclamación indicada no sería opuesta a una conducta que no le era atribuible.

En algunas sentencias se señalaba que no resultaba razonable que un profesional no hubiera requerido nunca la formalización del contrato de trabajo, pues está en cierto grado de igualdad para negociar su situación contractual. Pero tal exigencia sería contraria a los presupuestos básicos del Derecho del Trabajo, ya que haría depender la calificación jurídica de una relación laboral de los posibles esfuerzos de convencimiento del dependiente hacia su empleador en tal sentido²⁹; volveríamos a la idea de que dicha calificación dependería del *nomen iuris* que le den las partes, cuestión que concluíamos no era factible (*supra* III,1).

²⁶ Vid. Fernández Márquez, Oscar: *La forma en el contrato de trabajo* (Consejo económico social, Madrid, 2002) p. 108.

²⁷ En este mismo orden pueden citarse las disposiciones que persiguen sancionar al empresario que pretende no hacer las veces de tal, y pone en su lugar a un tercero, el denominado en doctrina comparada “empresario aparente” (cfr. art. 478 y 183 A CdT). Para un estudio de esta materia; vid. Martínez Girón, Jesús: *El empresario aparente* (Civitas, Madrid, 1992) pp. 31 ss.

²⁸ Tapia, *op. cit.*, p. 233.

²⁹ En este orden, Rojas sostiene que en muchos casos parece más habitual que el empleador imponga un tipo de contrato distinto al de “trabajo” –buscando aminorar costos laborales y disminuir su nivel de responsabilidad–, respecto del que el trabajador sólo podrá cuestionar su configuración jurídica una vez que termine la vigencia de la relación; vid. Rojas Miño, Irene: *Manual de Derecho del Trabajo* (LexisNexis, Santiago, 2004) p. 31.

c) La buena fe y las fronteras del ámbito laboral

El aspecto clave de la doctrina de los actos propios es el respeto a la buena fe³⁰. Se ha señalado así que los tribunales han acogido esta doctrina para desestimar pretensiones contradictorias del prestador del servicio, que “romperá la buena fe” para acudir a la figura del contrato de trabajo³¹. Tal conclusión no nos parece acertada, porque veíamos que tal contradicción no se produce en la realidad, de modo que no se afectaría entonces la teoría en análisis.

Por su parte, la calificación “laboral” de un contrato, es una cuestión que debe deducirse de antecedentes “objetivos”; esto es, que se trate básicamente de “servicios personales” prestados bajo “dependencia y subordinación” (cfr. arts. 7 y 8 CdT). Si se constatan dichos presupuestos resultará suficiente para colegir la existencia de un contrato de trabajo; y, por tanto, parece apresurado afirmar que si el trabajador solicita tal calificación sería contrario a la buena fe, toda vez que la otra cara de la medalla, sería sostener que el empleador no ha actuado correctamente al haber mantenido esa relación excluida del ámbito laboral, al cual legalmente debía adscribirse. Suele ocurrir p. ej. que el empleador de una trabajadora de casa particular afirma no haber suscrito el contrato de trabajo porque la misma le habría solicitado –por distintos motivos– no hacerlo, pero luego el primero se sorprende con una reclamación de la trabajadora en sede laboral. Si lo analizamos desde la perspectiva de la buena fe, sin considerar las normas atinentes al caso, diríamos que, en principio la trabajadora no ha actuado correctamente pues ha transgredido la confianza del empleador; y cabría, por tanto, la observancia de los actos propios. Pero a su vez ese empleador no ha cumplido con su obligación legal de dar tratamiento laboral a dicha relación, que sabemos está fuera del alcance de las partes; de modo que en estricto rigor si la trabajadora insistía en no celebrar un contrato de trabajo, el empleador tendría que haber desestimado esa forma de contratación que ella le sugería, toda vez que no procedía legalmente.

Sin duda muchas veces no resulta sencillo la calificación laboral de una relación de servicios, sobre todo de aquellas que se sitúan en las fronteras del contrato de trabajo, en las llamadas “zonas grises” del Derecho del Trabajo³². A este respecto, Luján señala que la pertenencia de una relación de servicios a ese umbral en el que su naturaleza jurídica se difumina y se confunde el contrato de trabajo con los restantes modelos que el ordenamiento ofrece para el intercambio de trabajo por su precio, se presenta

³⁰ Borda, *op. cit.*, p. 57.

³¹ Opazo, *op. cit.*, p. 33.

³² Martín Valverde, Antonio: “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, núm. 38, p. 21.

como un problema contingente en función del tiempo y del espacio; ni las zonas grises del contrato de trabajo coinciden en todos los países, ni en cada país son las mismas durante mucho tiempo³³. Este autor concluye que la expansión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo se produce en oleadas que resultan de un doble proceso de clarificación de zonas grises que pasan a engrosar sus filas y de ocupación del espacio dejado libre por nuevas relaciones hasta entonces más alejadas³⁴.

En esta situación se encuentra el profesional liberal³⁵ que si bien en el estadio actual de desarrollo de Derecho del Trabajo puede comprometer sus servicios “laboralmente”, se trata de una posibilidad no exenta de dificultades³⁶; según es posible advertir de las sentencias analizadas en este trabajo (*supra* II, *infra* III, 3). Consecuencia de esta dificultad, es habitual observar cómo la jurisprudencia en supuestos semejantes ha optado por soluciones opuestas, en unas, reconociendo la naturaleza laboral, en otras, negándola. Ciertamente, algunos de estos casos se encuentran excluidos del ámbito laboral, pero ello debe deducirse ciñéndose al análisis de los indicios de la laboralidad, en particular la dependencia y subordinación³⁷; sin que sea posible recurrir a la teoría del acto propio, al menos como lo ha hecho la jurisprudencia antes analizada (*supra* III).

3. AUSENCIA DE UNIFORMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Cabe apuntar que si siguiéramos la teoría del acto propio, debiera concluirse lo mismo en supuestos semejantes –prestador de servicios (profesional) a honorarios durante un tiempo, que después alega la laboralidad de la relación–, sin embargo no ha sido así, pues existe abundante jurisprudencia coetánea a la que ha sido objeto de nuestro análisis, que precisamente acepta la petición del supuesto trabajador que también posee un título profesional.

Se afirma en ese sentido que, respecto de las relaciones de servicios profesionales, como no resulta sencillo “determinar su verdadera naturaleza, especialmente cuando las partes (...) pretenden acordar algo, que en definitiva en los hechos no se ve reflejado”³⁸, en materia laboral más que considerar “la expresión de voluntad de la partes hay que ir a la forma como materialmente se establece la relación”³⁹; de esta manera,

³³ Luján, *op. cit.*, pp. 263 ss.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 263 ss.

³⁵ Sobre la noción de “profesión liberal”, *vid.* Luján, *op. cit.*, pp. 440 ss.

³⁶ Luján, *op. cit.*, pp. 443-444.

³⁷ Justamente la jurisprudencia anterior a que la incorpora la doctrina de los actos propios cuando descartaba el carácter laboral de un vínculo, centrándose exclusivamente en el análisis de las notas de la laboralidad, en particular la dependencia o subordinación; *vid.* SSCS 12 septiembre 2002 (Rol 1997-2002); 13 junio 2002 (Rol 840-2002); 19 diciembre 2002 (Rol 3642-2002); 11 julio 2002 (Rol 1901-2002); 27 octubre 2003 (Rol 3174-2003).

³⁸ SCAP Concepción 27 julio 2006 (Rol 4565-2005).

³⁹ *Ibid.*

se colige que a pesar de haberse suscrito “un contrato a honorarios, su denominación no puede cambiar la naturaleza de los servicios ni se puede desconocer que la relación jurídica corresponda a un contrato de trabajo”⁴⁰. Debe destacarse que, como indicábamos, estas sentencias se refieren a profesionales, lo que pone de manifiesto que en estos casos se podría haber aplicado el criterio de los actos propios, y haberse determinado su exclusión del ámbito laboral.

Con todo, existen igualmente fallos que tratan de supuestos donde el trabajador no es un profesional, y en ese esquema la decisión suele ser más categórica en orden a incluir sus tareas en el ámbito laboral; se señala así p. ej. que los servicios de “locutor de taxi y telefonista no requieren especialización alguna, sino que obedecen a los que típicamente se desarrollan bajo subordinación y dependencia”, y por ello se concluye que “más allá de las formas del contrato o la denominación que le den las partes, los términos del vínculo de autos responden a los supuestos contemplados en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo”⁴¹.

De acuerdo a la jurisprudencia de este apartado, resulta evidente que no existe uniformidad en la aplicación de esta teoría. No es posible señalar, por tanto, que su aplicación responde al cumplimiento de algunos presupuestos –p. ej. que se trate de profesionales que cumplan ciertas características–, que demuestren la solidez de los considerandos que recurren a aquélla; más bien, todo lo contrario, confirma nuestra posición de que no parece acertado tenerla en cuenta para resolver esta clase de asuntos.

IV. EJECUCIÓN Y TÉRMINO DEL CONTRATO

Durante la ejecución de un contrato de trabajo un principio básico que deben respetar las partes es la buena fe⁴². Ciertamente, la doctrina de los actos propios es una expresión de este principio general, que impone el deber de proceder con rectitud y honradez en las relaciones jurídicas⁴³. De este modo, esta doctrina puede ser aplicada contra actuaciones de empleadores⁴⁴ como también de trabajadores; se ha reflejado así, por

⁴⁰ Sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (Rol 654-2002). Confirmada por SCAP Santiago 30 mayo 2005 (Rol 5352-2004).

⁴¹ SCS 29 octubre 2008 (Rol 5295-2008). En el mismo sentido, *vid.* SCAP Rancagua 3 julio 2003 (Rol 3101-2003); SCAP Concepción 9 julio 2007 (Rol 3714-2006).

⁴² *Vid.* García Viña, Jordi: *La buena fe en el contrato de trabajo* (Consejo Económico y Social, Madrid, 2001) pp. 19 ss; Martínez Girón, Jesús; Arufe Varela, Alberto; Carril Vázquez, Xosé Manuel: *Derecho del Trabajo* (Netbiblo, A Coruña, 2004) pp. 261.

⁴³ Borda, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴⁴ En contra de un empleador, se ha considerado la doctrina del acto propio para determinar el carácter indefinido o temporal de una relación laboral. El caso particular se refería al problema típico de si una seguidilla de contratos por obra o faena sin solución de continuidad, pero mediando los finiquitos entre ellos, podía igualmente estimarse como una relación indefinida

lo demás, en nuestra jurisprudencia donde se ha considerado en una u otra posición.

En contra de trabajadores, se presenta un caso ilustrativo que nos parece la Corte de Concepción resuelve correctamente. Se trataba del gerente de una empresa que demanda su despido indirecto por incumplimiento grave de obligaciones de su empleador, consistente principalmente en el no pago de cotizaciones previsionales⁴⁵. El problema resultaba contradictorio, pues como sostenía la otra parte, dicho “gerente (...), con las facultades del artículo 237 del Código de Comercio, debía administrar prudentemente la empresa por cuenta de su mandante”, y dentro de sus obligaciones “se encontraba el pago de las remuneraciones y de las cotizaciones previsionales y de salud de los empleados, incluyendo las propias, (...) y mal puede alegar ahora su deuda ya que ello significaría aprovecharse de su propio dolo”. Siguiendo este razonamiento, la Corte determina que “el demandante ha contradicho su conducta anterior que le es vinculante y no puede pretender que se le integren las cotizaciones previsionales, cuando voluntariamente no cumplió con enterarlas en las oportunidades legales”; y es que “nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza, habiendo creado o contribuido a crear dicha situación”⁴⁶.

Por consiguiente, si una persona ha creado para otra una confianza fundada –conforme a la buena fe– en una determinada conducta futura, manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior, no debe defraudar dicha confianza^{47 48}; como sería quien –gerente– no cumple sus funciones y posteriormente imputa dicho incumplimiento, para obtener un provecho económico, a un tercero –la empresa–. En este caso, es

(por variadas razones). Frente al reclamo de varios trabajadores, la empresa como argumento de defensa cita la doctrina de los actos propios –*infra* nota 46–, pero la Corte de Rancagua decide finalmente aplicarla en su contra, dando muestra –como afirma el propio Tribunal– de “cuán relativa” es la observancia de esta teoría en el ámbito laboral. En este sentido, la Corte parte de la premisa de que no es “fácil destruir el mérito de los finiquitos, precisamente por tratarse de actos propios”, pero como el trabajador siguió laborando sin solución de continuidad durante años, el valor como prueba de los finiquitos desaparece, pero esta vez “por los actos propios del empleador”; *vid.* SCAP Rancagua 14 abril 2008 (Rol 261-2007).

⁴⁵ SCAP Concepción 19 mayo 2005 (Rol 152-2005).

⁴⁶ En la misma dirección, en caso en que desestima la demanda de un trabajador de nulidad de despido (fundada en el no pago íntegro de sus cotizaciones previsionales), pues se entiende que a él –en su calidad de contador auditor de la empresa– era a quien correspondía haber retenido y el enterado tales cotizaciones; y es que si ello no se efectuó, se debió a “su propia conducta anterior”; *vid.* SCAP Concepción de 14 agosto 2002 (Rol 1294-2002), cit. Romero Seguel, Alejandro: *Curso de Derecho procesal civil* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006) t. I, p. 75.

⁴⁷ Díez-Picazo, Luis: *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Bosch, Barcelona, 1963) p. 142.

⁴⁸ La teoría de los actos propios ha tenido aplicación contra aquellos trabajadores que firmando un finiquito posteriormente han intentado restarle validez; *vid.* SCS 26 abril 2007 (Rol 3168-2005). Asimismo, en contra de un trabajador que pretende hacer valer un finiquito que queda sin efecto porque las partes deciden prorrogar posteriormente la duración del contrato; *vid.* SCAP, Santiago 1º octubre 2008 (Rol 32-2008). En materia de despido; *vid.* SCS 27 octubre 2004 (Rol 3991-2004).

evidente que la teoría de los actos propios resultó ser una herramienta útil para resolver este asunto de manera correcta, toda vez que puso de manifiesto la contradicción en el actuar del trabajador, opuesta a todas luces a la buena fe contractual⁴⁹.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª) La teoría de los actos propios puede aplicarse en el ámbito laboral, en cuanto no implique disposición o renuncia de derecho legal o convencional reconocido. El derecho irrenunciable por excelencia del Derecho del Trabajo consiste precisamente en que una relación se califique como “laboral” si se cumplen los presupuestos legales para ello. No se puede concluir entonces –como lo hace cierta jurisprudencia– que si un supuesto trabajador se ha allanado en mantener un vínculo formal de carácter civil o comercial, no puede transcurrido un tiempo reclamar la laboralidad de aquél, pues ello implicaría reconocer a la “actuación” de las partes una trascendencia tal que puede modificar la calificación jurídica de un contrato.

2ª) Sin perjuicio de lo anterior, cabe sostener que si se produce el reclamo mencionado, tal proceder no sería contrario a la teoría de los actos propios, por no existir contradicción de conductas, toda vez que haber mantenido esos servicios excluidos del orden laboral no era una decisión que correspondía a su prestador –supuesto trabajador– sino a quien los recibe –supuesto empleador–; de modo que si el primero efectúa dicha reclamación no sería opuesta a una conducta que no le era atribuible.

3ª) La teoría del acto propio es utilizada por la jurisprudencia para decidir sobre distintos aspectos referidos a la relación laboral ya constituida; en algunos supuestos contra el trabajador y, en otros, contra el empleador. En el primero de los casos, existen sentencias que han resuelto correctamente no acoger la pretensión de un trabajador que incumple sus funciones y posteriormente imputa dicho incumplimiento a un tercero –la empresa–, con miras a obtener un beneficio económico. Esto muestra que esta teoría puede ser utilizada correctamente en ciertos asuntos para solución de controversias laborales.

⁴⁹ Por tales motivos, no parecen acertadas iniciativas legislativas que pretenden dejar sin efecto la aplicación de la teoría del acto propio en el ámbito laboral, pues, como veíamos, ésta viene a ser una manifestación del principio de buena fe contractual. Si bien hemos advertido que en materia de la calificación de una relación laboral, los tribunales superiores no la han aplicado correctamente (*supra* III), no se trata de un problema de la teoría en sí, sino de su utilización en cuestiones donde no correspondía hacerlo; *vid.* Proyecto de ley que “Prohíbe la aplicación de la teoría del acto propio, en contra de los derechos establecidos por las leyes laborales”, núm. boletín: 6294-13, fecha de ingreso: miércoles 17 de diciembre, 2008.

