

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La doctrina de los actos propios en el derecho
contractual en el Perú

Tesis para obtener el grado académico de Doctora
en Derecho que presenta:

Mónica Cecilia O'Neill de la Fuente

Asesor

Reynaldo Bustamante Alarcón

Lima, 2021



A Alfredo
A Mariano
A ustedes, papi y mami

AGRADECIMIENTOS

Gracias, Pontificia Universidad Católica del Perú por haberme formado como persona, como ciudadana y como profesional.

Gracias, Jorge Avendaño V., sé que estarías orgulloso de este trabajo.

Gracias, Universidad del Pacífico, por haber apoyado este proyecto de investigación.

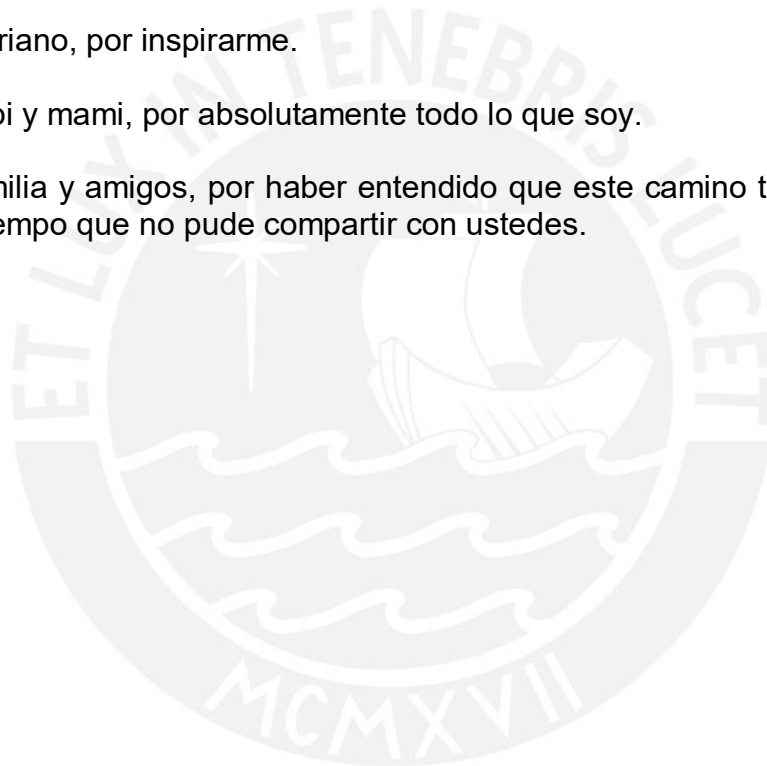
Gracias, Reynaldo, por tus consejos y por tu generosidad.

Gracias, Alfredo, por haber hecho de este sueño mío, un sueño nuestro.

Gracias, Mariano, por inspirarme.

Gracias, papi y mami, por absolutamente todo lo que soy.

Gracias, familia y amigos, por haber entendido que este camino toma un buen tiempo, el tiempo que no pude compartir con ustedes.



RESUMEN

En esta tesis doctoral la autora responde la pregunta dirigida a definir qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho de Contratos en el Perú. Su objetivo al elaborar este aporte fue no solamente reunir las principales posiciones teóricas sobre la estructura y consecuencias de la doctrina de los actos propios, sino además contrastar dichas posturas con numerosos casos prácticos.

La hipótesis que plantea se desarrolla en cinco capítulos, para concluir que la doctrina de los actos propios es un principio de derecho derivado del principio de la buena fe, aplicable para impedir que un sujeto actúe de manera incoherente con una conducta anterior, cuando de esta deriva confianza en otro sujeto que merece protección, por haber asumido razonablemente que no habría variación en el sentido de dicha conducta.

La doctrina de los actos propios es crucial para garantizar operaciones contractuales seguras, pues protege las expectativas razonables generadas por la conducta de las partes en determinado sentido, cuando se ven defraudadas por la contradicción no justificada en el pacto o en la ley.

Palabras clave: actos propios, buena fe, coherencia en el actuar, conducta contradictoria, conducta vinculante, *estoppel*, confianza legítima, identidad de sujetos, principios de derecho, *venire contra factum proprium*.

ABSTRACT

In this dissertation, the author defines and explains the own acts doctrine under Contract Law in Peru. The objective is not only to gather the main theoretical opinions on the structure and consequences of the own acts doctrine, but also apply them to a variety of real-world cases.

The dissertation's hypothesis is developed in five chapters, to conclude that the own acts doctrine is a principle of law derived from the principle of good faith. It is applied to prevent a subject from acting in a manner that is incoherent with a previous action, when a second subject is deserving of protection as they have assumed there will not be a variation in the original subject's behaviour.

The doctrine is crucial in guaranteeing safe contractual operations. It protects reasonable expectations generated by the behaviour of the parties involved in the contract, when these are unfulfilled due to a contradiction that is not justified in the contract or the law.

Keywords: own acts, good faith, behavioural coherence, contradictory conduct, binding conduct, *estoppel*, legitimate trust, subject identity, principles of law, *venire contra factum proprium*.

ÍNDICE

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL DERECHO DE CONTRATOS EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: ACERCAMIENTO A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS A PARTIR DE SUS ALCANCES HISTÓRICOS, DE LA TEORÍA DEL ESTOPPEL Y DE LA LEX MERCATORIA	16
1.1 Introducción. La importancia de no contradecirse	16
1.2 Evolución histórica de la doctrina de los actos propios	19
1.2.1 La doctrina de los actos propios en el Derecho Romano	19
1.2.2 La doctrina de los actos propios en el Derecho Medieval	21
1.2.3 La doctrina de los actos propios en el Derecho Moderno	23
1.2.4 La doctrina de los actos propios en el Derecho Contemporáneo	24
1.3 Aportes desde el <i>common law</i> a los problemas derivados de la inconsistencia en el actuar durante la ejecución de los contratos. La doctrina del <i>estoppel</i>	28
1.3.1 <i>Promissory estoppel</i>	30
1.3.2 <i>Estoppel by representation</i>	33
1.4 La doctrina de los actos propios bajo la perspectiva de la <i>lex mercatoria</i>	36
1.4.1 Los Principios UNIDROIT	40
1.4.2 Los Principios Trans-Lex	47
1.4.3 <i>Draft Common Frame of Reference (DCFR)</i>	48
1.4.4 La Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías ..	49
1.4.5 Las cortes arbitrales bajo la <i>lex mercatoria</i>	51
1.5 Casos en materia comercial internacional en los que se analiza la doctrina de los actos propios	52
1.5.1 Casos que amparan la invocación de la doctrina de los actos propios	54
1.5.2 Casos que no amparan la invocación de la doctrina de los actos propios	83

1.6 Resultado de la invocación de la doctrina de los actos propios en los casos seleccionados	103
1.7 Ideas finales.....	111

CAPÍTULO II: APORTES FILOSÓFICOS PARA DETERMINAR SI LA ESENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS CORRESPONDE A UN PRINCIPIO O A UNA REGLA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE **113**

2.1 Introducción. La coherencia como base de la interacción	113
2.2 Concepciones del Derecho. “Funcionalismo jurídico”	115
2.3 Iusnaturalismo y positivismo a partir del constitucionalismo	118
2.4 Positivismo incluyente o inclusivo. Positivismo excluyente o exclusivo	121
2.4.1 Positivismo jurídico exclusivo	122
2.4.2 Positivismo jurídico inclusivo	122
2.4.3 Positivismo ético o normativo	123
2.5 A propósito de los principios y reglas	131
2.6 Diferencia entre principios y reglas	136
2.7 La buena fe como antídoto para las conductas oportunistas	144
2.8 Evolución del concepto de buena fe	146
2.9 La noción de buena fe en el Derecho peruano	150
2.10 La buena fe en el <i>common law</i>	154
2.11 La buena fe emana de un principio de derecho	158
2.12 Exclusión de la buena fe	163
2.13 La doctrina de los actos propios. ¿Principio o regla?	170
2.13.1 Doctrina de los actos propios como regla de derecho	173
2.13.2 Doctrina de los actos propios como principio de derecho	175
2.13.3 La doctrina de los actos propios es un principio de derecho	175
2.14 Ideas finales	181

CAPÍTULO III: DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: REQUISITOS PARA OPERAR Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN 183

3.1	Introducción. La doctrina de los actos propios como expresión del deber de coherencia	183
3.2	Normas que reconocen el deber de coherencia	186
3.2.1	Primer nivel.- reglas que llevan implícito el deber de coherencia	187
3.2.2	Segundo nivel.- el deber de coherencia en la doctrina de los actos propios.....	193
3.3	Presupuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios ..	194
3.3.1	Conducta relevante, inequívoca y objetiva	194
3.3.1.1	Conducta vinculante bajo el prisma de la buena fe objetiva.....	194
3.3.1.2	Funciones de la buena fe en la doctrina de los actos propios.....	199
3.3.1.3	Frecuencia de la conducta vinculante	201
3.3.1.4	Legalidad de la conducta vinculante	203
3.3.1.5	Validez de la conducta vinculante	204
3.3.1.5.1	Conducta derivada de un contrato anulable por error	204
3.3.1.5.2	Conducta derivada de un contrato anulable por dolo	212
3.3.1.5.3	Conducta derivada de un contrato nulo	212
3.3.2	Conducta ulterior de carácter contradictorio.....	234
3.3.3	Identidad de sujetos	241
3.3.3.1	Identidad de sujetos en la sucesión.....	242
3.3.3.2	Identidad de sujetos en la representación.....	244
3.3.3.3	Contrato a favor de tercero.....	246
3.3.3.4	Identidad de sujetos en las personas jurídicas.....	247
3.3.3.5	Identidad de sujetos en el Estado.....	252
3.4	Consecuencias de la aplicación de la doctrina de los actos propios ...	260
3.4.1	Limitación o extinción de derechos	262
3.4.2	Las obligaciones naturales y la doctrina de los actos propios... ..	267
3.4.3	Indemnización por daños y perjuicios	269
3.5	Posibilidad de pactar en contra de la doctrina de los actos propios ...	273
3.6	La doctrina de los actos propios como mecanismo de acción o de defensa	275

3.7 Sobre la aplicación de oficio de la doctrina de los actos propios	277
3.8 Ideas finales.....	279

CAPÍTULO IV: LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE RECHAZAN LA INCOHERENCIA EN EL ACTUAR 281

4.1 Introducción. Distinguir para fortalecer	281
4.2 Diferencias entre la doctrina de los actos propios y otras categorías jurídicas	281
4.2.1 Categorías jurídicas negociales	283
4.2.1.1 Negocio jurídico	283
4.2.1.2 Modificación de los negocios jurídicos	288
4.2.1.3 Conducta interpretativa	299
4.2.1.4 Renuncia de derechos	305
4.2.1.5 Silencio y manifestación de voluntad	310
4.2.2 Categorías jurídicas no negociales	319
4.2.2.1 Abuso del derecho	319
4.2.2.2 Prescripción extintiva y <i>verwirkung</i>	323
4.2.2.3 Doctrina de la protección de la apariencia	328
4.3 La doctrina de los actos propios es una herramienta residual	333
4.4 Análisis de la doctrina de los actos propios mediante algunos casos prácticos	336
4.4.1 Primer caso: cesión de derechos de empresa insolvente	336
4.4.2 Segundo caso: construcción de central hidroeléctrica	341
4.4.3 Tercer caso: operación de <i>factoring</i>	344
4.5 Ejemplos de uso irreflexivo de la doctrina de los actos propios	347
4.6 <i>Test</i> con preguntas sugeridas para determinar la aplicación de la doctrina de los actos propios en un caso concreto	352
4.7 Ideas finales	355

CAPÍTULO V: USO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS POR LAS CORTES JUDICIALES PERUANAS Y SU USO EN ÁREAS AJENAS AL DERECHO CONTRACTUAL. HACIA UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN 357

5.1	Introducción. Sin un alcance práctico la teoría es insuficiente	357
5.2	Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca	358
5.3	La doctrina de los actos propios ante las cortes judiciales peruanas ..	362
5.4	Conclusiones sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en los casos comentados	404
5.4.1	Cuestiones generales sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios	405
5.4.2	Demandas de anulación de laudos arbitrales	405
5.4.3	Demandas de anulación de actos jurídicos	407
5.4.4	Demandas de obligación de dar suma de dinero	408
5.4.5	Demandas de ejecución de garantías	408
5.4.6	Demandas sobre diversos asuntos civiles.....	408
5.4.7	Cuestiones procesales contradictorias.....	409
5.4.8	Falta de tecnicismo y predictibilidad en la aplicación de la doctrina de los actos propios por las cortes judiciales peruanas.....	410
5.5	Aplicación de la doctrina de los actos propios en áreas ajenas al Derecho de Contratos	412
5.5.1	Aplicación de la doctrina de los actos propios por el Tribunal Constitucional peruano	413
5.5.2	Aplicación de la doctrina de los actos propios en el proceso ...	414
5.5.2.1	La doctrina de los actos propios no siempre se configura en el marco de un proceso	414
5.5.2.2	La doctrina de los actos propios frente a la preclusión y la renuncia del derecho a objetar	416
5.5.2.3	La doctrina de los actos propios y las contradicciones procesales	417
5.5.2.4	La doctrina de los actos propios y las decisiones judiciales	418
5.5.3	Aplicación de la doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo. El principio de confianza legítima	419
5.5.4	Aplicación de la doctrina de los actos propios en el Derecho Laboral	426
5.6	Sobre la necesidad y la conveniencia de mencionar la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano	428

5.6.1	Justificación de la incorporación expresa de la doctrina de los actos propios a la legislación peruana	428
5.6.2	Intentos de incluir la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano	431
5.6.3	Texto sugerido para la inclusión de la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil	437
5.7	Ideas finales	439
CONCLUSIONES		441
BIBLIOGRAFÍA		444



INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo responder la pregunta dirigida a definir qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho de Contratos en el Perú.

Motivación

Mi interés académico y mi práctica profesional se orientan a estudiar las irregularidades de las relaciones contractuales que ameritan una solución justa. La solución justa no siempre es fácil de encontrar. Suele serlo cuando para aplicarla basta con subsumir las circunstancias del caso en los supuestos de hecho previstos en el propio contrato o en las reglas supletorias.

Sin embargo, en numerosas ocasiones no me ha sido posible determinar con facilidad cuál es el camino a recorrer para satisfacer los intereses de las partes. Ello suele ocurrir cuando entran en juego no solo el pacto estipulado por ellas o las reglas supletorias, sino además los principios de derecho, que requieren efectuar una delicada labor de ponderación.

Más específicamente, he encontrado fascinantes aquellos problemas en los cuales una de las partes ve traicionada la confianza que depositó en la otra, pero no porque se haya producido un incumplimiento sino por haber mediado una contradicción inesperada, propiciada por quien fue incoherente en su actuar.

Este tema es sugestivo, dado que la confianza es crucial para garantizar operaciones contractuales seguras, con instrumentos jurídicos que incentiven la celebración de contratos que permitan generar bienestar a través del respeto a las promesas realizadas. Para ello la doctrina de los actos propios cumple un rol fundamental, puesto que es expresión de la coherencia en el actuar y de la protección de las expectativas razonables generadas por la conducta de las partes en determinado sentido, las cuales se ven defraudadas por la contradicción no justificada en el pacto o en la ley.

A medida que estudiaba el tema para sustentar las posturas a asumir en casos concretos, me encontraba con más preguntas que respuestas, con argumentos contradictorios, con mucho escepticismo entre los autores consultados, y con decisiones poco prolijas adoptadas por las cortes judiciales y arbitrales. Sin embargo, la versatilidad de la doctrina de los actos propios para repudiar la contradicción sin traspasar los límites de otras figuras jurídicas, me animó a seguir estudiándola para reforzar la fe en su uso, que si bien es residual es contundente.

Hipótesis

Planteo la hipótesis en virtud de la cual la doctrina de los actos propios es un principio de derecho derivado del principio de la buena fe, aplicable para impedir

que un sujeto actúe de manera incoherente con una conducta anterior, cuando de esta deriva confianza en otro sujeto que merece protección, por haber asumido razonablemente que no habría variación en el sentido de dicha conducta. Ello, como consecuencia del principio de la buena fe, que incorpora el valor ético de la confianza y de la coherencia en el actuar, indispensable para la interacción humana. La doctrina de los actos propios tiene como presupuestos, la existencia de una conducta vinculante basada en la confianza, de una contradicción posterior y de identidad de los sujetos involucrados. La aplicación de la doctrina de los actos propios genera la limitación e incluso la extinción de los derechos de quien actúa de forma inconsistente. Es de aplicación residual, pues no se superpone con otras herramientas jurídicas que combaten la incoherencia.

Objetivos

La doctrina de los actos propios suele ser invocada por las cortes que resuelven controversias suscitadas en áreas ajenas al Derecho Civil, como el Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y Laboral. Sin embargo, el propósito planteado con esta investigación involucra solamente a las disputas contractuales, y si bien se ha revisado lo que al respecto plantean autores y cortes internacionales, el objetivo de este trabajo es ofrecer un aporte que sea especialmente útil para los operadores jurídicos nacionales e incluso para reflexionar sobre una posible reforma legal que permita incluirla de forma expresa en el ordenamiento jurídico.

Mi objetivo al elaborar este aporte no fue solamente reunir las principales posiciones teóricas sobre la estructura y consecuencias de la doctrina de los actos propios, sino además contrastar dichas posturas con numerosos casos prácticos, algunos de invención propia, otros revisados en mi ejercicio profesional, algunos propuestos por los autores revisados y muchos decididos en cortes judiciales y arbitrales, peruanas y extranjeras.

Metodología

Para la elaboración de este trabajo de investigación he usado el método dogmático, pero con una apreciación filosófica e histórica.

El método dogmático consiste en estudiar el ordenamiento jurídico desde una perspectiva teórica, para conocerlo, optimizarlo y mejorarlo. He incluido en el trabajo opiniones de autores especialmente relevantes en la materia y otros menos conocidos, pero con perspectivas interesantes sobre el tema. He incluido posiciones teóricas que critico y otras que comparto. Dichas posiciones han sido cuidadosamente meditadas para que no sean incorporadas de forma automática en mis decisiones teóricas.

No solamente de la dogmática jurídica se han extraído los insumos para la elaboración de este trabajo. También se han incorporado referencias de la realidad. Para esto último he revisado la historia de la doctrina de los actos propios en el Derecho Romano, la evolución de la teoría del *estoppel* en el sistema del *common law* y su configuración en la *lex mercatoria*.

Además, he revisado numerosas sentencias y laudos emitidos por cortes judiciales, peruanas y extranjeras, fundamentalmente en materia de Derecho Contractual y de comercio internacional. Finalmente, la Filosofía del Derecho me ha permitido encontrar el marco teórico que subyace a mi visión personal del Derecho.

De otro lado, es pertinente preguntarse si mi objeto de estudio, desde el punto de vista epistemológico, califica como “teoría” o “doctrina”, aun cuando la relevancia práctica de esta distinción pueda discutirse. Prefiero el término “doctrina”, que denota: “enseñanza para la instrucción de alguien” por tratarse de una directriz que sirve de guía (Jaramillo 2014: 67), mientras que “teoría” alude a una lectura más individual o subjetiva, y en ocasiones más especulativa (Jaramillo 2014: 67). La teoría brinda una explicación mediante las etapas del método científico, mientras la doctrina realiza una apreciación, emite un juicio valorativo o califica resultados de la investigación. También prefiero referirme a la “doctrina” de los actos propios, pues este es el término acuñado mayoritariamente por los autores que se ocupan de estudiarla, lo que facilita la uniformidad de la referencia conceptual, aunque ciertamente haya discrepancias en relación con su contenido.

Desarrollo de la hipótesis

La hipótesis que planteo es desarrollada en cinco capítulos. En los dos primeros doy cuenta de la evolución del principio de la buena fe y de la doctrina de los actos propios, la cual queda ensamblada dentro de una visión del Derecho que le confiere la condición de principio, y que como tal debe aplicarse con un delicado equilibrio. En los siguientes dos capítulos, con el marco de los dos primeros, continúo con la demostración de la hipótesis que propongo en este trabajo. En el último capítulo, luego de revisar el entendimiento que tienen las cortes peruanas sobre la doctrina de los actos propios y luego de verificar su poca prolijidad al abordar este tema, propongo un *test* con preguntas relevantes que ayudarán a resolver los casos concretos con mayor holgura. Finalmente, sin que sea indispensable mas sí conveniente, propongo una reforma legislativa para incluir expresamente la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil.

En el Capítulo 1 sostengo que la aspiración de no contradecirse tiene larga data y que es común a diversos sistemas jurídicos. De ello da cuenta la evolución histórica de la doctrina de los actos propios en el Derecho Romano, en el Derecho Medieval, en el Derecho Moderno y en el Derecho Contemporáneo. Desde el *common law* también se han abordado los problemas derivados de la inconsistencia en el actuar durante la ejecución de los contratos a través de la teoría del *estoppel*.

Las cortes arbitrales internacionales se ocupan de configurar la doctrina de los actos propios o la teoría del *estoppel* en el comercio internacional bajo la perspectiva de la *lex mercatoria*, la cual incluye los Principios UNIDROIT, la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías y otros instrumentos que reproducen el entendimiento de los comerciantes sobre la contradicción en

el actuar. Este entendimiento queda reflejado en numerosos casos que luego de haber sido reseñados y comentados, revelan que el rechazo de la contradicción que traiciona la confianza es el hilo conductor en la contratación internacional.

Este capítulo permite señalar entonces que la doctrina de los actos propios carece de vocación constructivista, en el sentido que no fue ensamblada en un laboratorio jurídico con el propósito de ser inculcada como solución a los conflictos suscitados en el mundo real. Por el contrario, sus remotas referencias romanas, su desarrollo mediante la teoría del *estoppel* y las decisiones sustentadas en la *lex mercatoria*, evidencian que se trata de una herramienta flexible, precisamente por ser un principio de derecho.

En el Capítulo 2, luego de verificar que mi tema de estudio tiene un fuerte componente adaptativo a las circunstancias de los casos en disputa, pretendo contrastar la función práctica inherente a su origen romano y a su aplicación en el *common law* y bajo la *lex mercatoria*, con una concepción personal del Derecho que guarde coherencia.

Sin pretender zanjar las discusiones teóricas sobre las diversas concepciones del Derecho, sobre lo cual, por cierto, no recae esta investigación, sí creo en una concepción que reconoce al Derecho como el resultado de la interacción humana y por tanto como “funcional”, no como una “creación” por un orden superior. Por cierto, esta concepción del Derecho no excluye nociones de moralidad como la de buena fe, que sirve para reducir la incertidumbre y protección de la confianza.

A partir de esta visión del Derecho, y aunque esta discusión está lejos de ser acabada en doctrina, he optado por una distinción entre principios y reglas, según la cual estas últimas operan de modo todo o nada, mientras que los principios se aplican de manera gradual, a través de la ponderación. Explico en este capítulo por qué la doctrina de los actos propios es un principio de Derecho. El hecho de serlo le da mayor flexibilidad, lo cual es coherente con su uso en la práctica.

En el Capítulo 3, luego de haber concluido que la doctrina de los actos propios es un principio de Derecho, la examino con mayor detenimiento para deslindarla de otras normas que reconocen el deber de coherencia. Para ello se propone tres requisitos para su aplicación: una conducta relevante, inequívoca y objetiva; una conducta ulterior de carácter contradictorio; e identidad de sujetos.

Son numerosos los desafíos derivados del examen anterior. Entre otros elementos, debe revisarse si la frecuencia de la conducta es suficiente según las circunstancias, si había razones para confiar en que se mantendría, o si la conducta vinculante es legal y válida, por ejemplo. La verificación del presupuesto de identidad de sujetos, aunque parece sencilla, no siempre lo es, sobre todo en situaciones de representación, de personas jurídicas, de contratos a favor de tercero o cuando una de las partes contratantes es el Estado.

Postulo que una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios supone limitar o incluso, bajo ciertas circunstancias, extinguir derechos de quien se

contradice ilícitamente. Ello da pie a reflexionar sobre si subsisten obligaciones naturales y sobre si es posible indemnizar los daños y perjuicios generados.

Aunque en el Capítulo 3 se abordan cuestiones relevantes sobre su operatividad práctica, como la posible aplicación de oficio, o su uso como mecanismo de acción o de defensa, lo más importante es que en él se responde la pregunta de qué es la doctrina de los actos propios y para qué sirve. Sin embargo, la respuesta es incompleta si no estamos en condiciones de decir qué no es la doctrina de los actos propios. Esta pregunta se contesta en el capítulo siguiente.

Las distinciones contribuyen a generar identidad. Por ello, en el Capítulo 4 me ocupo de presentar las diferencias entre la doctrina de los actos propios y otras categorías jurídicas, tanto negociales como no negociales, como el negocio jurídico y sus modificaciones, la conducta interpretativa, la renuncia de derechos, el silencio como manifestación de voluntad, el abuso del derecho, la prescripción extintiva y la doctrina de la protección de la apariencia.

Presentadas las diferencias y configurada la identidad de la doctrina de los actos propios, queda evidenciado que es una herramienta residual, lo que ciertamente no es incompatible con su condición de principio de derecho. Dicho eso, se analizan diversos casos prácticos para cotejar si los operadores jurídicos le confieren carácter excepcional. Además, aunque no es materia de este estudio, encuentro útil echar un vistazo a la aplicación de la doctrina de los actos propios en áreas ajenas al Derecho de Contratos, como el Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y Laboral.

Dado que es constante el uso irreflexivo de la doctrina de los actos propios, propongo un *test* con preguntas que pueden ayudar a determinar si se aplica en casos concretos.

Habiendo demostrado la hipótesis que planteo, en el Capítulo 5 me ocupo de cotejarla con un grupo de decisiones judiciales peruanas adoptadas en materia contractual, las cuales carecen de tecnicismo y predictibilidad.

El punto anterior ratifica que, si bien no es indispensable, sí es conveniente incorporar de forma expresa la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el Título Preliminar del Código Civil. Ya hubo intentos que fracasaron, pero propongo que el texto a incluir sea similar al artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, según el cual “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

Dicho enunciado es coherente con la concepción del Derecho que planteo, con la condición de principio de la doctrina de los actos propios y con su carácter residual. Además, lleva implícitos los tres presupuestos necesarios para que opere. Aunque la fórmula es escueta y no revela en detalle cuáles son las consecuencias de su aplicación, es lo suficientemente flexible como para preservar la capacidad adaptativa de la doctrina de los actos propios, que es la razón por la cual ha sobrevivido a través del tiempo.

CAPÍTULO I

ACERCAMIENTO A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS A PARTIR DE SUS ALCANCES HISTÓRICOS, DE LA TEORÍA DEL ESTOPPEL Y DE LA LEX MERCATORIA

“Ved cómo la naturaleza tuvo el buen sentido de hacer que los ríos corrieran justo por debajo de los puentes”¹

1.1 Introducción. La importancia de no contradecirse.-

Nada más inútil que lo poco claro. De allí que la razón de esta investigación y de mis esfuerzos para llevarla a cabo esté en la necesidad de aportar límites a la noción de la doctrina de los actos propios, fuente de tantos debates inconclusos. Mi propósito es delimitar su significado y los alcances de su aplicación en el Derecho de contratos en el Perú. Si bien el tema presenta una alta dosis de dogmática jurídica, bien aplicada, puede servir para evitar y solucionar numerosos problemas prácticos.

Un ejemplo puede servir para comprender sus alcances (Díez-Picazo 2014: 254-256). Hace más de cuarenta años, los tribunales supremos alemán y español decidieron dos casos aparentemente sencillos, pero como muchos de los casos que no aparentan complejidad, fueron más retadores de lo que uno se imagina.

Dejando los detalles de lado y encontrando los elementos comunes de ambos, los casos involucraban a un arrendador y a un arrendatario de una finca rústica, con contratos en los que se había pactado una renta anual, pagadera en una fecha determinada. El primer año la renta se pagó puntualmente. En el segundo año, el arrendatario pidió al arrendador que le permitiese pagar la renta tres meses después de la fecha inicial, luego de recogida la cosecha. El arrendador accedió expresamente a la solicitud. El siguiente y sucesivos años, sin mediar pedido expreso ni respuesta del arrendador, el arrendatario pagó la renta luego de la cosecha. Finalmente, varios años después de que esta conducta se hubiera repetido, el arrendador demandó al arrendatario la resolución del contrato por incumplimiento y la devolución de la posesión de la finca.

Ambos países compartían similares regulaciones civiles: la fuerza obligatoria de los contratos, la posibilidad de demandar por desalojo y la obligación de actuar de buena fe.

Sin embargo, los jueces alemanes desestimaron la demanda, mientras que los españoles la ampararon. Los primeros alegaron que la tolerancia de la repetida impuntualidad en el pago había originado en el arrendatario una confianza

¹ Cuplé cantado en un cabaret de Montmartre, según Bruno Leoni (1974: 68).

fundada, que en todo caso debió ser liquidada mediante una advertencia por parte del arrendador, lo cual no ocurrió. Por cierto, esta advertencia a futuro no habría supuesto una modificación de la fecha de pago original, sino por el contrario, hubiera servido para ratificar que nuevos retrasos no serían tolerados. Dicho con otras palabras, la decisión alemana se sustentó en la doctrina de los actos propios.

En cambio, los jueces españoles concluyeron que el contrato era claro en relación con la fecha de vencimiento de la obligación de pago de la renta, de modo que debió cumplirse puntualmente sin excepciones.

El problema planteado –como muchos de aquellos en los que se alega la doctrina de los actos propios- no es sencillo de resolver, pues supone encontrar un equilibrio entre la libertad para corregir una conducta previa o cambiar de opinión, es decir, el derecho a contradecirse, con la expectativa que razonablemente se generó en los terceros con el comportamiento anterior.

Reconociendo que un problema como este debe solucionarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, hace falta una delimitación de los alcances de la doctrina de los actos propios que sea lo más precisa posible, pues no tener claras sus fronteras supone un doble peligro: que la doctrina de los actos propios termine siendo una noción vacía de contenido, y que por tanto, se vuelva inútil por no ser asertiva, y de otro lado, que se aplique a problemas cuya solución se encuentra en remedios que la ley proporciona de manera directa.

Como he mencionado en la Introducción de este trabajo, pretendo responder la pregunta dirigida a definir qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Perú, específicamente en el Derecho de contratos. He planteado la hipótesis en virtud de la cual la doctrina de los actos propios es un principio derivado de la buena fe, aplicable para impedir que un sujeto actúe de manera incoherente con una conducta anterior, cuando de esta deriva confianza en otro sujeto que merece protección, por haber asumido razonablemente que no habría variación en el sentido de dicha conducta. En el fondo, se trata del repudio de una conducta oportunista que traiciona la confianza generada por la apariencia. Ello, como consecuencia del principio de la buena fe, que incorpora el valor ético de la confianza y de la coherencia en el actuar, que es indispensable para la interacción humana.

Debo apuntar que esta hipótesis no enerva la legítima posibilidad de los sujetos de derecho de variar sus conductas, de arrepentirse, de cambiar de opinión. Todo ello es posible en el ejercicio de nuestra autonomía privada, pero esta última es protegible siempre que se ejerza responsablemente y no se vulnere la confianza propiciada razonablemente en los terceros. De lo contrario, paradójicamente, por proteger la autonomía privada de un sujeto, se afectaría la de otro.

En ese contexto, y mediando diversos intereses en juego cuando de la aplicación de la doctrina de los actos propios se trata, apunto a que el resultado de este trabajo aporte claridad para entender a cabalidad cuáles son las consecuencias prácticas de la aplicación de la doctrina de los actos propios, y permita finalmente

determinar qué es y qué no es; es decir, cuando se puede solucionar un problema apelando a ella, y cuándo no.

De nuevo, siempre que estén involucrados los intereses y expectativas de diversos sujetos que interactúan entre sí, el Derecho debe establecer consecuencias que, incentivando conductas responsables, protejan a aquél que confió razonablemente en la información sobre la cual tomó sus decisiones. En el caso de la doctrina de los actos propios, esta información emana de una conducta que posteriormente se pretende contradecir.

Definir en cada caso concreto el fiel de la balanza es muchas veces un trabajo de filigrana, y por tanto se requiere un análisis cuidadoso de los hechos y precisión en la aplicación de las consecuencias. Y naturalmente, un trabajo casi artesanal por parte de los operadores jurídicos no es posible sin tener claridad en los alcances y límites de la “regla”² que se pretende aplicar.

Este asunto es ciertamente relevante, teniendo en cuenta que la doctrina de los actos propios deriva del principio general de la buena fe, que por definición tiene un contenido dúctil y que debe adaptarse a las circunstancias concretas de cada caso con razonabilidad, para lo cual se requiere una fiel remisión a los hechos y una clara conciencia sobre los límites y consecuencias de la institución jurídica relevante.

Independientemente de que la remisión a los hechos del caso concreto sea indispensable para su correcta solución, no es menos cierto que el análisis bajo el manto de la doctrina de los actos propios supone entender los alcances de esta en su real dimensión, y para ello propongo que, antes de indicar cuáles con sus requisitos para operar, debemos entender cuál es su origen, cómo se entiende bajo un sistema jurídico ajeno al nuestro –el *common law*- y cómo la entienden los comerciantes según la *lex mercatoria*, bajo la perspectiva de un Derecho vivo.

En consecuencia, este capítulo tiene tres partes. En la primera se presenta una sucinta revisión de la evolución histórica de la doctrina de los actos propios. En la segunda parte se explica cómo los operadores jurídicos del sistema de *common law* abordan los problemas atendidos por la doctrina de los actos propios a través de la teoría del *estoppel*. En la tercera parte se expone cómo es que la práctica comercial ha asumido que la doctrina de los actos propios es una herramienta de resolución de conflictos, recogida por instrumentos normativos o mediante su invocación por las cortes comerciales.

Como puede apreciarse, en este capítulo se presenta tanto la visión inmodificable de la doctrina de los actos propios, aportada a partir de la historia, como su visión viva y mutable, según los estándares comerciales que han ido evolucionando al compás de la práctica y de las decisiones adoptadas por los tribunales que analizan casos presentados en el comercio internacional. Es a partir de este contraste –práctica histórica y práctica viva- que podrá entenderse la doctrina de los actos propios y aplicarse a nuestra realidad.

² Uso comillas pues más adelante me referiré a la calificación de la doctrina de los actos propios como regla o como principio.

1.2 Evolución histórica de la doctrina de los actos propios.-

Aunque son varios los autores que se ocupan, con mayor o menor detalle, de la evolución histórica de la doctrina de los actos propios, la síntesis que se presenta a continuación está basada en la que propone Jaramillo (2014: 141-156).

1.2.1 La doctrina de los actos propios en el Derecho Romano.-

El Derecho Romano era hostil a la abstracción, generalización y presentación de definiciones, y por tanto era casuístico. De allí que, como solía ocurrir con los juristas romanos, estos no se ocuparon de la doctrina de los actos propios de manera abstracta o general, sino a partir de algunos casos concretos, cuyo estudio posterior permitió acuñar la idea general que repudia la contradicción cuando esta afecta a quien confió razonablemente en quien se contradice:

“... resulta muy difícil encuadrar la doctrina de los actos propios en el mundo jurídico romano puesto que el pensamiento en aquella época se caracterizaba por el uso riguroso de la lógica, de la casuística concreta y enormemente precisa. Y, en efecto, la doctrina objeto de estudio se caracteriza principalmente por su generalidad, abstracción y vaguedad, por lo que el origen de las formulaciones no se encuentra en los textos romanos, sino en otros posteriores” (Almarcha 2007: 2).

El hecho que la doctrina de los actos propios no haya sido estructurada como tal; es decir, como una aproximación replicable ante diversas situaciones con similares problemas, no enerva que los juristas romanos hayan repudiado la contradicción en las conductas, en ciertos casos emblemáticos:

(i) Caso de la hija emancipada:

La emancipación romana era un acto formal, que suponía que el *pater familias* retiraba la patria potestad de un miembro de su familia que se encontraba bajo su autoridad.

Ocurrió que un *pater familias*, por decisión soberana y solemne, decidió emancipar a su hija. Ella, ya emancipada, elaboró un testamento instituyendo herederos. Producida su muerte, el *pater familias* cuestionó la existencia de la emancipación. El propósito era, en el fondo, conseguir la ineficacia del testamento, sobre la base de una emancipación inválida. Esto le pareció al jurisconsulto Ulpiano, un comportamiento contrario a la equidad.

El Digesto de Justiniano, que era una recopilación de la jurisprudencia romana, recoge la decisión de Ulpiano en estos términos:

“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 lo hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos [...]” (D. 1,7.25, Ulpiano) (Jaramillo 2014: 146).

Para Díez-Picazo, en este texto la razón no es la contradicción en sí misma considerada, sino que se iba a obtener un resultado inicuo. Así, si el padre hubiera alegado la inexistencia de la emancipación mientras la hija estaba viva, también habría habido contradicción, pero no habría sido abusiva y contraria a la buena fe (Díez-Picazo 2014: 93).

Esto último es muy importante, pues no basta con la existencia de contradicción para cuestionar un cambio de conducta. Como ya se dijo, contradecirse es humano, y así lo entendía Ulpiano. Lo que no admitió al resolver el caso mencionado, es que la incoherencia en el actuar genere un resultado inicuo.

La solución que propuso contiene una carga subjetiva. Como se verá más adelante, lo que se propone en los textos contemporáneos es un criterio más bien objetivo, basado en si la conducta primigenia generó confianza razonable en la contraparte, independientemente de la intención de dañar.

(ii) Establecimiento de servidumbre por parte de algunos condóminos:

Un fundo tenía varios copropietarios. Para conceder un derecho de paso era necesario que todos estuvieran de acuerdo. Ellos no expresaron su consentimiento en el mismo momento. Faltó que un copropietario confiriera el derecho. Mientras ello no ocurra, quienes sí lo hicieron no pueden oponerse al ejercicio del derecho de paso. Este caso fue resuelto por Celso e incluido en el Digesto de Justiniano.

“El derecho de senda y el de paso de ganado a través de un fundo que es de varios, puede concederse separadamente. Así, sólo se hará mío este derecho, en rigor, si lo cedieran todos [los propietarios], y con la cesión del último se confirmarán todas las anteriores. Pero puede decirse, con mayor benignidad, que antes de que el último hubiese cedido el derecho, los que cedieron antes no pueden impedir que use de él” (D. 8.3.11, Celso) (Jaramillo 2014: 147).

No pretendo analizar si esta decisión es o no correcta, ni a la luz del Derecho Romano ni a la luz de las reglas contemporáneas. De hecho, el asunto presenta cierta complejidad, considerando que sin el consentimiento del último copropietario el negocio no es eficaz todavía (Díez-Picazo 2014: 97-98).

Sin perjuicio de ello, lo relevante de esta decisión es se que repudia la incoherencia de quien, habiendo consentido en brindar un derecho de paso, impida luego su ejercicio. Con los criterios actuales para la aplicación de la doctrina de los actos propios, invocarla en este caso probablemente no sería exitoso, pero, de cualquier modo, la decisión comentada es interesante porque revela el rechazo de la contradicción injustificada.

(iii) Compra de un fundo ajeno:

Este caso, resuelto por el jurista Pomponio y también incluido en el Digesto de Justiniano, revela que la compraventa de bien ajeno era una figura reconocida en el Derecho Romano, como se indica a continuación:

“Si hubieras comprado a Ticio un fundo que era de Sempronio; te lo hubieran entregado, una vez pagado el precio; luego Ticio hubiera heredado de Sempronio y hubiera vendido y entregado ese mismo fundo a Mevio, dice Juliano que es lo más justo que el pretor te defienda [con una excepción de dolo], pues, si el mismo Ticio te reclamara el fundo, sería rechazado mediante una excepción redactada por el hecho o la del dolo malo, y si, poseyendo el fundo Ticio, se lo reclamara con la [acción] Publiciana, podrás servirte de una réplica contra la excepción de “a no ser que el propietario del demandado”, de suerte que se entienda que había vuelto a vender un fundo que ya no tenía en su patrimonio” (D. 44,4.32, Pomponio) (Jaramillo 2014: 150).

Como puede apreciarse, el caso trata de un contrato de compraventa celebrado por quien no es propietario. Luego de la venta, el vendedor adquiere (hereda) el bien y se lo vende a un tercero. El primer adquirente debe ser protegido, a pesar de que el vendedor no era dueño al momento de la transferencia, pues “... es evidentemente contradictorio que una persona venda una cosa y luego pretenda reivindicarla sobre la base de que al momento de la venta no era el legítimo propietario” (Borda 2017: 5).

Regla similar, por cierto, contienen los artículos 1537³ y siguientes del Código Civil. Esta norma entiende la venta de bien ajeno como aquel contrato por el cual el vendedor se compromete a que el comprador adquiera un bien que le pertenece a otro (sabiendo ambos que es ajeno). El artículo 1538⁴ añade que, si el vendedor adquiere luego la propiedad del bien, está obligado, en virtud del mismo contrato, a transferir el bien al acreedor, sin que quepa pacto en contrario.

Durante el Derecho Romano postclásico o justiniano, además de reunirse en el Digesto decisiones jurisprudenciales emitidas siglos antes de dicha compilación, hubo diversas manifestaciones de rechazo a la incoherencia en el actuar.

Así, 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. El último de los títulos de los cincuenta libros del Digesto se llama “*De diversis regulis iuris antiqui*”, esto es, “De las diversas reglas del derecho antiguo”. En este título se insertó un párrafo de la obra de Papiniano que decía: “*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*”, que se traduce como “Nadie puede cambiar su voluntad en perjuicio de otro” (Corral Talciani 2010: 22). Como solía ocurrir en el Derecho Romano, el propósito del jurista Papiniano no fue formular una regla de aplicación general, sino brindar solución a un caso particular.

1.2.2 La doctrina de los actos propios en el Derecho Medieval.-

³ “Artículo 1537.- El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 171 y 1472”.

(Dichas normas se refieren a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero).

⁴ “Artículo 1538.- En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario”.

En el Derecho Medieval no hubo mayores aportes al desarrollo de la doctrina de los actos propios. Sin embargo, pueden identificarse tres etapas que permitieron un desarrollo progresivo y más articulado de las ideas que rechazan la contradicción en el actuar.

La primera etapa se desarrolló bajo la influencia de la Escuela de los Glosadores, que se desarrolló entre los siglos XI a XIII y que tuvo como destacados representantes a Azzo y a Accursio. Como el nombre de esta Escuela lo indica, era habitual el uso de la glosa.

El método de la glosa era un método exegético, que incorporaba notas al margen para aclarar las ideas y con el propósito de explicar el texto legal objeto de estudio. A partir del método de la glosa van surgiendo ideas reiteradas que permitían obtener una regla común. Uno de los juristas más importantes de los siglos XII y XIII fue Azzio (Acio de Bologna), quien se ocupó de incorporar y sistematizar glosas al Corpus Iuris Civilis de Justiniano, que incluye el ya comentado Digesto.

De esta labor de síntesis surgen los llamados “brocardos”. Uno de los brocardos que forman parte de la obra de Azzo es la “regla” “*venire contra factum proprium nulli conceditur*” (Díez-Picazo 2014: 110).

Como puede apreciarse, lejos de la invocación en casos particulares que hacían los juristas romanos, puede afirmarse que las glosas y consiguientes brocardos fueron las primeras sistematizaciones de las ideas que repudiaban la contradicción en el actuar. Así, el brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur* fue resultado del desarrollo del Derecho Medieval; no resultó del Derecho Romano. De hecho, la “doctrina jurídica europea comienza con el estudio del “Corpus Iuris Civilis” por la llamada escuela de la Glosa en Italia en los comienzos de la baja Edad Media” (Díez-Picazo 2014: 109).

Una segunda etapa se presentó con la Escuela de los Comentaristas o “postglosadores”, integrada por juristas del siglo XIV que continuaron la labor de la Escuela de la Glosa. Estos juristas, cuyos representantes más destacados fueron Bartolo De Saxoferrato y Baldo de Ubaldis, siguieron estudiando los textos clásicos romanos aplicando el método de la exégesis, pero incorporando adiciones a las glosas apuntadas en la etapa previa. Estas incorporaciones permitieron el desarrollo de una jurisprudencia constructiva, con mayor y más refinado análisis, con el propósito de aplicar las investigaciones realizadas a la realidad práctica (Díez-Picazo 2014: 113).

Finalmente, la Escuela de los Canonistas también enarboló el rechazo de la contradicción en el comportamiento y generó un desarrollo más sistemático del repudio de la incoherencia, debido a la gran importancia que le confería a la buena fe. De ahí que en algunos textos de la época se encontraran referencias a que “*nemo potest venire contra factum suum*”, expresión que más adelante fue sustituida por “*nemo potest venire contra factum proprium*” (Jaramillo 2014: 160).

Veamos qué ocurrió en España. La doctrina de los actos propios encontró más acogida teórica y jurisprudencial en el Derecho español. De hecho, España es

un país pionero en cuanto a la incorporación normativa de la doctrina de los actos propios, pues las Siete Partidas ya hacían referencia a ella en el siglo XIII. La Partida Tercera, Título 31, Ley 10 decía:

“Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos, servidumbre a su edificio o heredad. Pero si muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deben otorgar cuando 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” (Jaramillo 2014: 183-184).

1.2.3 La doctrina de los actos propios en el Derecho Moderno.-

A partir del siglo XVI y en la medida que el esplendor renacentista fue consolidándose, el Renacimiento desplegó efectos no solo en las artes sino también en el mundo jurídico, que dejó de girar alrededor de los textos romanos justinianeos. Como es fácil imaginar, los juristas de la época renacentista fueron influenciados por un espíritu más crítico, que dejaba poco espacio para el argumento de autoridad y, por consiguiente, hubo un alejamiento de la influencia de la sistematización y glosas de las escuelas anteriores.

La crítica al trabajo de los glosadores no impidió que los juristas modernos defendieran una lectura más pura del Derecho romano; sin embargo, se propició una mayor apertura para la construcción del pensamiento jurídico, centrado en la fuerza vinculante del contrato. Como consecuencia de ello, se “le restó vigencia y aplicación al *venire contra factum proprium*” (Jaramillo 2014: 163).

La Escuela Clásica del Derecho Natural tuvo como exponentes a Grocio y Puffendorf, que en el siglo XVII aportaron ideas notables para enfatizar la importancia del consentimiento y de la responsabilidad derivada del contrato. Por su parte, J. Domat y R.J. Pothier tuvieron gran influencia para el desarrollo de la codificación francesa de comienzos del siglo XIX, en la que la doctrina de los actos propios no tuvo influencia.

En efecto, en el siglo XVII Domat se ocupó de procurar la coherencia en sede contractual, y bajo la influencia de los evangelios cristianos, destacó la necesidad de humanizar el Derecho y de cumplir el precepto según el cual “no debe hacerse a los otros aquello que no deseamos que los otros nos hagan” (Jaramillo 2014: 165).

Pothier continuó en el siglo XVIII con esta misma línea de pensamiento, para sostener que todo contratante que no actúa con sinceridad, tiene mala fe. El sustento de su posición es el deber de amar al prójimo como a uno mismo. Aunque no haya mencionado expresamente a la doctrina de los actos propios, del pensamiento jurídico de Pothier puede deducirse que creía en la coherencia comportamental, sobre la base de la buena fe (Jaramillo 2014: 166).

De otro lado, autores españoles de los siglos XVII y XVIII ya habían comentado la doctrina de los actos propios también. Es más, el Código Civil de 1889 ya tenía referencias a ella en su artículo 597:

“Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. 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 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” (Jaramillo 2014: 184-185)⁵.

Como puede apreciarse, el hilo conductor del Derecho Moderno es la idea de la fuerza vinculante de la autonomía privada.

1.2.4 La doctrina de los actos propios en el Derecho Contemporáneo.-

La importancia del consentimiento y de la responsabilidad derivada del contrato, que pusieron el foco de atención en la seguridad jurídica derivada de la expresión de la voluntad, desplazó a la doctrina de los actos propios como herramienta para resolver conflictos, puesto que esta última añade cierta dosis de incertidumbre a las discusiones contractuales.

Siendo la protección de la voluntad del individuo el eje central de las ideas tanto políticas como jurídicas derivadas de la Revolución Francesa, esta propició la creación de un sistema de codificación con predominio de la voluntad privada. De allí que, para atenuar la incertidumbre, el movimiento codificador no haya recogido expresamente la formulación de la doctrina de los actos propios, debido a la desconfianza –consecuencia del anterior régimen político absolutista- que producía la posibilidad de que los jueces hicieran un mal uso de las normas genéricas o discrecionales.

La consecuencia en el espacio jurídico de dicha desconfianza fue el desarrollo de la Escuela de la Exégesis, cuyos postulados reforzaron la idea de rechazar el escrutinio judicial y de adoptar una visión prevalentemente legalista, que daba preeminencia a la literalidad de los textos sobre el ejercicio de la capacidad crítica del intérprete.

En el Derecho contemporáneo de los países del sistema latino-continental, la excepción más notoria a la recepción doctrinal y jurisprudencial de la doctrina de los actos propios es Francia, puesto que la teoría del abuso del derecho habría absorbido los casos en los que se alega un perjuicio debido a la de contradicción de conductas. A pesar de ello, en los últimos tiempos se viene defendiendo con mayor firmeza la idea de exigir coherencia de conductas en el campo contractual (Corral Talciani 2010: 30).

⁵ Nótese la semejanza de esta regla con el caso resuelto por Celso e incluido en el Digesto de Justiniano. En relación con este asunto, el artículo 1042 del Código Civil peruano señala que el predio sujeto a copropiedad sólo puede ser gravado con servidumbre si prestan su asentimiento todos los copropietarios.

En cambio, el Código Civil italiano de 1942 muestra una mayor relevancia de la buena fe y la consiguiente limitación de los derechos a partir de su invocación, puesto que los derechos tienen límites que no pueden soslayarse. En el marco de la buena fe es que la doctrina italiana del siglo XX, representada principalmente por Emilio Betti, sostuvo que debe rechazarse el ir contra el propio acto y que debe más bien propiciarse la coherencia en el actuar (Jaramillo 2014: 181).

En Alemania, bajo la influencia de Otto Bismarck, hacia finales del siglo XIX se le imprimió al Código Civil alemán un toque social. Ello se logró en el marco de la Escuela Pandectista que buscaba la extracción y deducción de nuevos principios a partir de la abstracción de conceptos anteriores.

Fue así como el artículo 242 del Código Civil alemán⁶, referido a la buena fe, quedó redactado de la siguiente manera: “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”. Vale la pena destacar en este punto el enorme aporte de la obra de Erwin Riezler al estudio de la buena fe y de la doctrina de los actos propios. En su trabajo de 1912 redescubrió el tema e hizo un análisis exhaustivo de ella a partir de los textos romanos y medievales, y de la doctrina del estoppel (Díez-Picazo 2014: 148). Riezler consideraba que la doctrina de los actos propios expresa una idea que permite superar los vacíos que se presentan en la legislación y que requieren que sean llenados (Dajczak 2019: 34).

Los pensadores alemanes también se aproximaron a la doctrina de los actos propios a partir del estudio de las excepciones. Ennecerus hizo una distinción entre la *exceptio doli specialis*, que ocurre si la pretensión ha sido obtenida mediante conducta dolosa, por engaño; y la *exceptio doli generalis*, basada en la idea de que el demandante obraba contra la buena fe al deducir su acción. “Por tanto, toda excepción se convertía en *exceptio doli* cuando, con conocimiento de la excepción, el demandante presentaba su demanda. Pero más tarde se prescindió de este sentir del demandante, otorgándose la *exceptio doli*, siempre que el ejercicio de la pretensión, formalmente existente, fuese contrario al sentimiento jurídico o a la buena fe” (Ennecerus 1935: 481)⁷.

Ennecerus considera que si bien la doctrina de los actos propios no es mencionada en el Código Civil (BGB), puede aplicarse sin inconveniente a partir del artículo 242, referido a la buena fe. Añade que del principio de buena fe pueden deducirse varias proposiciones, entre las cuales está:

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch o BGB.

⁷ La excepción de dolo (*exceptio dolis*) es figura derivada del Derecho Romano que permitía al pretor impedir reclamos fundados en actos dolosos (Díez-Picazo 2014: 232). Aunque no hay uniformidad en la doctrina sobre su aceptación y alcances, era una figura versátil que permitía aplicar diversos remedios ante los casos presentados, cuando el sustento de la acción era un acto doloso. Por ejemplo, se invocaba si el acreedor que recibió y aceptó una prestación diferente a la originalmente prevista, reclama después la inicialmente estipulada (Jaramillo 2014: 345). Como puede apreciarse, en el Derecho Contemporáneo la aplicación de la excepción de dolo no sería necesaria en un caso como el indicado, dado que contamos con herramientas como la novación objetiva o con la dación en pago, e incluso con la figura más genérica de la buena fe.

“A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (prohibición del *venire contra factum proprium*, *estoppel* en el derecho inglés)” (Ennecerus 1935: 482).

Nótese que mientras la excepción de dolo tiene un carácter genérico, que permitía ser invocada cuando el ejercicio de un derecho era contrario a la buena fe, la doctrina de los actos propios, inspirada también en ella, requiere como elemento indispensable la vulneración de la confianza a través de la contradicción en la conducta.

Si bien ambas figuras operan procesalmente como excepciones o contestaciones, la doctrina de los actos propios puede además plantearse vía réplica contra una defensa del demandado; puede también servir de fundamento en la demanda, como rechazo preventivo de una posible alegación. Es decir, la doctrina de los actos propios tiene un funcionamiento procesal que sobrepasa los límites de una excepción.

Finalmente, y para terminar con las referencias históricas a la doctrina de los actos propios en Alemania y su relación con la excepción de dolo, cabe señalar que “... la *exceptio doli* tiene más bien un carácter de figura histórica, que si bien puede despertar interés entre los estudiosos del derecho, no tiene la fecunda aplicación que goza la teoría de los actos propios en la vida judicial. Sólo en países determinados –tales como Alemania- la *exceptio doli* tiene verdadero relieve” (Borda 2017: 121).

Lo más destacable del Derecho español a propósito de la doctrina de los actos propios es su copioso desarrollo jurisprudencial. Hay abundantes pronunciamientos del Tribunal Supremo Español (TSE) al respecto. La primera vez que la doctrina de los actos propios fue mencionada por el TSE fue el 28 de mayo de 1864, antes del Código Civil hoy vigente (1889). En dicha sentencia se dispuso que las “acciones de nulidad y rescisión propuestas alternativamente por el demandante no eran procedentes: la primera porque él no podía ir contra sus propios actos solemnemente reconocidos y, la segunda, porque, además de no haberla deducido en tiempo, no ha probado la lesión enormísima en la que la apoyaba” (Jaramillo 2014: 186).

Esta sentencia del Tribunal Supremo Español concluyó que la acción de nulidad propuesta por el demandante no podía prosperar “porque él no podía ir contra sus actos propios solemnemente reconocidos”; es decir, se limitó a impedir el ejercicio de una nulidad contradictoria con la anterior conducta del actor. Como señala Díez-Picazo, este planteamiento contiene un análisis del caso muy estrecho y por tanto cuestionado (Díez-Picazo 2014: 169).

A pesar de ello, no puede discutirse su importancia, pues a partir de dicha sentencia, el Tribunal Supremo Español la cita en numerosas decisiones, y al

igual que en aquélla, sin necesariamente precisar el alcance de la doctrina de los actos propios⁸.

El desarrollo jurisprudencial de la doctrina de los actos propios encontró acogida legislativa indirecta con la modificación en 1974 del artículo 7 del Código Civil español de 1889, en los términos siguientes:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

La positivización del principio de buena fe como cláusula general (siguiendo los modelos alemán y suizo) le dio a la doctrina de los actos propios un todavía mayor impulso jurisprudencial. Incluso, la Constitución de 1978 ha permitido que el Tribunal Constitucional español se haya referido a ella.

Sin embargo, la enorme utilización jurisprudencial de la doctrina de los actos propios no ha evitado, sino que más bien ha propiciado, una también enorme confusión con otros remedios, diseñados para resolver directamente los conflictos suscitados sin tener que acudir a la buena fe como principio rector, que por supuesto es el sustrato de dichos remedios.

De hecho, en el importante libro sobre la doctrina de los actos propios y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Díez-Picazo comenta 855 sentencias emitidas entre los años 1864 y 2011 (Díez-Picazo 2014: 305-979). De las referencias a tales decisiones, en la gran mayoría de ocasiones el Tribunal desestima las invocaciones a la doctrina de los actos propios, y en muchos casos en que las ampara, no queda claro, al menos a partir de las reseñas, cuáles son las razones para su aplicación o cuál es la diferencia con otros remedios jurídicos aplicables⁹.

La explicación para ello es que, si bien la doctrina de los actos propios pudo ser necesaria al inicio de su aplicación por las cortes en el siglo XIX, posteriormente se crearon soluciones legales para problemas parecidos. Las cortes no han adaptado los criterios a los nuevos tiempos, de modo que “la doctrina de los actos propios sigue siendo decimonónica” (Díez-Picazo 2014: 169).

En efecto, “nunca se ha debido confundir la doctrina de los actos propios con la fidelidad de la palabra dada, con la fuerza de obligar de las convenciones o con la imposibilidad de destruir los actos que han creado derechos a favor de terceras personas” (Díez-Picazo 2014: 171).

⁸ Algo similar ocurre con la Suprema Corte Federal de Argentina a partir de la sentencia del 8 de abril de 1869 y las numerosas sentencias que a partir de allí se han dictado (Pardo 1991: 63).

⁹ Así por ejemplo, se ampara la aplicación de la doctrina de los actos propios cuando se plantean pretensiones incompatibles con negocios jurídicos celebrados por las partes, cuando se alega la invalidez de negocios jurídicos previamente respetados, cuando se ejercen derechos de los cuales se ha renunciado, cuando se cambia de posición en distintas instancias del proceso, etc.

Son numerosas las ocasiones en que las sentencias del Tribunal Supremo Español, siguiendo una decisión adoptada en 1890, señalan que los actos a los que esta doctrina se refiere son aquellos que, como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho. Tres asuntos llaman la atención a propósito de ello: la imprecisión de dicha idea, la confusión de la doctrina de los actos propios con la obligatoriedad de los contratos, y el hecho que después de casi 150 años, las cortes no hayan trabajado mejor sus contornos.

El rechazo que aún hoy formulan algunos autores a la idoneidad de la doctrina de los actos propios como fórmula para la solución de conflictos se debe en buena cuenta a la mala práctica que de ella han hecho las cortes, incluyendo el Tribunal Supremo Español, que lejos de acotar con precisión en qué casos puede aplicarse y sobre todo en qué casos no debe hacerse, ha desdibujado sus contornos, al punto de confundirla con remedios derivados de la teoría del negocio jurídico, como la obligatoriedad misma de los pactos contractuales.

De allí que, en el Capítulo III explicaré cuáles son los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios de manera prolija, y formularé distinciones en relación con otras figuras jurídicas con la que se le suele confundir. Para ello explicaré a continuación cómo es que el sistema del *common law* resuelve con el *estoppel* los problemas derivados de la inconsistencia en el actuar durante la ejecución de los contratos, y cuál es el camino que siguen las cortes comerciales internacionales para resolver estos problemas.

Luego de recorrer este camino es que se podrán entender más cabalmente las distinciones entre la doctrina de los actos propios y los demás remedios contemplados por el ordenamiento jurídico para promover la consistencia contractual. Sólo así podremos rescatar el verdadero valor de la doctrina de los actos propios, acotado pero útil, y combatir el escepticismo producido en buena cuenta por su desbordada aplicación.

1.3 Aportes desde el *common law* a los problemas derivados de la inconsistencia en el actuar durante la ejecución de los contratos. La doctrina del *estoppel*.

El *common law* reconoce que durante la ejecución contractual hay una condición implícita de no hacer nada para frustrar el objeto del contrato. Ello deja espacio para introducir la noción de buena fe en las relaciones contractuales. De hecho, ella ha inspirado el desarrollo de la doctrina del *estoppel* a través de numerosos fallos judiciales.

“En cualquier caso, los sistemas de *common law* han desarrollado lo que ahora es una arraigada doctrina, cuyas raíces pueden encontrarse en el concepto de la buena fe, o al menos en la manifestación de ese concepto. Esa es la doctrina del *estoppel*. Esta doctrina específica se encuentra alineada con el concepto de “*venire contra factum proprium*” y viene siendo invocada por la jurisprudencia para resolver exactamente el mismo

tipo de problemas que son abordados por la doctrina de la buena fe en las jurisdicciones “tradicionales” del Derecho civil” (Henriques 2015: 523)¹⁰.

El *estoppel* es un principio de justicia y de equidad (Cooke 2000: 1). La razón que sustenta esta afirmación es que tiene la función de impedir “que una persona, en el curso de un proceso, alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado, con sus palabras o con su conducta, como verdadero. La esencia del *estoppel* radica en que a una persona no puede serle permitido negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o implícitamente a través de su conducta, en algún momento anterior” (Diez Picazo 2014: 126).

La noción de *estoppel* fue mencionada por primera vez en la publicación *The Institutes of Laws in England* que fue escrita en 1628 por Sir Edward Cook (Uçaryilmaz, 162). Y los casos más conocidos en el Reino Unido son *Montefiori v. Montefiori* (1762) y *Pickard v. Sears* (1837) (Uçaryilmaz 2013: 163).

Por su parte, las cortes norteamericanas aplicaban con regularidad la figura del *promissory estoppel* incluso antes de ser recogida en la sección 90 del *Restatement of Contracts*. En su segunda versión, de 1981, este cuerpo normativo señala que quien formula una promesa puede esperar razonablemente que quien la recibe actúe en consecuencia con ella; dicha promesa es vinculante si la única manera de evitar la injusticia es exigiendo que se cumpla; los remedios pueden ser variados¹¹.

Cabe señalar que el reconocimiento del *estoppel* en el Reino Unido es en general más restrictivo que en los Estados Unidos, pues solamente puede usarse como medio de defensa, mientras que el sistema norteamericano admite que sea usado como “espada y escudo” (*sword and shield*) (Uçaryilmaz 2013: 164).

Debemos advertir que son varias las funciones que se ha atribuido jurisprudencialmente al *estoppel*, aunque en líneas generales lo que se pretende proteger es la apariencia en virtud de la cual se ha desplegado una conducta.

En las líneas que siguen nos referiremos a dos de las modalidades de *estoppel* reconocidas por las cortes del *common law*, por ser las que más se aproximan a los problemas que se pueden solucionar con la doctrina de los actos propios. Nos referimos al *promissory estoppel* y al *estoppel by representation*, que producen un efecto procesal y por consiguiente deben alegarse dentro de un proceso. “*Estoppel provides a shield, not a sword* (proporciona un escudo, jamás una espada)” (Pardo 1991: 64).

¹⁰ Traducción libre de: “In any event, the common law systems have developed what is now steadily anchored doctrine that may find its roots in the concept of good faith or at least in a manifestation of that concept. That is the doctrine of *estoppel*. This specific doctrine is in line with the concept of the prohibition of “*venire contra factum proprium*” and is being called upon by jurisprudence to solve exactly the same kind of problems that are addressed by the doctrine of good faith in “traditional” civil law jurisdictions”.

¹¹ “A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires”.

1.3.1 Promissory estoppel.-

Es importante anotar que bajo el *common law*, el *estoppel* cumple también una función subsidiaria (como proponemos ocurre con la doctrina de los actos propios); es decir, no es necesario –y es hasta equivocado- invocarla si los remedios contractuales proveen soluciones al caso analizado. Para entender esta última afirmación es indispensable explicar brevemente que la existencia de *consideration* (consideración) es uno de los elementos indispensables para la celebración de un contrato, de acuerdo con el régimen del *common law*.

No es nuestro propósito abordar extensamente la noción de *consideration*, pero por ser necesaria para entender el concepto de *estoppel* anglosajón, puede indicarse que, sin ser idéntica a nuestra noción de “causa” como elemento constitutivo del negocio jurídico, presenta similitudes con ella. La *consideration* es el elemento que permite distinguir a los contratos de las promesas gratuitas, que no tienen efectos jurídicos (en el sistema anglosajón, las donaciones no son contratos). La *consideration* es una suerte de contraprestación o la razón por la cual las partes celebraron el contrato y pueden exigir su cumplimiento.

La noción de intercambio (*bargain*) es entonces esencial para la configuración de un contrato bajo el *common law*. Como señala el Professor E. Allan Farnsworth, en principio, es necesario que el propósito de quien hace una promesa es lograr que a cambio se lleve a cabo una conducta (O’Gorman 2015: 144)¹².

El requisito de la *consideration* se explica en que los términos del intercambio aseguran la ejecución de las promesas en el mercado, lo cual es vital para la economía. El *common law* explica el requisito de la *consideration* en el hecho que las sociedades del siglo XVIII en adelante se desarrollaron en un contexto de libertad de empresa y de libre mercado, en la cual la realización de intercambios se volvió parte de la cultura.

A pesar de lo anterior, la *consideration* no es, por cierto, la única manera de que una promesa sea exigible. Una alternativa proviene del *promissory estoppel*. De acuerdo con esta doctrina, una promesa es exigible, incluso si no media *consideration*, si quien hace la promesa puede razonablemente esperar que con ella ha generado confianza en la otra parte, y una situación injusta solo puede evitarse si se cumple la promesa (O’Gorman 2015: 151)¹³.

¹² Traducción libre de: “As explained by Professor E. Allan Farnsworth: In principle, at least, the bargain test requires that the promisor’s purpose in making that commitment be to induce some action in return—to induce an Exchange”.

¹³ Traducción libre de: “Consideration is not, of course, the only basis upon which a promise can become enforceable. The principal alternative is the doctrine of promissory estoppel. Under promissory estoppel, a promise is enforceable if the promisor should reasonably expect it to induce reliance by the promisee or a third party; it does induce such reliance; and injustice can only be avoided by enforcing the promise”.

La noción de *promissory estoppel* permite generar responsabilidad (*reliance damages*) en quien formuló la promesa sin que se haya celebrado un contrato, por la falta de *consideration*.

“En otras palabras, bajo el common law primero se debe averiguar si la promesa puede ser ejecutada como un contrato, sustentada por una consideración. Solo en su defecto las cortes deben analizar la teoría del promissory estoppel, como una segunda-mejor alternativa. Su categoría secundaria se vincula con el remedio que provee: daños por la confianza. ¿Por qué alguien utilizaría el promissory estoppel y obtener daños por la confianza cuando una acción ordinaria por incumplimiento de contratos podría generar una indemnización mayor por los daños esperados? (Snyder 1998: 700)¹⁴.

Como puede apreciarse, el *estoppel* en estos casos cumple una función excepcional y correctiva, para proteger a quien confió en una promesa, aun cuando no hubiera celebrado un contrato (Feinman 1984: 686).

El *promissory estoppel* “es la modalidad de *estoppel* que más se aplica al derecho de contratos, de manera tal que se impide a una parte retirar una promesa hecha a otro si este confió razonablemente en dicha promesa y se le causó por ello un daño” (Bernal 2008: 300).

Bajo la doctrina del *promissory estoppel*, por ejemplo, se analizó un caso en el que una empresa ofreció a una trabajadora retirarse de la compañía y a cambio recibir el equivalente al sueldo que venía percibiendo, por el resto de su vida. Los nuevos propietarios de la empresa, cinco años después de que la trabajadora se había retirado, decidieron suspender el otorgamiento del beneficio. Bajo la doctrina del *promissory estoppel*, se le concedió el pago de una indemnización, pues la ex trabajadora, aunque no había celebrado un contrato con la compañía pues no hubo “intercambio” (no ofreció nada a cambio a la empresa), había tomado decisiones en función del ofrecimiento original, y merecía protección. En el fondo, la indemnización fue otorgada bajo un concepto de responsabilidad extracontractual, ante la ausencia de *consideration*; en tal sentido, no se le concedió el derecho a recibir las remuneraciones futuras sino solamente lo que hubiera ganado de no haber renunciado y haberse jubilado (interés negativo).

En el caso anterior se cumplieron los cuatro elementos necesarios para invocar la doctrina del *promissory estoppel*: primero, tiene que haber una promesa clara y definida; segundo, el promitente debe tener una razón para esperar que se confíe en esa promesa; tercero, la promesa debe haber inducido a esa confianza y a una desventaja debido al cambio de parecer del promitente; y cuarto, el cumplimiento de la promesa permite evitar la injusticia (Gan 2015: 56)¹⁵.

¹⁴ Traducción libre de: “In other words, the common law will first inquire whether a promise can be enforced as a contract supported by consideration. Only if some defect would prevent such a holding will a court turn to promissory estoppel, a second-best alternative. Its secondary status is linked to its remedy: reliance damages. Why would someone use promissory estoppel and get reliance damages when an ordinary breach of contract action will yield higher expectancy damages?”.

¹⁵ Traducción libre de: “The law requires that four elements be present in order to invoke the doctrine of promissory estoppel: First, there has to be a clear, definite, and unambiguous promise;

Como puede apreciarse, nos encontramos frente a un tema claramente relacionado con la doctrina de los actos propios en el Derecho continental. La revisión de textos vinculados al *estoppel* ratifica la importancia de entender el Derecho desde diversas perspectivas, incluso ajenas a nuestro sistema jurídico, para saber qué esperar de nuestras instituciones jurídicas.

Así, mientras que la *consideration* funciona como una regla (sin ella los contratos no son exigibles), el *promissory estoppel* funciona más como un estándar, para cuya aplicación debe preguntarse si sería o no injusto que la promesa no pueda exigirse. Nótese que algo parecido ocurre con la aplicación de la doctrina de los actos propios, cuya naturaleza se corresponde con la de un principio de derecho, sin perjuicio de que luego de analizar el caso concreto se fije una regla que le provea una solución.

A propósito de los remedios conferidos con la noción de *promissory estoppel*, más adelante nos preguntaremos cuál debería ser la consecuencia de invocar con éxito la doctrina de los actos propios. En el caso del *common law*, cuando se ampara una pretensión basada en el *promissory estoppel*, el remedio concedido es el de los llamados *reliance damages*, que por proteger únicamente el “interés negativo” (que coloca al afectado en la situación en la que estaría si la promesa no se hubiera formulado), son más restrictivos que los derivados de un incumplimiento contractual (*expectation damages*), que cubren también el “interés positivo” (que colocan al afectado en la situación en la que estaría si el contrato se hubiera cumplido).

Ha habido marchas y contramarchas a través de los años en relación con el alcance del *promissory estoppel* y la posibilidad de que sea alegado solamente como mecanismo de defensa y no de acción.

“El resultado neto de todos esos movimientos expansivos y contractivos hasta la fecha es el siguiente. [...] En Inglaterra, una presunción sobre una conducta futura puede generar *promissory estoppel* (impedimento por promesa) solo si el supuesto es que una parte no hará cumplir, o suspenderá, derechos o facultades legales existentes. En Australia, la ley es incierta. Según un punto de vista, la ley australiana sobre *promissory estoppel* no difiere de la ley inglesa. Desde un punto de vista más amplio, el *promissory estoppel* puede operar en Australia cuando se ha hecho creer a una parte que en el futuro recibirá determinados derechos, por ejemplo, derivados de un contrato, y la doctrina permite que dicha parte haga cumplir esos derechos como si hubieran sido otorgados. En una visión aún más amplia, la ley australiana sobre *promissory estoppel* es mucho más expansiva y es capaz de operar como una fuente independiente de derechos o fundamento de una demanda cuando una parte induce a otra a asumir que esta le otorgará un beneficio” (Robertson 2018: 174-175)¹⁶.

second, the promisor must have had reason to expect reliance on the promise; third, the promise must have induced such reliance and a consequent detrimental change of position; and fourth, injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The fourth element, which will be referred to as the justice element, is the subject matter of this Article”.

¹⁶ Traducción libre de: “The net result of all of those expansionary and contractionary movements to date is as follows. (...). In England, an assumption as to future conduct can establish a promissory estoppel only if the assumption is that the inducing party will not enforce, or will suspend, existing legal rights or powers. In Australia, the law is uncertain. On one view, the

1.3.2 Estoppel by representation.-

Su origen es la decisión recaída en el caso *Pickward v. Sears*, que en 1837 señaló que: “Cuando una persona, con sus palabras o con su conducta, produce voluntariamente en otra la creencia de la existencia de un determinado estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su previa posición jurídica, el primero no puede alegar frente al segundo que en realidad existía un estado de cosas diferente” (112 E.R. 179).

Puede mencionarse a manera de ejemplo, un caso en el que un accionista minoritario de una compañía impugnó la decisión de esta de conceder garantías a una empresa del mismo grupo económico, alegando que ello se encuentra fuera de su objeto social. Su pretensión no tuvo éxito, pues quedó demostrado que ese mismo accionista había votado, como director de la misma compañía, para conceder garantías a favor suyo (del accionista/director). La contradicción de su conducta era pues evidente y no podía ser amparada.

Como señala Díez Picazo, el *estoppel by representation* es considerado como un principio usual y saludable que impone en las relaciones de negocios un criterio de honestidad. “Su fundamento se encuentra en la idea que, cualquiera que haya podido ser la intención real de la persona, esta debe quedar vinculada por la apariencia o impresión que el sentido objetivo de su conducta pueda haber ocasionado en otro, pues un deber de diligencia social impone tener en cuenta las representaciones que nuestros actos pueden causar en los demás” (Díez Picazo 2014: 141-142).

Visto desde la perspectiva de quien genera la apariencia, la representación constitutiva del *estoppel* debe haber sido producida voluntariamente, lo cual no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa. Además, para que el *estoppel* se produzca es necesario que el destinatario de la representación¹⁷ haya confiado en ella y realizado algún acto modificativo de su situación jurídica anterior, de tal manera que la inexistencia del estado de cosas en que confió, le ocasione detrimento o perjuicio” (Díez Picazo 2014: 142-143).

Advertimos que por habernos concentrado en el *promissory estoppel* y en el *estoppel by representation*, por ser las más afines a las discusiones propias de la doctrina de los actos propios, en las líneas anteriores no nos hemos referido a otras modalidades de *estoppel* reconocidas por las cortes del *common law*¹⁸.

Australian law of promissory estoppel does not differ from English law. On a broader view, promissory estoppel can operate in Australia where the relying party has been led to believe that he or she will in the future be granted legal rights, such as rights under a contract, and the doctrine allows the relying party to enforce those rights as though they had been granted. On a still broader view, the Australian law of promissory estoppel is vastly more expansive, and is capable of operating as an independent source of rights or cause of action wherever one party induces another to assume that the inducing party will confer a benefit on the relying party”.

¹⁷ “Representación” entendida no como un mecanismo para expresar la voluntad a través de un tercero, sino como una descripción de la realidad, como una expresión del entendimiento.

¹⁸ No nos hemos referido, entre otras, a las siguientes modalidades de *estoppel*:

Se dice que habría algún parentesco entre el *estoppel* y la regla romanista de *venire contra factum proprium*, teniendo en cuenta, entre otros factores, que algunos juristas ingleses medievales estaban influidos por la doctrina romano-canónica. A pesar de ello, no puede desconocerse que la evolución de cada una ha seguido caminos paralelos.

“Exista o no comunidad de origen histórico, es claro, que una y otra institución han sufrido evoluciones independientes, amoldándose cada una de ellas a la idiosincrasia del país y a la realidad social en que han sido aplicadas, de tal manera que entre ambas figuras existen hoy divergencias muy acusadas. Pero si esto es así, no es también que acaso estas divergencias y esta disparidad pueden ser un útil complemento. Y así no cabe duda que los juristas continentales pueden dar a su viejo dogma un sentido nuevo a través de una

1. Estoppel by record. - Se corresponde con la eficacia que proporciona la cosa juzgada. La terminología empleada para crear esta categoría se basa en el hecho que la sentencia “is entered upon the record of the Court” (es registrada en la Corte) (Diez Picazo 2014: 135). Esto significa que si una controversia ya ha sido resuelta de manera definitiva por las cortes, cualquiera de las partes está “estopped” (prohibida) de pretender litigar nuevamente sobre el mismo asunto.

2. Estoppel by deed. - “*Deed*” es un negocio jurídico solemne, que puede comprenderse mejor si tenemos en cuenta que en el sistema de *common law* los contratos suponen la existencia de una *consideration*, que da el carácter obligatorio a los contratos. En cambio, la solemnidad del *deed* es tal, que no es necesario que exista *consideration*. “La idea fundamental del “estoppel by deed” es que quien ha emitido una declaración y ha asumido una responsabilidad por medio de un documento “under his hand and seal”, no puede discutir la veracidad de lo declarado tan solemnemente” (Diez Picazo 2014: 136-137).

3. Estoppel by fact in pais. - Es una modalidad de *estoppel* derivada de actos ejecutados de manera notoria en cierto lugar. La idea es que quien mediante ciertos actos reconoce el título o legitimación que confiere un estado posesorio sobre un bien inmueble, no puede posteriormente negarlo.

4. Estoppel by acquiescence. - El silencio puede causar la aplicación del *estoppel* impidiendo el ejercicio de un derecho, si ese silencio ha creado la representación de que una persona no tiene ese derecho. Para ello es necesario que la parte tenga un deber de decir algo y que el silencio suponga una infracción de la buena fe. En el caso *Berrysford v. Millward* (1740) “los tribunales ingleses decidieron que, cuando un hombre ha permitido que otro edifique sobre su terreno, conociendo el propietario la existencia y el alcance de su propio derecho e ignorándolo el edificante de buena fe, el tribunal debe obligar al propietario del suelo, que sólo ha hecho valer su derecho cuando el edificio ya había sido totalmente construido, a permitir el goce quieto y pacífico del edificante” (Diez Picazo 2014: 143). Nótese que una regla semejante a la del “estoppel by acquiescence” puede encontrarse en el artículo 944 del Código Civil, según el cual, cuando en una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de esta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.

5. Estoppel by convention. - Se trata de un desarrollo relativamente reciente, que logró reconocimiento judicial en 1981, con el caso *Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank*, según el cual, si las partes de un contrato, durante las negociaciones, incluyen una interpretación específica de sus términos, en virtud de la cual llevan a cabo los asuntos derivados de su relación contractual, se encuentran obligadas por dicha interpretación, como si el contrato se hubiera modificado de manera expresa en ese sentido (Bunting 2011: 513). El *estoppel by convention* presenta desafíos de carácter procesal, inexistentes en el Derecho Continental, referidos a la llamada “*parol evidence rule*”, que pertenece al *common law*. Esta regla señala que no puede admitirse la evidencia extrínseca que añada, altere o contradiga los términos de un contrato escrito (Bunting 2011: 529). Es fácil notar que para casos como este la solución bajo el Derecho Continental sería la realización de una adecuada labor hermenéutica, teniendo en cuenta el significado que las propias partes le han conferido a los términos contractuales.

serie de matices sólo descubiertos por la intuición y fino sentido jurídico de los anglosajones” (Diez Picazo 2014: 128).

En esta misma línea, Jaramillo señala:

“... no se puede aseverar que el *estoppel* y la regla *venire contra factum proprium* –y sus aplicaciones- son figuras iguales, y que sólo se diferencian por la lengua que las identifica o por su geografía jurídica, porque pese a su génesis, son autonómicas, así comparten, como comparten, diversos elementos estructurales que avalan su “parentesco” y su “estrecha relación”. Sin embargo, en cada sistema jurídico, en lo pertinente, haciendo un ejercicio de comparación, fungen como instituciones próximas o equivalentes” (Jaramillo 2014: 448).

A pesar de las diferencias, lo que ambas figuras tienen en común es que tanto el *estoppel* como la doctrina de los actos propios configuran un mecanismo para exigir coherencia y consistencia en las conductas que han generado una confianza razonable en otra persona. En ambos casos lo que se pretende es la protección de la apariencia jurídica. “Es decir, quien crea en otra persona una confianza en una determinada situación aparente e induce con ello a esta otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base de esta apariencia en la que ha confiado, no puede después pretender que aquella situación era puramente ficticia y que debe valer la situación real” (Diez Picazo 2014: 131).

Nótese que por la vía de la protección de la apariencia llegamos al común denominador que existe entre ambas figuras jurídicas: el principio de la buena fe. Ello es así porque la doctrina de la apariencia “es una de las principales derivaciones del principio general de la buena fe. La idea es simple: la protección de la confianza suscitada y la seguridad de los negocios exigen que quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, debe cargar con las consecuencias” (López Mesa 2013: 298).

Ahora bien, un operador jurídico del Derecho Continental debe distinguir las decisiones jurisprudenciales basadas en el *estoppel* o en la doctrina de los actos propios, de aquellas situaciones en las que pueden aplicarse reglas específicas, como las que regulan la relación entre el silencio y la manifestación de voluntad, la modificación o interpretación de los contratos, o la prescripción extintiva.

Es mucho más lo que puede decirse del *estoppel* y de su vinculación con la doctrina de los actos propios. Sin embargo, de cara a la materia de este trabajo de investigación, lo que sigue es analizar la manera en que las cortes internacionales se han aproximado al *estoppel* o a la doctrina de los actos propios a partir de la *lex mercatoria*, que recoge las prácticas que los comerciantes han establecido para repudiar el comportamiento contradictorio y la incoherencia en el actuar.

1.4 La doctrina de los actos propios bajo la perspectiva de la *lex mercatoria*.

Para entender a profundidad la noción de la doctrina de los actos propios en el Derecho Privado debe revisarse cuál es el comportamiento que los contratantes esperan de su contraparte, y sobre todo, cómo es que las cortes resuelven las controversias derivadas de la falta de coherencia durante la ejecución de las obligaciones.

La sistematización de las expectativas de los comerciantes y de las decisiones de los tribunales que han resuelto sus controversias ha dado lugar a lo que se denomina *lex mercatoria*, que, a los efectos de conocer a profundidad alguna institución jurídica vinculada al Derecho de contratos, es de estudio indispensable, si lo que queremos es que tal institución “funcione”; es decir, que responda a las expectativas de los contratantes, que estas sean protegibles y se hagan exigibles por los tribunales.

La aparición de los comerciantes “profesionales” en el mundo occidental, que masificaron el intercambio y generaron el desarrollo intenso de los mercados, se produjo luego de que en los siglos XI y XII se hubiera producido un rápido crecimiento de la productividad agraria, lo cual estimuló el comercio y el traslado de la población a las ciudades (Benson 1989: 43), y a su vez, la integración y sistematización de los usos y costumbres. “De hecho, la revolución comercial que tuvo lugar entre los siglos XI y XV y que desembocó en el Renacimiento y la Revolución Industrial, no habría tenido lugar sin el rápido desarrollo de este sistema privado de administración y ejecución de justicia basada en los usos y costumbres” (Benson 1989: 44).

Esta sistematización fue posible gracias a dos procesos simultáneos: *repetición* y *selección*. Repetición, pues los comerciantes ejecutaban inicialmente sus acuerdos sin necesidad de que una norma jurídica emanada del Estado estableciera todas las condiciones según las cuales el contrato debía ser ejecutado, sino que los acuerdos que atendían con eficiencia los intereses de los comerciantes empezaron a repetirse.

Ello ocurrió como consecuencia del desarrollo de la tecnología que masificó paulatinamente la producción y que por consiguiente generó la aparición de nuevos mercados. La proximidad de las partes de los arreglos comerciales fue mediatizándose por razones geográficas, lo que generó la necesidad de contar con mecanismos de ejecución comercial que redujesen al máximo las posibles controversias y que por tanto hicieran los acuerdos ejecutables en la práctica. Nótese la necesidad de que los comerciantes *confiaran* unos en otros, a pesar de la distancia, de las diferencias culturales y de lo impersonal de la interacción.

El proceso de *repetición* de las transacciones generó una situación de ensayo-error y por consiguiente, una *selección* de los instrumentos contractuales que mejor respondiesen a sus necesidades.

“El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través de un proceso de selección natural. A medida que los

mercaderes empezaron a comerciar a través de las barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extrajeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, **las prácticas que resultaran más eficientes para facilitar los intercambios comerciales desplazaron a las que no lo eran tanto**. Hacia el siglo XII, los usos mercantiles ya habían alcanzado un nivel suficiente para que los mercaderes extranjeros tuvieran la debida protección en las disputas con los mercaderes locales ...” [énfasis agregado] (Benson 1989: 45).

Nótese que el aludido proceso de selección contractual derivó en un proceso de evolución que sustituyó las prácticas menos funcionales por aquellas que respondían mejor a los intereses de los comerciantes. Los usos que adquieren mayor arraigo son entonces aquellos que ofrecen mayor flexibilidad de adaptación a sus necesidades. Así,

“... la estandarización evolutiva es flexible justamente porque admite el cambio constante. Si alguna regla no puede adaptarse a una determinada circunstancia o a un determinado cambio social, económico o cultural deja de ser útil para la sociedad entonces al igual que en el proceso de selección natural, las especies se adaptarán y solucionarán el inconveniente con una regla distinta” (Bullard y Repetto 2014: 5).

La idea anterior es explicada por otros autores a partir de la teoría del aprendizaje, en virtud de la cual el sujeto aprende sobre la base de experiencias previas, imitando conductas practicadas anteriormente. Esta idea, si bien es planteada por la autora Silvia Díez Sastre a propósito de la repetición de las conductas burocráticas de la administración pública, es de utilidad en el tema que nos convoca, ya que en ambos casos se generan conductas previas que de alguna u otra manera terminan siendo vinculantes para el Derecho.

Así, a propósito del llamado *aprendizaje instrumental*, la autora señala:

“El individuo atiende a los resultados que derivan de cierta conducta con el fin de mantenerla o evitarla en las situaciones similares que se le planteen en el futuro. La creación de costumbres, sobre la base de los criterios de actuación seleccionados en un momento anterior, disciplina el comportamiento posterior de una forma relativamente rígida. El presupuesto necesario para asegurar la racionalidad de este tipo de comportamiento es que la conducta aprendida sólo se active en una situación semejante a la que provocó el aprendizaje o, lo que es lo mismo, en una situación igual (o mejor, homologable) a la que motivó la elección del criterio de actuación que se considera certado. De este modo, el comportamiento, vinculado siempre a determinadas situaciones y orientado a un fin concreto, se asume como algo natural, hasta el punto de que el agente no debe esforzarse prácticamente para llevarlo a cabo con un mínimo de control consciente” (Díez Sastre 2018: 33).

Nótese la importancia de la idea anterior –que el comportamiento repetido termina asumiéndose como algo natural- para calificar a la costumbre como fuente de derecho, aunque haya ido perdiendo importancia como consecuencia del proceso de codificación posterior¹⁹.

El proceso de repetición y selección que va dando lugar a los usos mercantiles, y por tanto a la *lex mercatoria*, es indispensable para la masificación de las transacciones ocurrida con el transcurso del tiempo. Este proceso tuvo como consecuencia inexorable el hecho de que la negociación detallada de cada uno de los términos comerciales no solo fuese impracticable sino además inconveniente para los fines de la contratación. En tal sentido, la aparición de contratos tipo (cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión) fue consecuencia de la evolución de las prácticas comerciales, que luego de un proceso repetido, produjo la selección de los mecanismos de contratación más flexibles a las nuevas necesidades. Al legislador no le quedó otra alternativa que reconocer y hacer exigibles dichas prácticas.

“Las leyes que aparecieron para controlar el Derecho mercantil internacional, reforzaron, más que reemplazaron, la práctica de los negocios: leyes que dirigieron a los comerciantes a llevar a cabo aquello que hubieran acordado. Además, estas leyes usualmente no suponían fórmulas legales complicadas o controles obligatorios sobre los negocios. Las leyes comerciales tenían el claro propósito de ser el lenguaje de la interacción. Se evitaron complicaciones que hubieran impedido la comunicación y por tanto desincentivado el comercio” (Benson 1989: 648)²⁰.

La *lex mercatoria* empezó a ser incorporada formalmente a los ordenamientos jurídicos de los estados a partir del siglo XIX, lo que por cierto coincidió con el auge de la codificación del Derecho. Esto condujo “al peculiar desarrollo del derecho internacional privado “conflictualista” para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas” (Moreno 2014: 77-78).

Ahora bien, no hay unanimidad sobre la definición de la *lex mercatoria*. Por el contrario, su definición ha generado encendidos debates en el plano teórico. La construcción teórica de la noción de *lex mercatoria* fue impulsada principalmente por los profesores Schimithoff y Goldman (Tovar 2004: 161). Sin embargo, hay quienes no solo presentan opiniones discrepantes con las definiciones

¹⁹ Según Díez Sastre, pp. 75-76, la costumbre, como Derecho no escrito, fue la fuente jurídica más importante, pero en los períodos clásico y postclásico (a fines del siglo I a.C.), perdió protagonismo, debido a la expansión territorial del Imperio, lo que generó que Roma esté integrada por tradiciones dispares, de modo que la supremacía de la ley se consolidó. En la Edad Media la costumbre recuperó protagonismo como consecuencia de la nueva dispersión del poder; sin embargo, el proceso de codificación le produjo un definitivo revés.

²⁰ Traducción libre de: “The laws which came to dominate the international Law Merchant were laws which reinforced rather than superseded business practice: laws which commanded merchants to do what they had already agreed to do. Furthermore, these laws typically did not involve complex legal forms or mandatory controls over business. Commercial law was clearly intended to be a language of interaction. Complexities that might hinder communication and thereby inhibit trade were avoided” (Benson 1989: 648).

propuestas, sino que además cuestionan su existencia, acusándosele de sustituir la regla aplicable por las preferencias personales del juzgador²¹.

Al respecto, Bucur informa que las principales objeciones contra la aplicación de la *lex mercatoria* es que los acuerdos privados no pueden producir normas sin la autorización o el control de los estados, y que la ley no puede ser aplicada fuera de las jurisdicciones nacionales a menos que haya un instrumento jurídico global que así lo autorice (2018: 297).

No es la idea de este trabajo profundizar en las posiciones que la doctrina ha postulado en relación con la “naturaleza” de la *lex mercatoria*, pero de cara al tratamiento que ella brinda a la doctrina de los actos propios, podemos señalar que tiene vocación de universalidad, que se ha creado espontáneamente, y que es independiente de los ordenamientos jurídicos estatales. Nada de ello, sin embargo, tiene el poder de eliminar las reglas imperativas del Derecho aplicable según el mecanismo de conflicto de leyes que hayan previsto las normas de Derecho Internacional Privado de los países involucrados (Moreno 2014: 96).

“Consideramos que no cabe llegar al extremo de considerar a la Lex Mercatoria como un orden jurídico autónomo. Creemos que lo que debemos hacer es estudiar la Lex Mercatoria Internacional como una fuente de Derecho Internacional Privado y buscar que se la reconozca como un instrumento que se le ofrece a este para construir soluciones aplicables a las relaciones del tráfico jurídico privado internacional” (Tovar 2004: 161).

Visto entonces que los usos mercantiles creados por los comerciantes contenidos en la *lex mercatoria* no necesariamente están recogidos por las normas de Derecho positivo, cabe preguntarse cómo pueden incorporarse a sus relaciones contractuales. Ello puede ocurrir de distintas formas; una de ellas por remisión expresa de las partes a los usos y costumbres mercantiles; otra es por incorporación automática, cuando se trata de usos obligatorios; también puede haber incorporación tácita, si ello se deduce de la intención de las partes expresadas en prácticas anteriores (Tovar 2004: 162).

Para irnos aproximando al tema que nos convoca, que subyace a la doctrina de los actos propios, cabe señalar que el trato justo entre los comerciantes es uno de los elementos esenciales de la *lex mercatoria*.

“La justicia era un elemento necesario de la *lex mercatoria*, por supuesto, precisamente porque su “autoridad” derivaba voluntariamente del reconocimiento de beneficios recíprocos. Nadie hubiera reconocido voluntariamente un sistema legal que no lo hubiera tratado adecuadamente. La objetividad e imparcialidad de la *lex mercatoria*, que reflejaba tal énfasis sobre la justicia era luego exigida a través de

²¹ Como señala Moreno (Moreno 2014: 87), hay incluso quien dijo que la *lex mercatoria* es como el “Monstruo del Lago Ness”, que ocasionalmente aparece en los titulares por haber sido visto en algún fallo, pero que en definitiva es inexistente.

decisiones imparciales adoptadas por las cortes de comerciantes” (Benson 1989: 649)²².

El carácter “espontáneo” de la *lex mercatoria* queda revelado en el hecho que no necesitó de coerción estatal para ser aplicada. En palabras de Petsche, la *lex mercatoria* es el producto de la autorregulación de la comunidad comercial internacional (2014: 491). Es precisamente por ello que los comerciantes formaron sus propias cortes para decidir de acuerdo con las prácticas arraigadas luego del mencionado proceso ensayo-error. Las decisiones adoptadas por las cortes eran aceptadas tanto por vencedores como por vencidos, pues de lo contrario hubieran sido condenados al ostracismo.

Como veremos a continuación, una de las prácticas que se encuentra arraigada entre los comerciantes por brindarles flexibilidad para encontrar soluciones justas a sus controversias, que es resultado del proceso de “selección natural” luego de un proceso de repetición, es aquella que proscribe el comportamiento contradictorio de las partes en sus relaciones comerciales. Dicho con otras palabras, la doctrina de los actos propios forma parte de los usos y costumbres contenidos en la *lex mercatoria*.

A continuación nos referimos a la expresión por excelencia de la armonización del Derecho Privado, más allá de las fronteras de los países: los Principios UNIDROIT.

1.4.1 Los Principios UNIDROIT.-

UNIDROIT es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, una organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, también conocido por el Instituto de Roma. Se fundó en 1926 como órgano auxiliar de la antigua Liga de las Naciones (antecedente de las Naciones Unidas).

Los Principios UNIDROIT no han adoptado la forma de un tratado, pues no están destinados a ser ratificados por los países. Sin embargo, al resumir las prácticas generalizadas del comercio exterior, pueden ser adoptados por las partes de los contratos internacionales como reglas que guíen su ejecución, o servir como guías a los árbitros y juzgadores encargados de resolver sus controversias (Moreno 2014: 74).

A la técnica adoptada con los Principios UNIDROIT se le denomina *restatement* y corresponde a la alternativa de armonización legislativa por medio de una especie de codificación de origen privado (Glitz 2012: 276). En efecto, “la armonización del derecho privado (en particular del relativo al sector de los contratos, el más sensible a los cambios) es un proceso lógico e inevitable en un

²² Traducción libre de: “Fairness was a required feature of the Law Merchant, of course, precisely because its “authority” arose voluntarily from recognition of reciprocal benefits. No one would voluntarily recognize a legal system that was not expected to treat him fairly. The objectivity and impartiality of the Law Merchant, reflecting this emphasis on fairness was further reinforced by impartial adjudication which manifested itself in the rise of participatory merchant courts” (Benson 1989: 649).

mundo donde las fronteras nacionales de manera paulatina han ido perdiendo la trascendencia que otrora tuvieron” (Facco 2017: 330).

Los Principios UNIDROIT, que son la mejor expresión de la *lex mercatoria*, pueden ser aplicados cuando las partes acuerden que el contrato se rige por principios generales del Derecho, por los usos y costumbres internacionales, por la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Sirven también como criterio hermenéutico para interpretar o complementar los alcances del Derecho nacional.

Es interesante tener en consideración que mediante sentencia emitida el 25 de febrero de 2020, la Corte de Apelaciones de París confirmó un laudo emitido en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el que el tribunal arbitral aplicó exclusivamente los Principios UNIDROIT como *lex contractus*, a pesar de que las partes no se remitieron expresamente a dichos Principios. De esta forma, la Corte de Apelaciones sostiene que un tribunal arbitral puede aplicar exclusiva y válidamente los Principios UNIDROIT si las partes no han acordado una ley aplicable a sus procedimientos de arbitraje. La Corte de Apelaciones también considera que un tribunal arbitral que aplica los Principios UNIDROIT no falla en equidad (Fernández Rozas 2020).

A los efectos de la investigación que presento, la revisión de los Principios UNIDROIT y el análisis de los casos dictados al amparo de ellos, es importante porque “son un reflejo de las prácticas o principios comunes en materia contractual a nivel mundial recopilados por expertos usando no sus propias ideas, sino lo que recogen de la práctica” (Bullard y Repetto 2014: 12).

“Los Principios UNIDROIT no son una convención internacional o un modelo legislativo, sino que tienen más bien, a nivel internacional, una función similar a la de los Restatements of the Law publicados por el American Law Institute. Los principios sirven entonces para formular sistemáticamente y en una forma que se pueda interpretar de modo equivalente en todo el mundo las principales prácticas y principios que rigen el campo de la contratación internacional. No son simplemente el registro de las prácticas existentes; son en parte la codificación de principios generalmente adoptados en los contratos internacionales, y en parte presentan regulaciones originales, resultantes del trabajo elaborado por un grupo grande de expertos de varias partes del mundo” (Cordero 2007: 21)²³.

A continuación nos referimos a algunas de las “reglas” contenidas en los Principios UNIDROIT en su versión de 2010, que es la vigente²⁴, así como a sus

²³ Traducción libre de: “The UNIDROIT Principles are not an international convention or a model law, they have rather, on an international level, a function similar to the Restatements of the Law published by the American Law Institute. The principles are thus meant to formulate systematically and in a way that may be interpreted equally all over the world the main practices and principles prevailing in the field of international contracts. They are not merely a record of existing practice; they are partially a codification of generally adopted principles of international contracts, and partially they present original regulations, that result from the work of a large group of experts from various parts of the world”.

²⁴ Esta versión fue modificada en el 2016 a propósito de los contratos de larga duración.

Comentarios Oficiales, en relación con la coherencia en el actuar de los comerciantes.

“Artículo 1.7 (buena fe y lealtad negocial):

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

Al respecto, los Comentarios Oficiales señalan que los Principios UNIDROIT contienen numerosas referencias a la buena fe y lealtad negocial, que son ideas fundamentales en las que aquéllos se sustentan, y que son exigibles incluso en la etapa de negociación. Es más, dichos Comentarios señalan que está incluida la prohibición del abuso del derecho, que se “caracteriza por el malicioso comportamiento de una parte que acontece, por ejemplo, cuando se ejerce un derecho solamente para dañar a la otra parte o con un propósito diverso para el cual fue otorgado, o cuando el ejercicio del derecho es desproporcionado a la intención original del resultado esperado” (UNIDROIT 2015: 21)²⁵.

Además, indican los Comentarios Oficiales que el deber de conducirse de buena fe es de tal importancia, que las partes no pueden excluirlo ni limitarlo. En este punto nos remitimos a similar conclusión alcanzada en el capítulo primero, a propósito de la discusión sobre si es admisible un pacto de exclusión del deber de actuar de buena fe. Nuestra conclusión es ratificada por la práctica comercial recogida en los Principios UNIDROIT.

²⁵ Son reglas que confieren a la buena fe un rol central en los contratos comerciales internacionales:

“Artículo 2.1.15 (negociaciones de mala fe)

- (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
- (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

“4.8 (integración del contrato)

- (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
- (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

1. (a) la intención de las partes;
2. (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
3. (c) la buena fe y la lealtad negocial;
4. (d) el sentido común”.

“5.1.2 (obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

1. (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
2. (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
3. (c) la buena fe y la lealtad negocial.
4. (d) el sentido común”.

“5.1.3: (cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

A propósito de la buena fe, es revelador que los Principios UNIDROIT contengan mención expresa a la doctrina de los actos propios. De hecho, la necesidad de repeler las conductas contradictorias en las relaciones comerciales ha conducido a que la proscripción del comportamiento contradictorio sea uno de los principios generales contenidos en dicho instrumento de *lex mercatoria*.

“Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*):

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

Son tres las ideas más importantes que en relación con este asunto plantean los Comentarios Oficiales, y respecto de las cuales profundizaremos en los capítulos siguientes, dado que el propósito en este es presentar las decisiones que los tribunales internacionales han adoptado en aplicación de los Principios UNIDROIT (UNIDROIT 2015: 23-24).

La primera idea que destacan los Comentarios Oficiales es que la prohibición contenida en el artículo 1.8 puede resultar en la creación de derechos, así como en la pérdida, suspensión o modificación de derechos por medios diferentes al acuerdo de las partes. Ello se debe a que el entendimiento en el que se basaron las partes puede ser en sí mismo contradictorio con lo acordado por ellas o con sus derechos.

La segunda idea es que el entendimiento que dio lugar a la confianza luego contradicha con un comportamiento posterior y contradictorio, puede referirse tanto a cuestiones de hecho como de derecho.

La tercera idea central de los Comentarios Oficiales de los Principios UNIDROIT en relación con el *venire contra factum proprium*, es que la regla que repudia la contradicción opera solamente si el entendimiento en el que se basa la confianza, es protegible razonablemente de acuerdo con las circunstancias.

“La única restricción es que el entendimiento debe ser tal que la otra parte, de acuerdo con las circunstancias, haya podido razonablemente confiar en él. Si esa confianza es razonable o no depende de las circunstancias, tomando en consideración, en particular, las comunicaciones y el comportamiento de las partes, la naturaleza y el contexto de la operación, y las expectativas que cada parte podría haber generado razonablemente en la otra” (UNIDROIT 2015: 24).

Ahora bien, a manera ilustrativa, e independientemente de presentar más adelante los casos en los que los tribunales internacionales han analizado la doctrina de los actos propios en el comercio internacional, a continuación, mencionamos algunos ejemplos contenidos en los Comentarios Oficiales a propósito del artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT. No es nuestro propósito en este punto dar nuestra opinión sobre ellos, sino dar cuenta de lo que los propios comentaristas oficiales de los Principios UNIDROIT consideran son las situaciones en las que correspondería aplicar –o no- la doctrina de los actos propios.

- “A lleva un buen tiempo negociando con B un contrato de arrendamiento de un inmueble que pertenece a B y según el cual este debe demoler la construcción existente con el fin de construir un edificio de acuerdo a las especificaciones de A. A se comunica con B en términos que inducen razonablemente a B a entender que las negociaciones han concluido y que B puede empezar a ejecutar el contrato. Entonces B demuele el edificio e inicia la construcción del nuevo. A se da cuenta de ello y no lo impide; luego le informa a B que existen términos adicionales por negociar. A está impedido de modificar el entendimiento de B.
- B cree erróneamente que su contrato con A puede ser ejecutado de un modo determinado. A se da cuenta de ello y no dice nada, mientras que B comienza a cumplir el contrato. B y A se reúnen regularmente y la modalidad de cumplimiento de B se discute en las reuniones, pero A no menciona el error en que ha incurrido B. A no puede sostener que la modalidad de cumplimiento de B era diferente a la pactada en el contrato.
- La empresa A subcontrata regularmente a B para llevar a cabo trabajos de construcción de edificios. La actividad de A y sus empleados son transferidos a la empresa A.1, relacionada a A. B continúa prestando los servicios y factura a A, quien no informa que el trabajo beneficia ahora a A.1. A no puede negarse a pagar.
- A no puede cumplir a tiempo con las obligaciones frente a B, debido a problemas con sus propios proveedores. Luego de informar a B, este le indica que no insistirá en el cumplimiento puntual. Un año después, el negocio de B sufre las consecuencias del incumplimiento moroso de A. B intenta recuperar el pago de las penalidades ocasionadas por la morosidad de A y le exige que en el futuro las entregas sean puntuales. B no puede exigir las penalidades pasadas pero sí exigir el cumplimiento puntual en el futuro.
- B adeuda a A 10,000 dólares. La deuda es exigible pero A no hace nada para cobrarla. B deduce que A le ha condonado la deuda. A no hizo nada para dar a entender eso; por el contrario, demanda el pago. B no puede confiar en la inacción de A para oponerse al pago”.

Para Brödermann, los ejemplos típicos de aplicación del artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT ocurren en aquellas situaciones en las cuales una de las partes tolera silenciosamente, por un largo período, el comportamiento de la otra parte que contraviene el texto del contrato, generando así que esta última considere que sus actuaciones están siendo toleradas (2018: 26). Añade el autor que la manera de evitar los efectos del artículo 1.8 es usar una “non-reliance clause” o una “without prejudice letter” (Brödermann 2018: 26)²⁶.

²⁶ Una “non-reliance clause” permite a las partes excluir alegaciones basadas en la confianza generada por la conducta desplegada por las partes, como se señala en el acápite 3.5 de este trabajo. Una “without prejudice letter” (carta que indique “sin perjuicio de que ...”) es una forma de comunicación que establece una reserva, con el propósito de evitar que la contraparte alegue que se ha generado confianza razonable y protegible.

Ahora bien, los Principios UNIDROIT no solamente contienen una “regla” que de manera directa abordan el asunto de la contradicción en el comportamiento de las partes al ejecutar sus contratos, como la contenida en el artículo 1.8, sino que contienen otras que han sido construidas sobre la base de dicha lógica y del repudio a la inconsistencia en el actuar. Nos referimos a los artículos 2.1.18 (modificación en una forma en particular) y 2.2.5 (representante actuando sin poder o excediéndolo).

“Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular):

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. **No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos** [énfasis agregado].

Al respecto, los Comentarios Oficiales señalan que las partes pueden pactar que la manera de modificar o extinguir el contrato sea por escrito, e incluso con alguna forma particular, incorporando para ello una cláusula especial (por ejemplo: “toda modificación al presente contrato solamente se podrá realizar por escrito y mediante la firma de las partes contratantes”). En tal sentido, una pretendida modificación realizada por un medio distinto, como por ejemplo un correo electrónico, no surtirá efectos si las partes inicialmente habían previsto que debía efectuarse con otra formalidad²⁷.

Sin embargo, y en este punto viene la conexión con la doctrina de los actos propios, el artículo 2.1.18, que protege la libertad de las partes para pactar las formalidades de la modificación de los contratos, no ampara las situaciones en las que ellas invoquen la falta de cumplimiento de las formalidades cuando su propia conducta ha importado la anuencia a las modificaciones realizadas, que luego pretenden cuestionar.

“Existe sin embargo una excepción a la regla general. Al aplicar el principio general relativo a la prohibición del comportamiento inconsistente (véase el Art. 1.8), conforme a esta disposición, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar la cláusula que exige la forma escrita para modificar o extinguir el contrato cuando la otra parte hubiera actuado razonablemente sobre la base de dichos actos” (UNIDROIT 2015: 67)²⁸.

²⁷ Nótese que en relación con este asunto, el artículo 1411 del Código Civil peruano señala: “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”.

²⁸ Los Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT presentan el siguiente ejemplo, que advertimos, es por cierto debatible: “un constructor “A” celebra un contrato, suscrito por el consejo directivo de una escuela “B”, para construir un nuevo edificio escolar. Se prevé que el segundo piso debe tener la resistencia necesaria para albergar una biblioteca. Además, se prohíbe la modificación verbal. Sin embargo, posteriormente las partes acuerdan verbalmente que el segundo piso no debe tener la capacidad originalmente prevista. A termina el edificio conforme a la modificación verbal. B observó la construcción sin ninguna objeción. Sin embargo, al momento de la entrega B observa la forma en que se construyó el segundo piso. “Un tribunal podría decidir que “B” no tiene derecho a valerse de la cláusula que prohíbe la modificación verbal, puesto que “A” pudo razonablemente confiar en la modificación verbal y por lo tanto no incurre en responsabilidad por incumplimiento” (UNIDROIT 2015: 67).

Por su parte, en el ejercicio de las facultades de representación también es posible evitar que los comerciantes actúen de manera incoherente con el entendimiento que propiciaron y que por tanto debe ser protegido.

“Artículo 2.2.5 (representante actuando sin poder o excediéndolo)

(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.

(2) Cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante”.

El numeral 2 de la norma citada es de particular relevancia porque es una manifestación de la doctrina de los actos propios, como los Comentarios Oficiales lo señalan expresamente.

“La representación aparente, que constituye una aplicación del principio general de buena fe (ver el Art. 1.7) y de la prohibición del comportamiento contradictorio (ver Art. 1.8) es particularmente importante cuando el representado no es una persona física sino un ente colectivo. Al tratarse de una sociedad o de cualquier otra persona jurídica, un tercero puede tener dificultad para determinar si las personas que actúan en la organización tienen poder real para actuar, de manera que podría preferir, cuando sea posible, confiar en el poder aparente. En estos casos, el tercero sólo tiene que demostrar que era razonable para él creer que la persona que pretendía representar a la organización tenía poder para ello, y que esta creencia razonable se forjó en razón del comportamiento de quienes realmente contaban con los poderes para representar a la organización (consejo de administración, directores, socios, etc.). La cuestión de saber si esta creencia era razonable o no para el tercero dependerá de las circunstancias del caso (el lugar dentro de la jerarquía de la organización que tenía la persona que hizo la aparente representación, el tipo de operación, el consentimiento de los directores de la organización en el pasado, etc.)” (UNIDROIT 2015: 86)²⁹.

Los Principios UNIDROIT, como ya se ha explicado, son la expresión por excelencia de la *lex mercatoria*; sin embargo, no han sido el único esfuerzo desplegado por los expertos para presentar un conjunto de “reglas” que recogen

²⁹ A manera ilustrativa, cabe señalar que, en el Perú, los artículos 12 y 13 de la Ley General de Sociedades establecen lo siguiente:

“Artículo 12.- La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

“Artículo 13.- Actos que no obligan a la sociedad

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores”.

la práctica del comercio internacional. A continuación nos referimos brevemente a los Principios *Trans-Lex* y al *Draft Common Frame of Reference*.

1.4.2 Los Principios Trans-Lex.-

El Centro de Derecho Transnacional (*Center for Transnational Law*) ha recogido aproximadamente ciento treinta principios que reflejan la práctica del comercio internacional, cada uno con comentarios y con referencias a casos que los contienen. Ellos están organizados en una base de datos de libre acceso libre: trans-lex.org.

Es interesante anotar que el primer principio Trans-Lex, que por su lugar preferente de ubicación da cuenta del rol central que cumple en el comercio internacional, sin distinguir entre los sistemas jurídicos del *Common Law* y del Derecho Continental, es el de buena fe. Sobre esto, el Principio N° I.1.1 establece, en primer lugar, que las partes de transacciones internacionales deben actuar de conformidad con la buena fe y trato justo en el comercio internacional, y que este estándar aplica a la negociación, formación, ejecución e interpretación de los contratos internacionales.

En segundo lugar, establece que los estándares y requerimientos impuestos a las partes por este Principio, dependerán de las circunstancias, como por ejemplo el sector en el que operan, su tamaño, su nivel de sofisticación profesional, así como la naturaleza y la duración del contrato.

Finalmente, y esto es muy importante, las partes no pueden excluir o limitar la aplicación del principio de la buena fe³⁰.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente a la doctrina de los actos propios, se ha fijado el Principio Trans-Lex N° I.1.2, con el título “prohibición del comportamiento inconsistente”:

“(a) Una parte no puede actuar en contradicción con su propia conducta en relación con la otra parte, si esta última ha actuado confiando razonablemente en dicha conducta (“venire contra factum proprium”).

(b) La violación de este Principio puede determinar la pérdida, suspensión o modificación de los derechos de la parte que vulnera este Principio o en la creación de derechos para la parte afectada”³¹.

³⁰ Traducción libre de:

“No. I.1.1 - Good faith and fair dealing in international trade

(a) Parties to international business transactions must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. This standard applies to the negotiation, formation, performance and interpretation of international contracts.

(b) The standards and requirements imposed on the parties by this Principle vary depending on the individual circumstances involved, such as the trade sector in which the parties are operating, their size and degree of professional sophistication, and the nature and duration of the contract.

(c) The parties may not exclude or limit the application of this Principle to their legal relationship”.

³¹ “N° I.1.2.- “prohibition of inconsistent behaviour

(a) A party cannot set itself in contradiction to its previous conduct vis-à-vis another party if that latter party has acted in reasonable reliance of such conduct (“venire contra factum proprium”).

En primer lugar, debemos hacer notar el lugar preponderante que ocupa este principio; es el segundo de más de ciento treinta, lo cual tiene que ver con que, según los comentarios a este principio, deriva del principio general de la buena fe. Entre otros elementos para que opere, los comentarios requieren: (i) que la confianza generada en la otra parte esté basada en un acto específico, una declaración o el silencio; (ii) que la conducta esté relacionada a la relación contractual existente entre las partes; (iii) que la confianza sea razonable; es decir, contar con razones justificadas para confiar en la conducta inicial de la contraparte, la cual debe determinarse según las circunstancias del caso concreto.

1.4.3 Draft Common Frame of Reference (DCFR).-

El *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), o Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, es un paso más en el proceso de maduración del Derecho Contractual uniforme europeo. Es una obra elaborada por académicos expertos en la materia, editada por primera vez en 2008. Es una herramienta de *soft law* a disposición de los contratantes para que lo usen como referencia en ejercicio de su autonomía privada. De hecho, hay varias sentencias del Tribunal Supremo Español que lo invocan. Se basa en cuatro pilares: libertad, seguridad, justicia y eficiencia, los cuales se reflejan en las llamadas “reglas operativas” (*model rules*) (Facco 2017: 349).

Una de las reglas operativas alude al deber de buena fe (*good faith and fair dealing*), definido como un “estándar de conducta caracterizado por la honestidad, franqueza y consideración de los intereses de la otra parte en la transacción o relación en cuestión” (Facco 2017: 351).

El segundo párrafo del principio I.I:103 del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado señala que un comportamiento contrario a la buena fe (*good faith and fair dealing*) es “todo acto inconsistente de una de las partes con relación a una conducta anterior que generó razonable confianza en la otra parte”.

En el ámbito europeo se han lanzado otros dos importantes proyectos: los *Principios de Derecho Contractual europeo* (proyecto de la comisión presidida por el jurista danés Ole Lando) y el *Código europeo de los contratos* (proyecto de la Academia de *iusprivatistas* europeos). En ambos se alude al deber de buena fe, pero la diferencia entre uno y otro está en que el primero consagra directivas con carácter programático, mientras que el segundo presenta los caracteres de un verdadero código (Facco 2017: 331)³².

(b) Violation of this Principle may result in the loss, suspension, or modification of rights otherwise available to the party violating this Principle or in the creation of rights otherwise not available to the aggrieved party”.

³² El artículo 1202 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos señala que “Cada una de las partes está obligada respecto de la otra, a cooperar para conseguir la plena efectividad del contrato”.

Hasta ahora nos hemos referido a expresiones de la *lex mercatoria* contenidas en los Principios UNIDROIT, los Principios Trans-Lex y el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado. A continuación nos referimos a un documento que también resulta de los usos y costumbres en materia de comercio internacional, pero que sí ha alcanzado un estatus jurídico mayor: ha sido suscrito por numerosos Estados y por tanto forma parte de su Derecho interno, incluido el del Perú³³.

1.4.4 La Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías.-

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”, por sus siglas en inglés³⁴) fue elaborada por la Comisión de Derecho del Comercio Internacional de las Naciones Unidas y aprobada en Viena en 1980 (Cordero 2007: 22) (en adelante, la “Convención de Viena”).

“La CISG estableció un sistema unificado para regir los contratos internacionales de compra y venta de mercaderías. Actualmente su relevancia es básicamente producto de tres puntos: (i) su amplia aplicación en el Derecho Internacional, (ii) la posibilidad de que normas de DIPRI [sic] apliquen la ley del país signatario de la Convención y (iii) la posibilidad de que las partes se sometan a ella voluntariamente” (Glitz 2012: 255).

Como señala Claire M. Germain, la literatura sobre la Convención de Viena es abundante (1996: 53), al punto que dicha autora ofrece una guía útil -pese a la antigüedad de su trabajo- para aproximarse a los textos más relevantes. Sin embargo, a continuación nos referimos únicamente a las reglas contenidas en la Convención de Viena que son pertinentes de cara al deber de guardar coherencia durante la ejecución de los contratos, recogido en la doctrina de los actos propios.

“Artículo 8

- 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
- 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
- 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

“Artículo 9

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

³³ Perú ratificó la Convención de Viena el 25 de marzo de 1999 y entró en vigor el 1 de abril de 2000: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

³⁴ *Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

“Artículo 29

1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo de las partes.
2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra se haya basado en tales actos”.

“Artículo 46

1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. [...]”.

Como puede apreciarse, en la Convención de Viena no hay una referencia expresa y directa a la doctrina de los actos propios, como sí la hay en los Principios UNIDROIT y en los Principios Trans-Lex, sin perjuicio de lo cual dicho tratado no tolera las conductas contrarias a la buena fe y rechaza más bien los comportamientos contradictorios de las partes.

En esta línea, como plantea Perales Viscasillas (1998: 195), las materias no excluidas de la Convención de Viena, que no están expresamente resueltas por ella, pueden abordarse con las soluciones contenidas en los Principios UNIDROIT, dado que el artículo 7 párrafo 2 de la Convención de Viena señala que:

“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

Así, por ejemplo, se ha señalado que, si bien la palabra “estoppel” no es parte de la terminología de la Convención de Viena, es aceptado que ella se encuentra a la sombra en diversos de sus artículos, y que el principio de la buena fe, que subyace a la figura del estoppel, es un principio común de la *lex mercatoria* (Uçaryilmaz 2013: 169)³⁵.

De ello da cuenta el hecho que para entender el sentido de los contratos, la Convención de Viena exige que se debe tener en consideración que: (i) las prácticas llevadas a cabo por las partes en el transcurso de la ejecución de sus prestaciones; (ii) que sin perjuicio de las formalidades para la modificación de los

³⁵ Traducción libre de: “Although the word estoppel is not a part of the language of the CISG, it is accepted that it lives in the shadows of the several Articles of the Convention. It is admitted that the principle of good faith which lies behind the doctrine of estoppel is a common principle of *Lex Mercatoria*” (Uçaryilmaz 2013: 169).

contratos, las partes no pueden ir contra sus propios actos; y, (iii) el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

1.4.5 Las cortes arbitrales bajo la *lex mercatoria*.-

La *lex mercatoria* expresada en los Principios UNIDROIT, al igual que la Convención de Viena, es aplicada tanto por las cortes estatales como por tribunales arbitrales cuando las controversias se suscitan en el marco del comercio internacional. Sin embargo, como se verá más adelante a propósito de los casos seleccionados para ilustrar la manera en que los tribunales internacionales abordan la doctrina de los actos propios (o el *estoppel*), puede apreciarse que son los árbitros quienes con mayor frecuencia invocan la *lex mercatoria*, pues a diferencia de los jueces nacionales, no están necesariamente vinculados a una *lex fori*.

Ello ocurre porque las controversias del comercio internacional no suelen estar vinculadas a un solo Estado.

“A diferencia de los árbitros, los jueces nacionales sí están atados a un conjunto de normas de conflicto que los obligan y que no pueden dejar de lado. Esto lleva a que dependa del marco legal de cada juez y la posibilidad de aplicación de la Lex Mercatoria. La posibilidad, en este caso, de aplicación directa de la Lex Mercatoria, con exclusión de las normas imperativas de una ley nacional, es difícil. Para que sea posible, será necesario que las normas de Derecho Internacional privado del juez lo remitan, de alguna forma, a la Lex Mercatoria” (Tovar 2004: 172).

Como es evidente, las cortes estatales sí pueden (y deben) aplicar la *lex mercatoria* cuando sus normas internas así lo permitan; ello ocurre por ejemplo con los países que han suscrito la Convención de Viena, la cual reconoce a los usos como fuente de Derecho.

Por su parte, las cortes arbitrales no solamente deben laudar conforme a las normas jurídicas aplicables, sino que además están regidos por el principio de la buena fe. “La buena fe, sin dudas incorporada a los principios generales del comercio internacional, es de fecunda aplicación tanto en los aspectos procesales como sustantivos del arbitraje y también lo es en los procedimientos judiciales estatales de apoyo y de control del arbitraje” (Arrighi 2017: 2).

Siendo la buena fe una cuestión que rige los procesos arbitrales tanto en asuntos procedimentales como de fondo, no es de extrañar que los tribunales que resuelven controversias de comercio internacional se sientan cómodos al momento de laudar invocando el deber de buena fe y repudiando comportamientos contradictorios de las partes en ejecución de sus contratos.

En el caso peruano, el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje, así lo ordena: “Las partes están obligadas a observar el principio de la buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones

arbitrales y a colaborar con el tribunal en el desarrollo del arbitraje”. El artículo 14 también se remite al deber de buena fe, a propósito de la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias.

El artículo 57 señala que, en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables³⁶. Lo mismo señala el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y de la Cámara de Comercio de Lima, dos importantes instituciones arbitrales. Dichas normas señalan que el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, así como los usos y prácticas aplicables.

Solamente a manera ilustrativa cabe señalar que además de las normas indicadas, son varias las normas del Derecho nacional que permiten la remisión tanto a los principios del Derecho como a los usos y costumbres. Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil obliga a aplicar los principios generales del Derecho; los artículos 168 y 1362 obligan a interpretar los contratos conforme a la buena fe; el artículo 170 señala que los negocios jurídicos deben interpretarse conforme a la naturaleza y objeto del acto.

Por su parte, el artículo 2 del Código de Comercio señala que los actos de comercio se rigen por las condiciones establecidas en el Código (que en su mayoría están hoy derogadas), y, en su defecto, por los usos de comercio, y solo a falta de ambas reglas, por el Derecho común. El artículo 57 señala que: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones” (esta norma no ha sido materia de derogación expresa).

Y en relación con controversias con componentes internacionales, el artículo 2047 del Código Civil señala que “El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro. Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado”.

1.5 Casos en materia comercial internacional en los que se analiza la doctrina de los actos propios.-

Habiendo concluido que la *lex mercatoria*, expresada tanto por los Principios UNIDROIT como por la Convención de Viena, es aplicada por los tribunales en

³⁶ Ello es lo que indica la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo UNCITRAL), referido a las normas aplicables al fondo del litigio. El artículo 28 señala que en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

materia de comercio internacional, presentamos a continuación 33 casos en los cuales ha sido materia de análisis la conducta contradictoria desplegada por las partes en ejecución del contrato. Las cortes analizan si dicha contradicción supone una incoherencia que deba ser rechazada por haberse presentado los supuestos que la doctrina de los actos propios pretende combatir.

Son varios los criterios de selección aplicados para seleccionar y presentar los casos cuya sumilla se presenta a continuación³⁷.

1. Los casos no aplican el Derecho interno de los estados a los que pertenecen los contratantes, sino la *lex mercatoria*. La razón es que, como ya se ha indicado, ella es el resultado de ejercicios repetidos como consecuencia de una actividad de ensayo-error, lo cual ha dado lugar, con el transcurrir del tiempo, a la selección de las prácticas que mejor se ajustan a las necesidades de los comerciantes.

2. La selección de casos que aplican la *lex mercatoria* tiene como efecto inmediato, aislar del análisis a aquellos casos que responden a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados involucrados, pues es nuestro propósito revisar cómo es que los comerciantes en la práctica abordan el asunto de la incoherencia de las partes en la ejecución de sus contratos. Del ordenamiento jurídico peruano en relación con este asunto nos ocuparemos en los capítulos que siguen.

3. Hemos usado las bases de datos mejor organizadas para dar cuenta de las decisiones referidas a la *lex mercatoria*; específicamente a los Principios UNIDROIT, los Principios Trans-Lex y la Convención de Viena. Dichas bases de datos son:

CISG database Pace Law School
<http://www.cisg.law.pace.edu>

Clout
[http://www.uncitral.org/clout/search.aspx?f=es%23cloutDocument.textTypes.textType_s1%3aCIM%5c+%5c\(1980%5c\)](http://www.uncitral.org/clout/search.aspx?f=es%23cloutDocument.textTypes.textType_s1%3aCIM%5c+%5c(1980%5c))

International Chamber of Commerce – ICC. Digital Library.

TRANS-LEX.ORG. The Lex Mercatoria and the TransLex-Principles.
[https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))

UNILEX
<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>

Tribunal Arbitral du Sport - TAS
[https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=arbitration%20\(CAS%202002%2FO%2F410\)%23s=11](https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=arbitration%20(CAS%202002%2FO%2F410)%23s=11)

³⁷ Es importante señalar en este punto que deliberadamente hemos omitido casos de la jurisprudencia peruana, pues a ella nos referiremos más adelante. En este capítulo nos limitamos a presentar controversias enmarcadas en la práctica comercial internacional en las que se ha invocado la doctrina de los actos propios al amparo de la *lex mercatoria*.

4. Se ha revisado decisiones en su mayoría arbitrales, contenidas en las bases de datos consultadas, referidas a controversias derivadas del comercio internacional. Dichas bases de datos también arrojaron decisiones en las que una de las partes era el Estado (contratos de concesión, o arbitrajes de inversión, por ejemplo), que en general, no son incluidas en este capítulo³⁸.

5. La consulta a las referidas bases de datos arrojó un total de aproximadamente 140 casos referidos de alguna manera a la doctrina de los actos propios, sea por referencia directa o indirecta de los principios y reglas aplicables. Para la selección de los casos se dio preferencia a aquellos que se referían concretamente a los artículos 1.8 y 2.1.18 de los Principios UNIDROIT, al Principio I.1.2 de Trans-Lex y al artículo 9 de la Convención de Viena. También se tuvo en consideración que la decisión contenga un análisis –no necesariamente profundo- sobre los temas antes mencionados. Finalmente, se seleccionaron casos que amparan y que rechazan la invocación de la doctrina de los actos propios.

1.5.1 Casos que amparan la invocación de la doctrina de los actos propios.-

Para la presentación de los casos que se mencionan a continuación se ha seguido un orden cronológico, desde los más recientes hasta los más antiguos. Casi la mitad de los 21 casos sumillados a continuación son de compraventa y de suministro de bienes. La otra mitad corresponde a controversias variadas, referidas a la distribución de bienes, construcción, consultoría, contratos asociativos, entre otros. El común denominador entre ellos es la utilización de la doctrina de los actos propios por parte de las cortes a cargo de la resolución de estos conflictos.

1)

Datos del caso	ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 25 Nº 2 2014 París, Francia. Final Award in Case 14108 (extracts)
Sumilla de hechos	El Demandante es una empresa que suscribió con un Estado, un contrato denominado <i>Production Sharing Agreement</i> (PSA), contrato para explotar yacimientos de petróleo, y alega que el contrato fue renovado por 5 años, lo cual es negado por el Estado Demandado. Reclama el pago de los daños consistentes en el valor

³⁸ A manera ilustrativa puede mencionarse que un estudio realizado al respecto analizó 53 decisiones que mencionaron el *estoppel*. De ellas, 36 plantearon el tema a propósito de asuntos de jurisdicción o procedimentales, mientras que 12 lo plantearon a propósito de los méritos del caso o el fondo de la controversia. En cuanto a los resultados, el argumento fue rechazado 33 veces, fue estimado en 9 decisiones y en 11 oportunidades el asunto no fue resuelto con claridad. En los casos en que el argumento del *estoppel* fue amparado, los hechos no encuadraban en los requisitos para que opere, según el autor del estudio (Kulick 2016:113).

	del petróleo a extraer si la explotación se hubiera llevado a cabo por los 5 años adicionales.
Argumentos de las partes	Las razones por las que no se formalizó la extensión del plazo es que el pedido no fue sustentado y aprobado por el Congreso del Estado Demandado, lo cual estaba previsto en sus normas. Según el Demandante, importantes integrantes del Poder Ejecutivo, incluyendo un ministro, manifestó que no eran necesarias formalidades adicionales.
Decisión	<p>El Tribunal analiza la figura del estoppel, y añade que se aplica por derivar de principios reconocidos por “naciones civilizadas”, como el de la buena fe. Señala que en las normas de los Estados contratantes no se recoge expresamente la regla del estoppel, aunque ello sí ocurre en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, los cuales pueden ser aplicados aunque las partes no hayan hecho referencia a ellos en sus contratos.</p> <p>El Tribunal señala que el Poder Ejecutivo del Demandado sí hizo esfuerzos necesarios para conseguir la aprobación de la extensión del plazo por parte del Congreso.</p> <p>A pesar de ello, el Tribunal considera que el Ministro correspondiente actuó de manera ambigua y contradictoria frente al Demandante: primero señaló que la extensión había sido otorgada con la aprobación del Consejo de Ministros, aunque el Parlamento no lo hubiera hecho, pero posteriormente lo negó.</p> <p>Para el Tribunal Arbitral, la actividad exploratoria –sin cumplirse las formalidades para la extensión de plazo– fue no solamente conocida y tolerada por el Estado, sino además promovida (<i>encouraged</i>) por él; de hecho, no sugirió paralizarla en un plazo razonable (“<i>On the contrary, it took it a long time before advising [Claimant] to stop spending money on such expenditures</i>”).</p> <p>En principio, el riesgo de ello le corresponde al Demandante, que no debió iniciar operaciones sin haberse cumplido todos los requisitos. Sin embargo, el Tribunal considera que el Estado Demandado propició que el inicio de los trabajos de explotación se produzca incluso antes de la firma de la extensión del plazo por el Poder Ejecutivo, y además, omitió dar pronto aviso de que el Congreso no aprobaría dicha extensión.</p> <p>En tal sentido, el Tribunal aplicó el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT y condenó al Estado a reembolsar los gastos en que el Demandante incurrió</p>

	para llevar a cabo los trabajos mientras el plazo de la concesión no había sido extendido.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada Doctrina de los actos propios en el marco del 1.8 de los Principios UNIDROIT, para indemnizar a una parte por la conducta contradictoria de la otra.

2)

Datos del caso	<p>Unilex Fecha: 24.10.2014 País: Paraguay Número: Sentencia N° 95 Corte: Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción Partes: José Luis Andrés Manzoni Wasmosy C/ Indert S/ Obligación de hacer escritura pública y otros Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1866</p>
Sumilla de hechos	<p>Un ciudadano paraguayo interpuso una demanda civil contra la institución gubernamental sobre asuntos de tierras (Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra - INDERT), en relación con el pago de una adjudicación de tierras hecha a su favor por una decisión del presidente de dicha institución. La institución se negó a recibir el pago debido a que había decidido revertir la decisión inicial y estableció un nuevo y más alto precio para la tierra adjudicada.</p>
Argumentos de las partes	<p>La Demandante alega que le fue adjudicado en venta por Resolución No. 35/99 de fecha 20 de enero de 1999, dictada por el Consejo del INSTITUTO DE BIENESTAR RURAL (hoy INDERT), un inmueble fracción fiscal de aproximadamente 99 hectáreas. Conforme al relato de la parte accionante, el ente demandado había confeccionado una liquidación oficial por la cantidad de Gs. 6.773.590, que consideraba el pago ya realizado conforme el Recibo No. 357034. Añadió que el actor – conforme a su relato- en varias ocasiones había intentado realizar el pago de cancelación del precio pactado pero el INDERT se había negado a recibir el pago, ocasionando así la interposición de la demanda de otorgamiento de escritura pública y pago por consignación.</p> <p>Por su parte, el INDERT sostuvo que no tenía obligación de otorgar la escritura pública sobre el inmueble de la fracción fiscal adjudicada al accionante, puesto que el precio pretendido por la Demandante no era el real y establecido por la autoridad de la entidad, conforme las resoluciones vigentes y los procedimientos establecidos en la ley, conforme a las cuales el precio por hectárea era de Gs. 3.290.000 y no de Gs. 500.000 por hectárea que había dispuesto en su momento la autoridad del INDERT,</p>

	siendo un acto nulo por no haberse dado intervención a la Junta Asesora y Control de Gestión, tal como disponía la ley.
Decisión	Respecto a la nulidad de la última decisión tomada por el INDERT, uno de los miembros del Tribunal de la Corte de Apelaciones de Asunción indicó que era contrario a la buena fe que la entidad en un primer momento hubiera establecido un precio y luego se negara a reconocer la cantidad fijada. Sostiene que la entidad no podía basarse en un nuevo pronunciamiento de su Presidente ignorando la decisión anterior, en base al principio de "venire contra factum proprium" establecido por el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, citando también otros artículos como el 1.7; 2.1.4 (2) (b); 2.1.18; 2.1.20; 2.2.5 (2) y 10.4. En relación a la aplicación de los Principios UNIDROIT, indicó que es de gran valor interpretativo para los derechos nacionales. Además, indicó que los Principios UNIDROIT constituyen un medio de interpretación en aquellos ordenamientos jurídicos que consagran a los principios generales del derecho como fuente del derecho. Por tanto, los jueces pueden tomarlos en cuenta para resolver disputas.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, para analizar la conducta de una Entidad frente al administrado. Es relevante en los países que consagran a los principios generales del Derecho como fuentes de derecho.

3)

Datos del caso	Unilex Fecha: 05.01.2012 País: Italia Corte: Tribunale di Varese (Sezione distaccata di Luino) Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1873
Sumilla de hechos	El Demandado (una empresa de construcción italiana), después de haber construido un edificio de departamentos, vendió siete de ellos a los Demandantes, todos ciudadanos italianos. Poco después de haber tomado posesión de los departamentos, los nuevos propietarios descubrieron una serie de defectos de construcción en la piscina y la cancha de tenis que habían adquirido en común, y lo notificaron inmediatamente al Demandado. El Demandado reconoció la existencia de los defectos en cuestión y prometió repararlos de inmediato. El Demandado eliminó solo una parte de los defectos, lo que obligó a los Demandantes a presentar una acción

	contra el Demandado solicitando la reparación de todos los defectos o, alternativamente, el pago de los daños por la pérdida causada a los Demandantes como resultado de los defectos no eliminados.
Argumentos de las partes	El Demandado objetó que el reclamo había prescrito porque se presentó ante el tribunal después de la expiración del plazo de un año previsto en el artículo 1669 del Código Civil italiano.
Decisión	Al rechazar la excepción planteada por el Demandado, el Tribunal señaló que al reconocer los defectos de construcción y al prometer remediarlos luego de recibir la debida notificación por parte de los Demandantes, el Demandado hizo que los Demandantes creyeran razonablemente que no se requería ninguna otra acción de su parte. Para respaldar esta solución, el Tribunal invocó el principio general de buena fe establecido en el Artículo 1175 del Código Civil italiano y la aplicación del mismo consistente en la prohibición de conductas contradictorias y, al respecto, se refiere expresamente al Artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 1.8 de los Principios UNIDROIT, para analizar la confianza generada en la otra parte y rechazar la excepción de prescripción.

4)

Datos del caso	Unilex Fecha: 23.08.2012 Laudo Arbitral Número: 173/2011 Corte: International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1731
Sumilla de hechos	El Demandante, una compañía rusa, celebró un contrato de construcción (el "Acuerdo") con el Demandado, una compañía de Estados Unidos. Posteriormente, el Demandante y el Demandado iniciaron negociaciones sobre posibles modificaciones de los términos y la duración del Acuerdo. La Demandada creyó que tales negociaciones suspendieron la ejecución del Acuerdo y, por lo tanto, dejó de cumplir con sus obligaciones. Si bien el Demandante por un tiempo no objetó el comportamiento del Demandado, posteriormente el Demandante resolvió el Acuerdo de manera unilateral, invocando que el Demandado incumplió los plazos previamente establecidos en el Acuerdo.

	Las partes pactaron como ley aplicable al Acuerdo la ley de la Federación Rusa.
Argumentos de las partes	<p>El Demandado solicitó que el Tribunal Arbitral tomara en cuenta para su decisión los Principios UNIDROIT y la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías (CISG). El Demandante se opuso a la aplicación de ambas normas.</p> <p>El Demandante alegó incumplimiento del Acuerdo por parte del Demandado. El Demandado alegó que las negociaciones sobre las modificaciones del Acuerdo habían suspendido la ejecución; por tanto, no incurrió en incumplimiento.</p>
Decisión	<p>Sobre la ley aplicable, el Tribunal determinó que la CISG no era aplicable a los contratos de construcción. Asimismo, el Tribunal Arbitral decidió que podía tomar en cuenta los Principios UNIDROIT porque "en la práctica internacional moderna de muchos tribunales arbitrales, incluido el ICAC, se consideran la fuente recomendada de normas que rigen las cuestiones generales sobre ejecución e interpretación de contratos de carácter internacional".</p> <p>En cuanto a los méritos del caso, el Tribunal determinó que el Demandante, en lugar de continuar las negociaciones y luego repentinamente resolver el Acuerdo, debió haber informado al Demandado sobre sus intenciones de no seguir negociando para volver a los términos originales del Acuerdo. Según el Tribunal, el comportamiento del Demandante fue contradictorio e inconsistente con el principio de buena fe en la ejecución del contrato. El Tribunal se basó en el Artículo 1.8 de los Principios Unidroit, según el cual una parte no puede actuar de manera contradictoria con el entendimiento que ha generado en la otra parte, y conforme al cual esa otra parte razonablemente ha actuado en su detrimento.</p>
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 1.8 de los Principios UNIDROIT, para determinar que no es válida una resolución contractual unilateral cuando implica una conducta contradictoria.

5)

Datos del caso	<p>Unilex Fecha: 14.01.2010 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Número: No ARB/06/18; IIC 424 (2010) Corte: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Partes: Joseph Charles Lemire v Ukraine Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1533</p>
----------------	---

Sumilla de hechos	<p>El Demandante (nacional de los Estados Unidos) y el Demandado (Gobierno de Ucrania) firmaron un contrato de inversión para el establecimiento a cargo del Demandante de estaciones de radiodifusión en Ucrania. Iniciado el procedimiento arbitral, las partes llegaron a un acuerdo sobre la controversia y solicitaron al Tribunal que registrara el acuerdo de conciliación ("el Acuerdo") en forma de laudo (ver UNILEX, Laudo CIADI de 20 de marzo de 2000). Según el Demandante, el Demandado había incumplido una serie de obligaciones pactadas en el Acuerdo y, en consecuencia, el Demandante inició un nuevo procedimiento arbitral.</p>
Argumentos de las partes	<p>El Demandante alegó que además de las obligaciones expresamente pactadas en el Acuerdo, existían otras obligaciones que no figuraban en el Acuerdo pero que habían sido acordadas en las negociaciones. Recurrió al artículo 4.3 de los Principios UNIDROIT, que indica que el contrato deberá interpretarse de acuerdo a la común intención de las partes y para ello deberá tomarse en cuenta, entre otros, las negociaciones previas entre las partes.</p> <p>El Demandado rechazó lo anterior alegando que el Acuerdo, además, contenía una cláusula de integración, conforme al artículo 2.1.17 de los Principios UNIDROIT: "el Acuerdo constituye todo lo acordado entre las partes sobre el tema del presente documento y reemplaza toda correspondencia, negociaciones y entendimientos previos entre ellos con respecto a los asuntos aquí cubiertos".</p>
Decisión	<p>El Tribunal Arbitral determinó que los Principios UNIDROIT eran aplicables al Acuerdo.</p> <p>Según el Tribunal, las cláusulas leídas en conjunto requerían que las expectativas generadas durante las negociaciones del Acuerdo se reflejen en el texto del Acuerdo. No era suficiente que una obligación hubiera sido discutida durante las negociaciones.</p> <p>El Tribunal Arbitral rechazó el argumento del Demandante según el cual el Demandado no cumplió con una serie de obligaciones en virtud del Acuerdo, por ejemplo, llevar a cabo el examen de las interferencias dentro de las dos semanas posteriores a la firma del Acuerdo, y hacer sus mejores esfuerzos para proporcionar a la Demandante las licencias para radiofrecuencias.</p> <p>Sobre la primera obligación, el Tribunal recalcó que los exámenes de posibles interferencias ya se habían realizado con resultados positivos poco antes de la ejecución del Acuerdo, y que luego el Demandante nunca solicitó más exámenes, lo que hizo que el Demandado creyera que los exámenes previos al Acuerdo eran suficientes.</p>

	Al no realizar ningún examen adicional, el Demandado actuó razonablemente basándose en tal entendimiento, impidiendo así que el Demandante actuara de manera inconsistente al argumentar que el Demandado no había cumplido con su obligación en virtud del Acuerdo. El Tribunal citó como sustento el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 1.8 de los Principios UNIDROIT, para analizar la confianza generada en la otra parte en la ejecución de obligaciones.

6)

Datos del caso	ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21 N° 2 2010 París, Francia. Final Award in Case 7421 (extracts)
Sumilla de hechos	En 1983, una compañía peruana, la Demandante, acordó vender metales a una compañía suiza, que cedió sus derechos a una compañía sueca (Demandada). La ley pactada en el contrato era la suiza; se pactó FOB Callao (lo que supone que los costos de transporte son asumidos por el comprador); se previó un valor determinado para el costo del transporte, y se indicó que el riesgo de cualquier aumento de este debía ser compartido por ambas partes. Parte de la carga se perdió en el camino a su destino.
Argumentos de las partes	La empresa compradora, Demandada, señalaba que para calcular el precio de los bienes debía tenerse en cuenta el promedio del peso de la carga y la descarga (dado que parte de la carga se había perdido en el camino). La Demandada sostiene que si bien, inicialmente en el contrato se previó que el peso de referencia era el del momento de la carga, posteriormente debía considerarse también el de la descarga. Ello, porque durante la ejecución del contrato se habría cambiado la entrega FOB Callao por CIF (puerto de destino).
Decisión	No hay evidencia de que en los hechos se haya producido el cambio de FOB Callao por CIF (puerto de destino), pues el despacho se produjo como antes, sin cambio alguno, por la propia voluntad del comprador (Demandado). Rechazar su cambio de conducta (ejecutar el contrato bajo términos FOB pero pretender el pago bajo términos CIF) se ampara en el principio de la buena fe y en la doctrina de los actos propios, prevista en el Derecho suizo como abuso de derecho.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios en el marco de la ley suiza, como

	abuso de derecho. Rechazo de pretensión basada en un cambio de conducta no razonable.
--	---

7)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 777 / Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 12.09.2006 País: Estados Unidos de América Número: 05-13995 Corte: U.S. Court of Appeals (11th Circuit) Partes: Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc. Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1136&do=cas e Clout N° 777: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_777_1eg-1960.html?lng=es Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>Un proveedor austríaco (Demandante) y un comprador estadounidense situado en Alabama (Demandado) celebraron un conjunto de contratos relativos a la compra de un compuesto químico en “consignación”. En cada contrato se especificaba la cantidad del compuesto que se entregaría al comprador.</p> <p>En los contratos anteriores a los que estaban en litigio, el comprador había comprado la totalidad del compuesto que el proveedor le suministraba, y en una oportunidad había desistido de una tentativa de devolver el producto que no había utilizado.</p> <p>El comprador, durante el plazo de duración de los dos contratos litigiosos, comunicó al proveedor que no aceptaría más entregas del compuesto y no pagaría el compuesto que había sido entregado, pero no utilizado. Sin que el proveedor tuviese conocimiento, el comprador había encontrado una fuente de suministro menos costosa. El proveedor encontró otro comprador, pero a un precio menor.</p> <p>Posteriormente, el proveedor inició una acción judicial para recuperar la suma que el comprador debería haber pagado si hubiese aceptado la entrega de todo el producto especificado en los contratos.</p> <p>El proveedor y el comprador discrepaban con respecto al significado del término entrega en “consignación”.</p> <p>Según el perito del comprador, en la industria de los metales, el término “consignación” significaba que la venta no se perfeccionaba hasta que el comprador utilizara efectivamente el compuesto.</p>

	<p>El proveedor presentó pruebas basadas en la conducta previa de las partes con el objeto de establecer que “consignación” significaba que el comprador tenía la obligación de pagar la totalidad del compuesto entregado, pero que no recibiría la factura hasta tanto no lo utilizase efectivamente”.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 777).</p> <p>El Tribunal de primera instancia le dio la razón al demandante, por lo que ordenó que el comprador pague el precio de la mercadería. Siendo ello así, el Demandado apeló la decisión ante la Corte de Apelaciones de Estados Unidos (11 Circuito).</p>
Argumentos de las partes	<p>En la apelación, el comprador alegó que: “de conformidad con la CISG un término de un contrato debía ser interpretado según su uso habitual “salvo que las partes hayan acordado expresamente otro uso”. El comprador también adujo que la práctica establecida entre las partes no requería que el comprador utilizase y pagase la totalidad del compuesto especificado en el contrato.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 777).</p> <p>El proveedor argumentó que, según las prácticas establecidas entre las partes, el comprador debía pagar por todo el compuesto entregado, lo utilice o no.</p>
Decisión	<p>Tanto el Tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones determinaron que la ley aplicable era la Convención de Viena.</p> <p>La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - “La Corte de Apelaciones observó que en el artículo 8, que rige la interpretación de las declaraciones y actos de las partes, se trataba por separado del caso en que una parte tenía conocimiento de la intención real de la otra parte y del caso en que no tenía ese conocimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que cuando no se conoce la intención real, el artículo 8 impone la norma del sentido que habría dado una persona razonable. En el párrafo 3) del artículo 8 se indicaban las fuentes para determinar la intención real de una parte, “en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”. - “El comprador arguyó que el artículo 9 exigía el acuerdo expreso de las partes para que el uso entre las partes prevalezca sobre el uso habitual establecido en la industria. Concretamente, el comprador adujo que en el párrafo 2) del artículo 9 se establecía que las partes debían pactar expresamente no quedar obligadas por el uso

	<p>habitual. Como respaldo de tal argumento, el comprador citó la parte del párrafo 1) del artículo 9 según la cual las partes quedaban obligadas “por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. El comprador también sostuvo que aplicando esta definición al párrafo 2) del artículo 9, los términos del contrato debían interpretarse de conformidad con el uso habitual salvo acuerdo en contrario de las partes.</p> <p>La Corte de Apelaciones constató que la interpretación del comprador tendría como resultado la anulación del párrafo 3) del artículo 8 y de la última parte del párrafo 1) del artículo 9. La última parte del párrafo 1) del artículo 9 quedaría anulada porque las partes ya no se regirían por “cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. Rechazando la interpretación que daba el comprador al párrafo 2) del artículo 9, la Corte de Apelaciones sostuvo que el uso que las partes hacían de un término en sus relaciones comerciales regía el significado de ese término cuando estaba en conflicto con el uso habitual de dicho término”.</p> <ul style="list-style-type: none"> - “La Corte de Apelaciones observó que no se impugnaba que las partes habían celebrado una serie de contratos relativos al suministro de compuestos químicos entre 1993 y 2000. Todos ellos se referían a cantidades concretas del producto para su entrega en “consignación”, y el comprador lo guardaba por separado, presentando informes mensuales de utilización al proveedor. Estos informes servían de base para emitir las facturas al comprador por el producto utilizado. El comprador había usado y pagado todos los compuestos que se le habían entregado en el marco de todos los contratos celebrados con anterioridad a los dos contratos litigiosos”. - “La Corte de Apelaciones también observó que el comprador, con anterioridad, había actuado como si estuviese obligado a comprar todos los compuestos entregados de conformidad con los contratos”. <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 777).</p>
<p>Conclusión</p>	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 9 de la Convención de Viena, para determinar que los términos del contrato se interpretan según las prácticas establecidas por las partes, las cuales priman sobre los usos comerciales.</p>

8)

<p>Datos del caso</p>	<p>Caso Clout N° 750 / Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 31.08.2005 País: Austria Número: 7 Ob 175/05v Corte: Oberster Gerichtshof Partes: Desconocido Cita: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_750_leg-2371.html?lng=es Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1096&step=Abstract Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html</p>
<p>Sumilla de hechos</p>	<p>Un vendedor de Hong Kong (Demandante) celebró un contrato con una compañía compradora de Austria, (Demandado), para el suministro de polvo de tantalio que se entregaría en lotes por un periodo de dos años. El contrato fue negociado y redactado en inglés. “Se utilizaron formularios de órdenes de compra en inglés que en la primera página contenían una remisión en inglés a las condiciones generales que figuraban en el reverso del documento. Dichas condiciones generales estaban redactadas en alemán, idioma que no se habla en Hong Kong. Esos formularios ya habían sido utilizados en ocasiones anteriores.</p> <p>El vendedor no pudo deducir del texto en alemán que el comprador quería celebrar el contrato únicamente si se pactaban esas condiciones generales. Resulta que el polvo de metal no cumplía los requisitos necesarios de calidad, por lo que el comprador resolvió el contrato invocando tales condiciones generales.</p> <p>El vendedor reclamó el pago del precio de la mercadería. (Extracto del resumen del caso Clout N° 750).</p>
<p>Argumentos de las partes</p>	<p>El vendedor sostuvo que no se había estipulado un estándar específico de calidad del polvo de tantalio, por lo que la mercadería no era defectuosa y cumplía con el contrato. En ese sentido, el comprador debía pagar el precio del polvo de tantalio enviado. Además, alegó que las condiciones generales redactadas en alemán no fueron válidamente incorporadas al contrato redactado en inglés.</p> <p>Por su lado, el comprador argumentó que el vendedor sabía que la calidad del polvo de tantalio era esencial. La orden de compra contenía una especificación exacta sobre la calidad requerida. Asimismo, el comprador sostuvo que las condiciones generales sí se habían</p>

	<p>incorporado válidamente en el contrato. Como los productos entregados no cumplían con los estándares de calidad requeridos, el comprador resolvió válidamente el contrato, de acuerdo con las condiciones generales. En consecuencia, el comprador no aceptó la mercadería entregada por el vendedor y no debe pagar el precio de las mismas.</p> <p>(Extraído del texto de la sentencia, disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html).</p>
Decisión	<p>“La Corte Suprema determinó que la Convención de Viena era la ley aplicable. A pesar que la CISG no aborda específicamente la cuestión de la incorporación de condiciones generales, su inclusión en el contrato se rige por las disposiciones sobre la formación del contrato (art. 14 CISG) y la interpretación (Art. 8 CISG). De conformidad con el art. 8 CISG, las condiciones generales deben incluirse en la oferta de la parte que pretende que rija el contrato de una manera que la otra parte sabía o no podía haber sido razonablemente inconsciente de tal intención”.</p> <p>(Extraído del resumen de Unilex, disponible en http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1096&step=Abstract).</p> <p>“La Corte Suprema decidió que las condiciones generales en alemán formaban parte integrante del contrato, puesto que la utilización de tales condiciones generales había sido una práctica que las partes habían establecido entre sí, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 9 de la CISG. Si bien los usos deben respetarse al menos en determinados ámbitos comerciales, las prácticas son establecidas entre las propias partes. Tales prácticas pueden consistir en patrones de conducta que se respetan frecuentemente durante un período determinado y de modo que las partes que actúan de buena fe puedan confiar en que dichas prácticas serán observadas nuevamente en futuras ocasiones. Las percepciones implícitas de una parte también pueden llegar a formar parte de tales prácticas, si, de las circunstancias del caso se desprende que a la otra parte le queda claro que la primera desea celebrar un contrato con sujeción a determinadas condiciones y de un formulario determinado. En el presente caso, el vendedor ya había firmado el formulario para hacer el pedido de su primera adquisición y lo había remitido al comprador, aceptando, por consiguiente, las condiciones generales. En las compras posteriores el vendedor no había devuelto los formularios, pero aceptó la oferta del comprador, y por lo tanto, había aceptado las condiciones generales al ejecutar el contrato”.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 750).</p>

Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 9 de la Convención de Viena, para determinar que las prácticas establecidas por las partes son vinculantes.
------------	---

9)

Datos del caso	Unilex Fecha: 04.03.2004 Laudo Arbitral Corte: Ad hoc Arbitration (Lugar desconocido) Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=973
Sumilla de hechos	El Demandado (una empresa de Europa Central) obtuvo contractualmente el derecho a distribuir en su propio territorio productos del Demandante (empresa de Europa Occidental). Cuando el Demandante formó una alianza con un tercero, decidió dejar de fabricar los productos en cuestión. Suponiendo que el Demandante ya no estaría en condiciones de entregar los productos para su distribución, el Demandado dejó de ejecutar sus prestaciones. El Demandante demandó al Demandado por daños y perjuicios. El contrato de distribución se regía por la ley de Francia.
Argumentos de las partes	Ambas partes y el Tribunal Arbitral se referieron a los Principios UNIDROIT para complementar la aplicación de la ley francesa. El Demandante alegó que, respecto al período del año 2002, el Demandado había incumplido con comprar las cantidades mínimas pactadas. Asimismo, alegó que había incumplido la prohibición de vender productos similares de otras marcas. El Demandado sostuvo que con el último pedido que solicitó a fines del año 2001 se había cumplido la cuota respecto del año 2002. Sobre la venta de otros productos, señaló que esa prohibición no se hizo valer durante la vigencia del contrato y que ello no le había generado ningún daño.
Decisión	El Tribunal Arbitral desestimó la afirmación que el Demandado había incumplido el contrato de distribución. Con respecto al argumento de que para el año 2002 el Demandado había incumplido con comprar las cantidades mínimas acordadas, era cierto que en ese año el Demandado no había realizado ningún pedido. Sin embargo, en el año anterior, el Demandado no solo había cumplido con la cuota anual, sino que al final de ese año había realizado otro pedido sustancial que equivalía casi al total de la cuota mínima para el 2002. Por tanto, sería contrario a la buena fe que el Demandante invocara la falta de órdenes en el año siguiente y no tuviera en

	<p>cuenta el importante pedido extra realizado al final del año 2001. Además, el Demandante debía entregar esos pedidos en diciembre de 2001 pero lo entregó recién en mayo de 2002.</p> <p>Bajo tales circunstancias, el Tribunal considera que sería contrario a la buena fe (art. 1134 al. 3 del Código Civil francés, artículo 1.7 de los Principios de Unidroit) tomar en cuenta solo la fecha en que se ejecutó el pedido de compra y no considerar que se alcanzó la cuota mínima para el año 2002.</p> <p>En cuanto a la alegación de que el Demandado había incumplido su obligación contractual de no vender productos de la competencia comprados a otros fabricantes, el Tribunal Arbitral, aunque no negó la verdad de los hechos, sostuvo que el Demandante debido a su conducta estaba impedido de imputar este incumplimiento al Demandado.</p> <p>De hecho, el Demandado ya distribuía los bienes de la competencia antes del contrato, al momento de la celebración del contrato y continuó haciéndolo después. El Demandado era una empresa <i>top</i> en ventas y conocida por distribuir productos de distintas marcas. El Demandante, aunque era perfectamente consciente de la situación, no hizo objeciones. Durante la relación contractual, nunca se hizo cumplir la prohibición de vender otros productos.</p> <p>Entonces, invocar repentinamente la violación del Demandado de su obligación contractual en esta etapa tardía definitivamente equivale a un caso de comportamiento contradictorio que, según el Tribunal Arbitral, era contrario a un principio bien establecido de comercio internacional, según lo confirmado por el Artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT.</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 1.8 de los Principios UNIDROIT, para negar el pago de una indemnización por incumplimiento contractual.</p>

10)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 595 / CISG database Pace Law School Fecha: 15.09.2004 País: Alemania Número: 7 U 2959/04 Corte: Oberlandesgericht München Publicado en alemán: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2005, 175; [2005] Internationales Handelsrecht (IHR) 2005, 70 Resumen preparado por Ulrich Magnus, corresponsal nacional y Klaus Bitterich</p>
----------------	---

	<p>Disponible: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_595_leg-1382.html?lng=es</p> <p>Base de datos CISG: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040915g2.html#ctoc</p>
Sumilla de hechos	<p>“Una curtidora italiana (el Demandante) demandó a un fabricante alemán de muebles forrados (el Demandado) el pago del precio de compra pendiente de una remesa de cuero entregada en el verano del año 2000. La acción fue desestimada por el Tribunal de primera instancia porque el Demandado ejercitó con éxito una excepción de pago compensatorio. Esta excepción interpuesta por concepto de pago compensatorio estaba fundada en la negativa del Demandante de efectuar futuras entregas con arreglo a una promesa que hizo en febrero del año 2000. El Tribunal de primera instancia estimó que dicha negativa constituía un incumplimiento esencial del contrato, por lo que, con arreglo al artículo 76 1) de la CISG, el Demandado tenía derecho a reclamar la diferencia entre el precio de la mercancía fijado en el contrato inicial y el precio abonado en la compra de reemplazo. En la apelación se debía determinar, con arreglo a los artículos 49 1) a) y 76 1) de la CISG, si el comprador estaba obligado a declarar explícitamente que daba por resuelto el contrato -lo que no se hizo en el presente caso- aun cuando el vendedor se hubiera negado explícitamente a cumplir con sus obligaciones”.</p>
Argumentos de las partes	<p>Respecto a la apelación, el vendedor alegó que el Tribunal de primera instancia asumió erróneamente que se había cumplido los requisitos del artículo 76 de la CISG, puesto que el comprador no resolvió el contrato. Por su parte, el comprador argumentó que los requisitos del artículo 76 de la CISG se cumplieron. Alegó que, debido al hecho de que el vendedor se negó expresamente y de forma concluyente a entregar, una declaración de resolución no era necesaria”.</p> <p>(Extraído del texto de la sentencia, disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040915g2.html#ctoc)</p>
Decisión	<p>“El Tribunal de apelación dictaminó que la declaración explícita de resolución del contrato dejaba de ser un requisito indispensable en todo supuesto en el que el vendedor se negara terminantemente a cumplir el contrato, ya que ello constituiría un formalismo innecesario. Si bien parte de la doctrina jurídica duda de que proceda liberar al comprador de su deber de efectuar una declaración explícita de que da por resuelto el contrato, el Tribunal observó que, si bien debe respetarse el principio de que no debe menoscabarse la certeza jurídica, no parece que determinar el momento en que un</p>

	<p>vendedor se niega a cumplir con sus obligaciones vaya a resultar más difícil que determinar el momento en que un comprador declara resuelto un contrato. El Tribunal estimó que su propia interpretación de los artículos 49 1) a) y 76 de la CISG concuerda con el principio de la interpretación autónoma de la CISG. Pese a que el deber de observar la buena fe en el comercio internacional, con arreglo al artículo 7 1) de la CISG, no deja margen para la aplicación de criterio alguno de equidad, este artículo sí faculta a los tribunales para aplicar los principios reconocidos por el derecho interno en lo concerniente al principio de la buena fe.</p> <p><u>A la luz de su negativa a cumplir lo acordado, el demandante no podía exigir una declaración explícita del demandado por la que éste declarara resuelto el contrato con arreglo al artículo 49 1) a) de la CISG sin contravenir la prohibición de “venire contra factum proprium”, que constituye un principio reconocido de la buena fe que debe observarse entre las partes. El Tribunal de apelación confirmó por ello la resolución dictada por el Tribunal de primera instancia”.</u></p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 595).</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco de la segunda parte de los artículos 7.1 y 49.1 de la Convención de Viena, para rechazar la exigencia de declarar explícitamente resuelto el contrato.</p>

11)

Datos del caso	<p>Arbitration CAS 2002/O/410 The Gibraltar Football Association (GFA) / Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 7 October 2003</p> <p>Court of Arbitration for Sport (CAS)</p>
Sumilla de hechos	<p>La Federación de Fútbol de Gibraltar (GFA) inició un proceso arbitral ante el CAS contra la Union des Associations Européennes de Football (UEFA), ante la negativa de esta de incorporar a la GFA a la asociación. GFA tenía interés en afiliarse a la UEFA para luego hacerlo ante la Fédération Internationale de Football Association (FIFA).</p> <p>Al presentar su solicitud, el Estatuto de la UEFA permitía la asociación provisional de asociaciones de football situadas en el continente europeo. Sin embargo, mientras la solicitud estaba en trámite, el Estatuto fue cambiado para restringir la incorporación a asociaciones de países reconocidos como naciones independientes de las Naciones Unidas.</p> <p>Ante la insistencia de la GFA para obtener una respuesta favorable, la UEFA se negó a concederla, y sin</p>

	denegarla, sostuvo que el trámite estaba suspendido hasta nuevo aviso.
Argumentos de las partes	<p>La GFA sostiene que le es aplicable la versión anterior de los Estatutos de la UEFA, de acuerdo con los cuales, había razones para considerar que los requisitos se cumplían y que por tanto la solicitud debía ser procedente.</p> <p>La UEFA sostiene la aplicación inmediata del nuevo Estatuto, por tratarse de una regla procesal. Además, sostiene que la UEFA se rige por la libertad de asociación, de acuerdo a lo establecido a la ley suiza. Dado que Gibraltar pertenece al Reino Unido y no es un país independiente, su incorporación no puede ser admitida bajo el nuevo Estatuto.</p>
Decisión	<p>El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó a la UEFA que en un plazo máximo establecido en el laudo decida sobre la incorporación de la GFA de acuerdo con las reglas contenidas en el Estatuto, en la versión vigente al momento de presentarse la solicitud.</p> <p>El Tribunal considera que la regla en cuestión no es de carácter procesal sino sustantivo, de modo que corresponde aplicar la versión anterior del Estatuto, con la cual se presentó la solicitud. Sin embargo, incluso si se tratase de una regla procesal, aplicar el nuevo Estatuto supondría vulnerar el principio de la buena fe. El Tribunal aplica la doctrina de los actos propios, señalando que la UEFA generó en la GFA expectativas legítimas que deben ser protegidas. Los elementos de hecho tenidos en cuenta para ello son: (i) la UEFA procesó la solicitud inicialmente sin reservas; (ii) la UEFA y la FIFA hicieron una visita inspectiva a la GFA pese a que ya se encontraban considerando el cambio de las reglas; (iii) la UEFA emitió un reporte favorable a la futura incorporación de la GFA luego de la visita inspectiva; (iv) la UEFA informó a la GFA que solicitaría un informe a los expertos legales, luego de lo cual la GFA consideró que la decisión se sujetaría a lo indicado en dicho informe; (v) el informe de los expertos fue favorable a la posición de la GFA, y sugirió la modificación del Estatuto, pero para evitar problemas <i>en el futuro</i>.</p> <p>Todos esos elementos generaron expectativas legítimas en la GFA de que sería provisionalmente admitido siempre que hubiera cumplido los requisitos.</p>
Conclusión	La defensa sobre la base del estoppel es amparada. La doctrina de los actos propios puede aplicarse para evitar la aplicación inmediata de una regla procesal si se generó en el solicitante una expectativa razonable de que se aplicaría la regla vigente al momento de presentarse la solicitud.

12)

<p>Datos del caso</p>	<p>Unilex Fecha: 12.02.2003 País: Australia Número: NG733 of 1997 Corte: Federal Court of Australia Partes: GEC Marconi Systems Pty Ltd. v BHP Information Technology Pty Ltd. and Others Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=845</p>
<p>Sumilla de hechos</p>	<p>El Commonwealth de Australia ("el Commonwealth") y las dos compañías de software australianas BHP Information Technology Pty Ltd ("BHP-IT") y GEC Marconi Systems Pty Ltd ("GEC Marconi") celebraron contratos con cláusula <i>back to back fixed price</i> para el desarrollo de software e integración de sistemas en la Red de Comunicación Diplomática de Australia, una red para la comunicación hacia y desde las misiones de Australia en el extranjero.</p> <p>El contrato entre el Commonwealth y BHP-IT fue el "Contrato principal" y el contrato entre BHP-IT y GEC Marconi el "Subcontrato". El software sería desarrollado por GEC Marconi, pero el Commonwealth suministraría dispositivos de seguridad de límites especiales ("dispositivos STUBS") a BHP-IT, que a su vez los suministraría a GEC Marconi para la integración con el software que desarrollaría.</p> <p>Las partes estaban obligadas a cumplir con sus obligaciones de acuerdo con un Plan de Implementación especial, que contemplaba 5 fases sucesivas de desarrollo o "hitos".</p> <p>La disputa surgió cuando GEC Marconi resolvió el Subcontrato con BHP-IT debido a supuestos incumplimientos contractuales por parte de BHP-IT. GEC Marconi inició un proceso contra BHP-IT ante el Tribunal Federal de Australia, que dio lugar a una serie de demandas cruzadas, primero, por BHP-IT contra GEC Marconi y, en segundo lugar, por el Commonwealth contra BHP-IT.</p>
<p>Argumentos de las partes</p>	<p>GEC Marconi reclamó que BHP-IT no había proporcionado los dispositivos STUBS según lo exigido por el Subcontrato, y se negó a pagarle a GEC Marconi por alcanzar el cuarto hito como lo exige el Subcontrato. BHP-IT no negó estos hechos, pero sostuvo que el Subcontrato se había modificado mediante un acuerdo para eliminar la obligación de proporcionar los dispositivos STUBS y sustituirlos por software de emulación.</p>
<p>Decisión</p>	<p>Tanto el Contrato principal como el Subcontrato se rigen por la ley australiana. Sin embargo, en varias ocasiones el Tribunal hizo referencia a fuentes extranjeras,</p>

	<p>principalmente a las leyes estadounidenses e inglesas, así como a instrumentos internacionales como los Principios UNIDROIT y, en menor medida, los Principios del Derecho Contractual Europeo.</p> <p>Con respecto a la objeción de BHP-IT de que el Subcontrato había sido modificado, surgió la pregunta de si la existencia de una cláusula de "no modificación oral" en el Subcontrato excluía, como GEC Marconi argumentó, un acuerdo de variación oral o implícita, o si, en cualquier caso, una parte podría, por su conducta, dejar de invocar la cláusula de "no modificación oral", como argumentó BHP-IT.</p> <p>Al rechazar el argumento de GEC Marconi y decidir a favor de BHP-IT, el Tribunal se refirió, entre otros, al artículo 2.18 (posteriormente 2.1.18) de los Principios UNIDROIT, que, aunque como norma que da efecto a las cláusulas contractuales que imponen un requisito de escritura para modificaciones posteriores, establece que una parte puede ser excluida por su conducta de invocar dicha cláusula en la medida en que la otra parte ha actuado confiando en esa conducta.</p> <p>Finalmente, con respecto a la afirmación de BHP-IT de que al resolver el Subcontrato, GEC Marconi había incumplido un término implícito del contrato que le exigía actuar de manera honesta, justa y razonable, y a la objeción de GEC Marconi de que un deber de buena fe, aunque esté generalmente implícito, no podría estar implícito en el contrato debido a la llamada cláusula de "acuerdo completo" contenida en el Subcontrato, el Tribunal señaló que en la ley australiana no existía tal estado de derecho obligatorio que impusiera a las partes el deber de buena fe y trato justo, como el artículo 1-102 (3) del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos o los Artículos 1.7 de los Principios UNIDROIT y el 1:201 de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Sin embargo, concluyó que el deber de buena fe y trato justo debía considerarse un término implícito de todos los contratos, y el mero hecho de que el contrato contenía una cláusula de "acuerdo total" no era suficiente para excluir tal implicación.</p>
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco de la segunda parte del artículo 2.1.18 de los Principios UNIDROIT, se aplica porque la conducta de la parte ha generado la suficiente confianza para excluir el pacto de no modificación oral del contrato.

13)

Datos del caso	Unilex Fecha: 30.04.2001
----------------	-----------------------------

	<p>Laudo Arbitral Corte: Ad hoc arbitration (San José, Costa Rica) Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1100</p>
Sumilla de hechos	<p>Una compañía francesa y una compañía costarricense celebraron un contrato de <i>joint venture</i> para participar en un proceso de licitación pública para la construcción y operación exclusiva de centros para la revisión técnica de vehículos en Costa Rica por diez años.</p> <p>El contrato fue finalmente adjudicado a un tercero. Según la empresa costarricense, la adjudicación fue incorrecta, pero la compañía francesa se negó a seguir a su socio para impugnar la adjudicación ante la autoridad competente, lo que impidió que la empresa costarricense concluyera el procedimiento. La compañía costarricense inició un arbitraje contra la compañía francesa alegando el incumplimiento del acuerdo de <i>joint venture</i> y reclamando una indemnización por el daño sufrido, incluido el lucro cesante por las ganancias que podría haber esperado obtener durante el período de diez años.</p>
Argumentos de las partes	<p>No figuran en el fragmento publicado del caso pero se infieren de los hechos.</p>
Decisión	<p>En el contrato las partes acordaron que cualquier disputa debía resolverse "sobre la base de la buena fe y los usos justos y con respecto a las prácticas comerciales más sanas y términos amigables". El Tribunal Arbitral decidió aplicar los Principios UNIDROIT, que consideraba constituían "el componente central de las reglas y principios generales que regulan las obligaciones contractuales internacionales y gozan de un amplio consenso internacional".</p> <p>Sobre los méritos, el Tribunal Arbitral consideró que la negativa de la compañía francesa a unirse a la compañía costarricense en su apelación contra la decisión de la autoridad adjudicadora supuso un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de <i>joint venture</i>, y para este efecto se refirió a los Artículos 1.7., 1.8, 4.1, 5.3 y 5.4 de los Principios UNIDROIT. También invocó el principio general de la prohibición de <i>venire contra factum proprium</i>, sin citar la disposición relevante de los Principios UNIDROIT.</p> <p>En cuanto a la pretensión del demandante por daños y perjuicios por lucro cesante, el Tribunal Arbitral sostuvo que las ganancias esperadas eran demasiado inciertas como para ser resarcibles en su totalidad y, por tanto, otorgó daños solo por la pérdida de la chance, refiriéndose expresamente al Artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT.</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 1.8 de los</p>

	Principios UNIDROIT, para analizar el incumplimiento de obligaciones.
--	---

14)

Datos del caso	<p>Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 27.07.1999 Decisión: Laudo Arbitral Número: 302/1997 Corte: International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=671 Base de datos CISG: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990727r1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>En julio de 1993, un comprador suizo (Demandante) y un vendedor ruso (Demandado) celebraron un contrato de compraventa de bienes. Según el contrato, el envío debía hacerse máximo al final de octubre de 1993, el término de la compraventa era FOB y debía hacerse en un puerto de Ucrania.</p> <p>El vendedor solo entregó el primer lote de la mercadería que equivalía al 20% del total de la cantidad pactada.</p> <p>El comprador demandó al vendedor por incumplimiento de contrato y solicitó una indemnización por los daños sufridos.</p>
Argumentos de las partes	<p>El comprador alegó un incumplimiento del contrato por la falta de entrega del total de la mercadería.</p> <p>Por su parte, el vendedor invocó la invalidez del contrato debido a la falta de autorización del director de la empresa para firmar el contrato.</p>
Decisión	<p>El Tribunal Arbitral determinó que, conforme al acuerdo de las partes, es aplicable la Convención de Viena y subsidiariamente la ley sustantiva rusa. Asimismo, respecto a la <i>lex mercatoria</i>, el Tribunal aplicó los Principios UNIDROIT, pues estaban adquiriendo gradualmente el estatus de usos comerciales internacionalmente reconocidos en la práctica de arbitraje internacional.</p> <p>En relación al fondo del caso, el Tribunal desestimó la nulidad del contrato en base a las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - “El vendedor no proporcionó ninguna evidencia de que su funcionario haya actuado en violación de la ley u otros instrumentos legales. En consecuencia, el contrato celebrado por él no puede considerarse nulo”. - “Las acciones del vendedor hacia la ejecución del contrato comprueban la aprobación del contrato por parte de la empresa del vendedor. Por ejemplo, la entrega del primer lote de mercancías

	<p>y la recepción de los pagos respectivos, la correspondencia sobre el procedimiento de entrega de la parte faltante de las mercancías”.</p> <ul style="list-style-type: none"> - “La correspondencia enviada por el vendedor al comprador después del 13 de septiembre de 1993 (la fecha en que el CEO de la compañía del vendedor regresó de sus vacaciones) no puede considerarse como una negativa del vendedor a aprobar el contrato. Por el contrario, las posteriores notificaciones repetidas de que las mercancías no estaban listas para ser enviadas y las solicitudes para extender el plazo de envío evidencian la existencia de relaciones contractuales entre las partes”. - “El vendedor alegó la nulidad mucho tiempo después del momento en que supo o pudo haber sabido de los hechos, los cuales solo solo él pudo haber estado al tanto”. - “Conforme a la lex mercatoria, <u>se debe rechazar la defensa legal y judicial de una parte que emplea un derecho propio (en este caso, el derecho a declarar nulo el contrato) de manera irrazonable o en contradicción con su anterior conducta (nemo potest venire contra factum proprium).</u> Además, según el artículo 7 de la CISG y el requisito de "observancia de buena fe en el comercio internacional", la práctica de arbitraje internacional ha llegado a la conclusión de aplicar a los contratos para ventas internacionales el principio angloamericano de <u>estoppel</u> o el alemán <u>Verwirkung</u>”. <p>Siendo ello así, el Tribunal concedió al comprador la indemnización por lucro cesante. (Extraído del texto de la sentencia, disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990727r1.html)</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del Art. 7 de la Convención de Viena, para denegar la nulidad del contrato porque alegarla es contrario a los actos anteriores del vendedor.</p>

15)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 313 / CISG database Pace Law School Fecha: 21.10.1999 País: Francia Corte: Cour d'Appel de Grenoble Partes: Société Calzados Magnanni c. SARL Shoes General International</p>
----------------	--

	<p>Resumen preparado por María del Pilar Perales Viscasillas, corresponsal nacional</p> <p>Cita: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_313_leg-1536.html?lng=es</p> <p>Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>“El comprador (Demandante), una empresa francesa, encargó al vendedor (Demandado), una empresa española, 8.651 pares de zapatos para comercializarlos con la marca “Pierre Cardin”.</p> <p>El vendedor negó haber recibido pedidos y se negó a suministrar la mercancía. El comprador recurrió entonces a otros fabricantes, pero debido al retraso en el suministro de la mercancía a los pequeños comerciantes, éstos le devolvieron 2.125 pares de zapatos no vendidos. El comprador reclamó daños y perjuicios por valor de 712.879 francos por los 2.125 pares de zapatos no vendidos así como por la pérdida de imagen de marca de su sociedad”.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 313).</p> <p>El Tribunal de primera instancia le dio la razón al demandante. El demandado apeló esa decisión.</p>
Argumentos de las partes	<p>El comprador alegó que el vendedor, al no entregar los zapatos, había incumplido el contrato. Es por ello que se vio en la necesidad de recurrir a compras de reemplazo pero no pudo entregar a los comerciantes los zapatos a tiempo, por lo que una gran cantidad no fue vendida.</p> <p>El vendedor argumentó que no existía un contrato de compraventa con el comprador, razón por la cual no entregó los pedidos. Según su posición, no había comunicado su aceptación de los pedidos.</p>
Decisión	<p>La Corte de Apelaciones determinó que era aplicable la Convención de Viena.</p> <p>En relación a la celebración del contrato, concluyó lo siguiente:</p> <p>“Si bien el vendedor negaba que existiera un contrato de compraventa e invocaba el artículo 18 1) de la CISG, según el cual el silencio o la inacción por sí solos no constituían aceptación, el tribunal estimó <u>que sí había habido celebración de contrato, incluso sin la aceptación expresa del vendedor. El tribunal se remitió a la práctica seguida en años anteriores, cuando el vendedor había cumplido siempre los pedidos de la empresa francesa sin expresar su aceptación.</u></p> <p>Además, el vendedor no presentó ningún escrito en el que, en respuesta a las numerosas cartas de reclamación del comprador, afirmara no haber recibido el pedido. Por otra parte, el vendedor conocía la intención del comprador de participar en el mercado del calzado en</p>

	<p>verano de 1995 y, aunque no hubiera recibido ningún pedido, después de fabricar las muestras y de conservar el material original, tenía que haber preguntado al comprador cómo había que interpretar la falta de pedido. El tribunal estimó que el “hecho de negarse a cumplir un pedido recibido, sin motivo legítimo, sosteniendo falsamente que no se había cursado tal pedido, constituye por parte del vendedor una violación esencial del artículo 25 de la Convención de Viena”.</p> <p>En ese sentido, la Corte de Apelaciones confirmó el fallo de la primera instancia, pero declaró infundada la indemnización respecto a los daños por afectación a la imagen de la marca.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 313).</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco de los artículos 9 y 18.1 de la Convención de Viena, para establecer que en base a las prácticas entre las partes se puede dar tácitamente la aceptación de la oferta.</p>

16)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 270 / Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 25.11.1998 País: Alemania Número: VIII ZR 259/97 Corte: Bundesgerichtshof Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=356 Clout N° 270: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_270_leg-1493.html?lng=es Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>Este caso se basa en los hechos del Caso Clout N° 230 / Unilex / CISG database Pace Law School (ver referencias a ese caso).</p> <p>El comprador apeló el fallo de la Corte de Apelaciones que dio la razón al vendedor.</p>
Argumentos de las partes	<p>El comprador reiteró los argumentos esgrimidos en la primera instancia y ante la Corte de Apelaciones.</p> <p>El vendedor no se apersonó en esta instancia, pero el Tribunal Supremo consideró todas las posiciones y puntos controvertidos de las partes.</p>
Decisión	<p>“El Tribunal Supremo revocó el fallo de la Corte de Apelaciones y estimó el reclamo del comprador.</p> <p>El Tribunal dictaminó que el vendedor había renunciado a su derecho de invocar la notificación tardía de la falta de conformidad. Al respecto, el vendedor puede renunciar a sus derechos no sólo de manera expresa sino</p>

	<p>también en forma implícita. La condición previa para una renuncia implícita, es que haya indicios concretos que den a entender al comprador que la acción del vendedor constituye una renuncia a su derecho.</p> <p>El hecho de que el vendedor entable negociaciones respecto de la falta de conformidad de las mercaderías no debe considerarse necesariamente una renuncia, sino que debe estudiarse conjuntamente con las circunstancias de cada caso. En este caso, las negociaciones sobre la cuantía de los daños y perjuicios y la forma en que se pagarían la indemnización se habían llevado a cabo durante un período de 15 meses, tiempo en el cual el vendedor no se había reservado el derecho a invocar los artículos 38 y 39 de la CISG. Además, a petición del comprador, el vendedor había pagado los costos de un experto. Incluso, el vendedor había ofrecido pagar los daños y perjuicios por una cuantía de siete veces el precio que había recibido por la lámina de protección de superficies.</p> <p><u>El tribunal sostuvo que, desde la perspectiva del comprador (párrafos 2) y 3) del artículo 8 de la CISG), únicamente podía entenderse que el vendedor no invocaría luego los artículos 38 y 39 de la CISG”.</u></p> <p>En tal sentido, el comprador iría en contra de sus propios actos si luego invoca la extemporaneidad de la notificación de la falta de conformidad. (Extracto del resumen del caso Clout N° 270).</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 8 de la Convención de Viena, se aplica porque el vendedor no puede oponer la extemporaneidad del aviso de falta de conformidad, luego de no haberlo invocado durante las negociaciones previas sobre la indemnización al comprador. Se entiende que el vendedor había renunciado a objetar la demora.</p>

17)

Datos del caso	<p>Unilex / Caso Clout N° 94 Fecha: 15.06.1994 Decisión: Laudo Arbitral Número: SCH-4318 Corte: Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien (Vienna), Austria Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=56</p>
Sumilla de hechos	<p>“En 1990, un vendedor austríaco (Demandado) y un comprador alemán (Demandante) celebraron un Contrato para la venta de hojas de metal laminado. Las mercancías debían ser entregadas en cuotas “FOB</p>

	<p>Rostock”, especialmente empaquetadas para la exportación.</p> <p>Inmediatamente después de recibir las dos primeras entregas, el comprador vendió los productos a una empresa belga que los envió a un fabricante portugués. El fabricante encontró que las mercancías estaban defectuosas y se negó a aceptar el resto.</p> <p>Después de recibir la notificación de la no conformidad del comprador alemán, el vendedor austríaco se negó a pagar los daños, alegando que la notificación era extemporánea.</p> <p>El comprador inició un procedimiento arbitral conforme a una cláusula de arbitraje en el contrato”.</p>
Argumentos de las partes	<p>El vendedor (Demandado) alegó que el comprador (Demandante) había perdido el derecho a reclamar los daños porque no notificó la falta de conformidad de los bienes a tiempo. El comprador había enviado al vendedor una notificación por escrito de los defectos, junto con una declaración pericial de una empresa reconocida internacionalmente, seis meses después de la entrega, mientras que, según el contrato, debería haberlo hecho inmediatamente después de la entrega de los bienes (o a más tardar dentro de dos meses a partir de la entrega). Por su parte, el comprador (Demandante) sostuvo que el Demandado había renunciado a su derecho de oponer la defensa de notificación extemporánea de la falta de conformidad.</p>
Decisión	<p>“El árbitro único estableció que la ley aplicable era la Convención de Viena.</p> <p>En relación a la notificación de no conformidad, determinó que el Demandante no cumplió con lo establecido en el Contrato, puesto que lo comunicó fuera del plazo de 2 meses. El vendedor hizo la entrega de los bienes en dos lotes, el primero fue en febrero de 1991 y el segundo en abril del mismo año. Según el Contrato, debía notificar los defectos de los dos lotes máximo en abril y junio de 1991, respectivamente. Sin embargo, notificó la no conformidad del primer lote recién en mayo (3 meses después) y, respecto al segundo lote, en octubre (6 meses después).</p> <p>Respecto a la renuncia del vendedor a su derecho a invocar la notificación extemporánea de la no conformidad, el árbitro sostuvo que la intención de una parte de renunciar a este derecho debe estar claramente establecida y que, en este caso, no había pruebas suficientes de tal intención real.</p> <p>No obstante, determinó que el vendedor no podía emplear la defensa de extemporaneidad. El árbitro aplicó el art. 7 (2) CISG, y - refiriéndose a los arts. 16 (2) (b) y 29 (2) CISG - sostuvo que el estoppel (“venire contra</p>

	<p>factum proprium”) es un principio general subyacente a la CISG. En este caso, el vendedor se había comportado de tal manera que hizo creer a la otra parte que el vendedor no plantearía la defensa de extemporaneidad, por ejemplo, después de recibir la notificación, el vendedor había continuado pidiéndole al comprador información sobre el estado de las quejas por parte del cliente final portugués y/o el intermediario belga; y había continuado las negociaciones con miras a alcanzar un acuerdo de solución.</p> <p>Siendo ello así, el árbitro reconoció el reclamo de daños y perjuicio en favor del comprador por los bienes defectuosos”.</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: amparada. Doctrina de los actos propios, en el marco de la segunda parte del artículo 7 de la Convención de Viena, para rechazar una defensa de extemporaneidad que no fue alegada con anterioridad y generó en la otra parte la confianza de que no sería ejercida.</p>

18)

Datos del caso	<p>Iran-US Claims Tribunal, DIC of Delaware et. al. v. Tehran Redevelopment Corp., YCA 1986, at 332 et seq. TransLex</p>
Sumilla de hechos	<p>El 2 de julio de 1975, DIC y Underhill, dos compañías de Estados Unidos, y Starret, una compañía suiza, suscribieron un contrato con Tehran Redevelopment Corp. (TRC), para proveer asistencia técnica en relación con la construcción de estructuras de concreto para un proyecto de viviendas en Irán. El contrato se refería a 8 edificios que integraban la fase I. Posteriormente fueron contratadas para llevar a cabo trabajos en las fases II y IA, en octubre de 1976.</p>
Argumentos de las partes	<p>Los Demandantes sostienen que en setiembre de 1977 se celebraron contratos oralmente en relación con la etapa III del proyecto, mientras que el Demandado niega la existencia de tal acuerdo.</p>
Decisión	<p>El Tribunal sostiene que el Demandado no objetó a tiempo el saldo a pagar presentado por los Demandantes, lo cual generó en TRC la carga de probar que el valor requerido no era el correcto.</p>
Conclusión	<p>La defensa sobre la base del estoppel es amparada. El tribunal concluye que no objetar el saldo durante un largo período impide al Demandado negarse al pago, pues a él le corresponde la carga de probar la inexactitud del saldo requerido.</p>

19)

Datos del caso	<p>Framatome-Award, YCA 1983, at 94, 101 et seq. TransLex</p>
----------------	---

	Laudo, 192 (original en francés)
Sumilla de hechos	La Compañía “Z”, del país “Xanadu” suscribió un contrato para la explotación de recursos naturales con “ABC”, una entidad estatal del país “Utopía”. El contrato fue ejecutado por ambas partes durante varios meses, pero surgida una disputa durante la ejecución, ABC lo resolvió y Z interpuso una demanda arbitral.
Argumentos de las partes	ABC alegó que el contrato era inválido, pues no se había cumplido todas las formalidades para su suscripción: aprobación por parte de un comité de ABC, el que según la propia declaración de ABC, se reunía solo ocasionalmente. ABC además alegó que el estado de Utopía había decidido no explotar los recursos naturales materia del contrato.
Decisión	ABC no puede tomar ventaja de las irregularidades e incumplimiento de la ley de Utopía, cometidos por sus propios órganos, los cuales, según la propia declaración de ABC, no podían resistir la habitual práctica de violación de la ley de su país. Ello es contrario al principio de la buena fe. El hecho que el contrato haya sido ejecutado por ambas partes revela que las irregularidades no fueron esenciales; de hecho, las alegaciones de nulidad se producen recién en el arbitraje.
Conclusión	Se ampara el argumento del Demandante sobre la prohibición de un comportamiento inconsistente, contenida en el Principio I.1.2 de TransLex.

20)

Datos del caso	Iran-US Claims Tribunal, Woodward-Clyde Consultants v. Iran et. al., 3 IRAN-U.S. C.T.R., at 239 et seq. (1983) TransLex
Sumilla de hechos	Woodward-Clyde Consultants y otras empresas vinculadas interponen demanda contra el Gobierno de Irán y la agencia estatal the Atomic Energy Organization of Iran (“AEOI”) para que le pague la contraprestación por los servicios prestados en el marco del contrato de consultoría en relación con la instalación de plantas nucleares, celebrado en 1975 y modificado en 1976 y 1978.
Argumentos de las partes	El Demandado señala que el funcionario que suscribió la modificación del contrato no contaba con las facultades necesarias.
Decisión	El Tribunal considera que el Demandado ha incurrido en un comportamiento inconsistente, pues a pesar de negar que su representante tenía facultades para modificar el contrato y en consecuencia proceder al pago, hay evidencia de que algunos pagos sí fueron efectuados con anterioridad a pesar de no haberse cumplido las formalidades contractuales. En tal sentido, el contratista

	Demandante ejecutó sus prestaciones confiando en que su contraparte había brindado su consentimiento.
Conclusión	La defensa sobre la base del estoppel es amparada. El tribunal concluye que no deben primar las formalidades cuando la conducta de una de las partes revela conformidad con la ejecución de las prestaciones de su contraparte.

21)

Datos del caso	ICC Second Preliminary Award. Case N° 1512, YCA 1980, 170, 174 et seq. TransLex
Sumilla de hechos	La Demandante es una compañía cementera india, acreedora de una empresa cementera pakistaní. La deuda sería pagada con la entrega periódica de ciertas cantidades de cemento. La obligación fue garantizada por un banco pakistaní. En 1965 se produjeron hostilidades entre India y Pakistán, lo que generó restricciones comerciales entre ambos países y el consiguiente incumplimiento de la obligación de entrega por parte de la empresa pakistaní. El banco se negó a honrar su garantía.
Argumentos de las partes	El banco (Demandado) cuestionó las actuaciones arbitrales sobre la base de la existencia de otros procesos iniciados por el demandado luego de iniciado el proceso arbitral.
Decisión	El árbitro único rechazó este argumento sobre la base de la conducta del propio demandado, inconsistente con lo anterior. Señaló que existe un principio general del derecho “that a man shall not be allowed to blow hot and cold –to affirm at one time and to deny at another” ³⁹ . Sin embargo, el análisis del caso concreto en función a este principio no queda claro.
Conclusión	Se ampara el argumento del Demandante sobre la prohibición de un comportamiento inconsistente, contenida en el Principio I.1.2 de TransLex.

1.5.2 Casos que no amparan la invocación de la doctrina de los actos propios.-

La presentación de los 12 casos en los cuales las cortes que aplicaron la *lex mercatoria* desestimaron la invocación de la doctrina de los actos propios, ha seguido un criterio cronológico, desde las decisiones más recientes a las más antiguas. En la mitad de ellos se discutió cuestiones referidas a contratos de compraventa de mercaderías, mientras que los casos restantes son variados e involucran cuestiones derivadas de contratos de construcción, de distribución, entre otros.

³⁹ Es decir, “que un hombre no puede soplar aire frío y caliente – afirmar en un momento y denegar en otro”.

1)

Datos del caso	ICC International Court of Arbitration Bulletin 2016 N° 2 113 2016 Ginebra, Suiza. Partial Award in Case 15453 (extracts)
Sumilla de hechos	El Demandante y los Demandados suscribieron acuerdos relacionados a la construcción de una embarcación. Uno de los documentos fue suscrito por un ex trabajador del Demandante, el fabricante de la embarcación, sin su conocimiento. Entre otros asuntos, se discutió en el proceso quién era el propietario del casco de la nave y si hubo incumplimientos del Contrato.
Argumentos de las partes	El Demandante alega ser propietario del casco de la nave, pues de acuerdo con la ley brasilera no se habrían cumplido los requisitos para su transferencia. Por el contrario, el Demandado alega ser propietario de la nave y sustenta su afirmación, entre otros argumentos, en el <i>estoppel by representation</i> , pues antes de la suscripción del contrato el Demandante señaló que no sería necesaria una garantía adicional porque los bienes pertenecen a los Demandados. Ello impide al Demandante alegar que el casco de la embarcación es de su propiedad.
Decisión	La propiedad del casco corresponde al Demandado luego de recibida la factura, de acuerdo a lo previsto en el contrato. La transferencia de propiedad a su favor no liberó de responsabilidad al Demandante como contratista, quien mantuvo la posesión de la nave.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: desestimada. No era necesario invocar la doctrina del estoppel porque los términos del contrato eran suficientes para definir las reglas de transferencia de propiedad. En todo caso, el tribunal señala no estar de acuerdo con la invocación de la doctrina del estoppel, pues el contrato excluyó la posibilidad de ampararse en declaraciones previas a la celebración del contrato.

2)

Datos del caso	ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 11 N° 2 2009 Zurich, Suiza. Final Award in Case 8786 (extracts)
Sumilla de hechos	Un fabricante de ropa, el Demandante, recibió una orden de compra de un vendedor retail, el Demandado, y envió las muestras un mes antes de la fecha de entrega de los productos. Las muestras fueron observadas, pero luego las observaciones se subsanaron. Sin embargo, la orden

	de compra fue cancelada 10 días antes de la fecha de entrega.
Argumentos de las partes	El fabricante interpuso una demanda arbitral reclamando los daños generados por la imposibilidad de colocar los productos requeridos. El Demandado alegó que la entrega de las muestras fue tardía, lo cual hizo imposible que la entrega de los productos se realizara a tiempo. Señala que la entrega a tiempo es una obligación esencial de acuerdo con la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías. El Demandante señaló que en ocasiones anteriores el Demandado no reclamó por entregas tardías y que hacerlo en dicha ocasión era un comportamiento de mala fe, contrario a los actos propios.
Decisión	El hecho que en ocasiones anteriores el Demandado no haya insistido en que las entregas fuesen a tiempo no supone una prohibición para exigirlo en el futuro.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: desestimada. La doctrina de los actos propios es calificada como una modalidad de abuso de derecho.

3)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 827 / Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 29.05.2007 País: Holanda Número: C051069/HE Corte: Court of Appeals of-Hertogenbosch Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1313&step=Abstract Clout N° 827: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/nld/clout_case_827_leg-2570.html?lng=es Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070529n1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>Una empresa belga (Demandante) y una empresa holandesa (Demandado) celebraron un contrato para la venta de una máquina. La empresa belga cumplió con entregar la máquina a la empresa holandesa. “En la factura enviada por el vendedor figuraba el siguiente texto: “las mercancías siguen siendo de nuestra propiedad hasta que se haya recibido el pago íntegro”. El vendedor aplicó las condiciones generales en las que también se indicaba que “las mercancías entregadas seguirán siendo propiedad del vendedor hasta que se reciba el pago íntegro, lo que significa, en particular, que el comprador no podrá revender las mercancías ni constituir una garantía sobre ellas”. No obstante, el</p>

	<p>comprador holandés no pagó íntegramente el precio de compra y vendió la máquina a una tercera empresa, arrendando a su vez la máquina de dicha empresa. El vendedor belga alegó que el comprador holandés había actuado ilícitamente al vender la máquina a un tercero sin haber pagado previamente el precio íntegro de compra, lo que constituye una violación de la reserva de propiedad.</p> <p>El Tribunal de primera instancia determinó que el comprador –al no oponerse a la disposición relativa a la reserva de propiedad incluida en la factura por la empresa belga- aceptó implícitamente la reserva de propiedad sobre la base de los artículos 18 3), 8 y 9 de la CISG. El Tribunal determinó también que el comprador cometió un acto ilícito, pero no se pudo determinar la existencia de un nexo causal entre el daño sufrido por el vendedor belga y el acto ilícito, por lo que desestimó la demanda”.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 827). El Demandante apeló la decisión.</p>
Argumentos de las partes	<p>En el recurso de apelación, la empresa belga sostuvo que la decisión tomada por el Tribunal era errónea. Por su parte, el comprador argumentó que no había aceptado implícitamente la reserva de propiedad desde un principio.</p>
Decisión	<p>El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal de primera instancia, precisando los siguientes fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El Tribunal de Apelación determinó que la Convención de Viena era la ley aplicable al caso. “Por lo tanto, la cuestión de si el vendedor y el comprador han convenido en una reserva de propiedad y/o si son aplicables las condiciones generales de la empresa belga y la reserva de propiedad consagrada en ellas ha de responderse en función de los artículos 14 y 19 de la CISG relativos a la oferta y la aceptación, y en los artículos 8 y 9, por lo que respecta a la interpretación de la Convención”. - “Es evidente que las dos empresas realizaban actividades comerciales conjuntamente y de forma periódica. También quedó claro que en el anverso de las facturas enviadas por la empresa belga a la empresa holandesa siempre se ha indicado que las mercancías vendidas estaban sujetas a una reserva de propiedad supeditada al pago íntegro del precio de compra. <u>Sin embargo, aunque las facturas sí lo mencionaban, en el contrato de compraventa no se indicaba en modo alguno que la compra estuviera sujeta a dicha reserva de</u>

	<p><u>propiedad</u>. En el artículo 18 1) de la CISG se establece que ni el silencio, ni la falta de respuesta ante una oferta constituyen una aceptación de ésta. El vendedor sostuvo que la reserva de propiedad no fue acordada tácitamente, sino que se hizo referencia explícita a ella en las facturas. Por lo tanto, la cuestión que hay que plantearse es si la empresa belga puede invocar la reserva de propiedad frente al comprador a pesar de lo dispuesto en el artículo 18 de la CISG, teniendo en cuenta que, anteriormente, ambas partes habían llevado a cabo negocios conjuntamente en múltiples ocasiones. A la luz de las disposiciones de la CISG, hay que responder negativamente a esta pregunta”.</p> <p>- “Habida cuenta de que <u>no existían pruebas de que la reserva de propiedad fuera una práctica o uso habitual vinculante para la empresa holandesa</u>, y de que esta empresa sólo pudo tener conocimiento de la reserva de propiedad después de recibir la factura (con independencia de si se hizo referencia a la reserva de propiedad en el anverso o en el reverso de la factura), <u>no puede considerarse que en virtud de los artículos 18, 8 y 9 de la CISG el comprador haya dado su consentimiento</u> y, por consiguiente, aceptado la reserva de propiedad. Por lo tanto, nunca se convino en que la máquina se entregaría con una reserva de propiedad en favor del vendedor, y no hay ningún fundamento para que la empresa belga afirme que la empresa holandesa actuó ilícitamente. Ni la venta con retrocesión en arrendamiento, que no es inusual, ni la negativa de la empresa holandesa a utilizar el importe obtenido de la tercera empresa para reembolsar a la empresa que vendió en primer lugar pueden dar lugar a un acto ilícito”.</p> <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 827).</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Se analizó la doctrina de los actos propios, en el marco de los artículos 8, 9 y 18 de la Convención de Viena, para determinar que no existe entre las partes una práctica habitual de reserva de propiedad.</p>

4)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 1039 / CISG database Pace Law School Fecha: 27.12.2007 País: España Corte: Audiencia Provincial de Navarra</p>
----------------	--

	<p>Partes: Cerámica Tudelana S.A. y Wassmer Gruppe Spezialmaschinen GMBH</p> <p>Resumen preparado por María del Pilar Perales Viscasillas, corresponsal nacional</p> <p>Cita: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1_039_leg-2395.html?lng=es</p> <p>Base de datos CISG: https://www.iicl.law.pace.edu/cisg/case/spain-audiencias-provinciales-23 http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/espana/audieucia-provincial-de-navarra-27-diciembre-2007/</p>
Sumilla de hechos	<p>El 21 de julio de 2000, una empresa española (Demandante) y una empresa alemana (Demandado) celebraron un contrato para la compraventa de una máquina que servía para rectificar ladrillos; esta máquina era fabricada por la empresa alemana.</p> <p>La compradora reclamó que la máquina comprada era deficiente porque su rendimiento era muy bajo. Es por ello que demandó a la empresa alemana, solicitando que se declare resuelto el contrato de compraventa y el respectivo pago por daños y perjuicios.</p> <p>El Juzgado de Tudela falló íntegramente a favor de la demandante. Determinó que la máquina en cuestión era defectuosa, puesto que los ladrillos que pasan por la máquina salían rotos en un porcentaje entre 75% y 84%, según la velocidad utilizada.</p> <p>El vendedor apeló la sentencia ante la Audiencia Provincial de Navarra.</p> <p>(Extraído del texto de la sentencia de primera instancia, disponible en http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/espana/juzgado-de-primera-instancia-e-instrucción-no3-de-tudela-29-marzo-2005/).</p>
Argumentos de las partes	<p>La demandante sostuvo que los defectos de la máquina implicaban un incumplimiento esencial del contrato, por lo que su resolución era válida.</p> <p>La demandada alegó que los defectos de la máquina no eran esenciales y que la compradora, al solicitar la resolución judicial del contrato, estaba actuando en contra de sus propios actos.</p> <p>“Según la demandada, los documentos muestran que la máquina instalada no era defectuosa de forma esencial, pues de ser así la compradora no habría suscrito el “documento de compromiso mutuo” de 3 de agosto de 2001, no habría pagado más parte del precio, ni aceptado que la máquina se quedara en sus instalaciones, por lo que ha venido contra sus propios actos”.</p>

	(Extraído del texto de la sentencia, disponible en http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/espana/audienca-provincial-de-navarra-27-diciembre-2007/).
Decisión	<p>La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia que dio la razón a la compradora.</p> <p>En relación al argumento de los actos propios, la Audiencia Provincial señaló lo siguiente:</p> <p>“El art. 8 del Convenio de Viena contiene una serie de reglas interpretativas aplicables no sólo al contrato en sí mismo considerado, sino a cualquier acto, declaración o comportamiento de las partes significativo en orden a la determinación de la voluntad real. El párrafo c) del citado artículo establece que para determinar la intención de una parte deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, incluyendo su “comportamiento ulterior”. Esta norma de alguna forma <u>recoge expresamente la conocida prohibición de “venire contra factum proprium”</u> y reconoce que el comportamiento posterior de los involucrados en una transacción internacional debe tomarse en consideración a la hora de valorar la intención de cada una de las partes.</p> <p>Si se analiza la actuación de Tudelana no puede sostenerse, como se hace en el recurso, que vaya contra sus propios actos al resolver el contrato de compraventa. Antes se indicó que habían sido continuas sus reclamaciones por el deficiente funcionamiento de la máquina instalada en Tudela, durante quince meses aproximadamente. En concreto, Tudelana en su fax de 18 de octubre de 2002 reprocha a Wassmer su “falta de interés” en solucionar los problemas, a pesar del tiempo transcurrido, por lo que concede a la misma el plazo de una semana, comunicando su intención de acudir a los tribunales de no ofrecer una solución.</p> <p>Y Wassmer, en su contestación a dicha comunicación manifiesta que es imposible trabajar con una máquina con un 0% de mermas, y que la instalación suministrada es apta para el rectificado de los bloques de ladrillos.</p> <p>Por ello, en todo caso <u>sería la demandada quien iría contra sus propios actos al oponerse a que la demandante haya acudido a los Tribunales</u>, pues admitió esa posibilidad, al manifestar en el fax de 21 de octubre de 2002 (documento 44 de la demanda) que “si tienen la opinión que esto sólo se puede clarificar por la vía judicial, estamos de acuerdo” y, posteriormente, en el fax de 25 de octubre del mismo año (documento 46 de la demanda) que “si Uds. sostienen la exigencia de mermas del 0% ... cualquier acción por nuestra parte sería inútil y el asunto tendrá que aclararse ante los tribunales”.</p>

	<p>(Extracto de la sentencia, disponible en http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/espana/audienicia-provincial-de-navarra-27-diciembre-2007/).</p> <p>El vendedor interpuso recurso de casación contra esta decisión alegando una infracción procesal respecto de la actuación de las pruebas periciales. El Tribunal Supremo declaró fundada la casación y remitió el caso al juzgado de primera instancia para que vuelva a actuar las pericias. Sin perjuicio de ello, el Juzgado volvió a dar la razón al comprador al determinar que la máquina era defectuosa.</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 8 de la Convención de Viena, no se configura porque el comprador no incurrió en una conducta contradictoria.</p>

5)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 490 / CISG database Pace Law School Fecha: 10.09.2003 País: Francia Número: 2002/02304 Corte: Corte de Apelación de París Partes: Société H. GmbH y Co. contra SARL M Cita: Publicado en francés: http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/100903.htm Resumen preparado por Claude Witz, corresponsal nacional, con ayuda de W.-Thomas Schneider Cita: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_490_leg-1715.html?lng=es Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030910f1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>“El caso opone a un vendedor alemán de telas (Demandante) y a un comprador francés (Demandado). En el marco de sus relaciones comerciales, el agente comercial del vendedor visitó el día 9 de septiembre de 1998 la sede social del comprador. En la visita, el agente comercial del vendedor presentó al comprador un nuevo tejido de tipo licra que le propuso que comprara. El 28 de septiembre de 1998 el vendedor dirige al comprador una carta en alemán, titulada “Confirmación de pedido”, que trata de la venta de 100.000 metros de tejido a un precio de 11,40 francos franceses el metro. La carta precisa que el tejido se entregará previa llamada del comprador por lotes de 25.000 metros entre noviembre de 1998 y febrero de 1999. Este procedimiento de confirmación de pedido oral se había seguido ya en otros pedidos anteriores del comprador. Más adelante, el comprador pide una primera entrega de 1.718 metros. Esa entrega es objeto de una factura de</p>

	<p>fecha 15 de marzo de 1999 en la que se hace referencia al saldo de 98.772 metros que faltaban por entregar. El comprador liquida la factura sin reserva alguna pero no da curso a su pedido en lo que se refiere al resto de la tela.</p> <p>El vendedor pretende que un contrato de venta que trata de la entrega de 100.000 metros de tela quedó concertado entre él y el comprador en el momento en que su representante visitó la sede social del vendedor". (Extracto del resumen del caso Clout N° 490).</p> <p>En base a ello, el vendedor demandó al comprador solicitando el pago del precio por el resto de los 100.000 metros de tela y por daños y perjuicios.</p> <p>El Tribunal de primera instancia rechazó la demanda del vendedor, por lo que el Demandante apeló la decisión.</p>
<p>Argumentos de las partes</p>	<p>El comprador alegó que no existe un contrato de venta por 100.000 metros de tela. Por tanto, no está obligado a pagar por el precio total.</p> <p>Por su parte, el vendedor sostiene que en el momento de la venta el intercambio de consentimiento de las partes operó de acuerdo con las prácticas anteriores entre ellas, conforme al artículo 9 de la CISG. Por ello, el director de la empresa vendedora registró de inmediato el pedido a nombre del comprador. Además, sostiene que el saldo que figuraba en la factura del pedido de 1.718 metros se pagó sin hacer ninguna reserva.</p> <p>(Extraído del texto de la sentencia, disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030910f1.html).</p>
<p>Decisión</p>	<p>La Corte de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal de primera instancia, en base a los siguientes fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - "La Corte, antes que nada, comprueba si se pudo concertar un contrato de venta por vía oral cuando el representante del vendedor visitó al comprador. A tal respecto, estima que, habida cuenta de la contestación formal de esos hechos por el comprador, el vendedor no ha proporcionado las pruebas necesarias para establecer la concertación del contrato". - "La Corte estima además que <u>tampoco hubo contrato con arreglo a las costumbres establecidas entre las partes, pese a que el mismo proceso de pedido oral del comprador, confirmado por carta del vendedor, se había observado ya en casos anteriores. El Tribunal hace valer que la observancia de las costumbres no dispensaba a las partes de sus obligaciones emanadas del artículo 14.1 y del artículo 18.1 de la CISG que, por una parte, disponen que una oferta debe ser suficientemente precisa y que, por otra parte, el</u>

	<p>simple silencio del destinatario no significa aceptación. El Tribunal deduce de lo antedicho que, en el caso de que se trata, <u>el vendedor que tenía la intención de proporcionar al comprador una tela de nueva confección, muy diferente de los tejidos vendidos anteriormente, no podía, por lo tanto, prevalecerse de la costumbre anterior seguida por las partes con ocasión de transacciones de tejidos de confección clásica.</u> A falta de costumbre, la “confirmación de pedidos” debía ser analizada en una oferta de compra que el comprador no había aceptado”.</p> <ul style="list-style-type: none"> - “El Tribunal considera además que el comprador, que no conoce la lengua alemana, tenía derecho a no haber comprendido el sentido de la “confirmación de pedido”, redactada exclusivamente en alemán”. - “Por último, el Tribunal pone de relieve que la entrega de 1.718 metros de tejido no constituye una ejecución parcial de la venta prevista de 100.000 metros”. <p>(Extracto del resumen del caso Clout N° 490). Por todo lo expuesto, se desestimó la demanda del vendedor rechazando su argumento sobre las prácticas establecidas entre las partes.</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Doctrina de los actos propios, en el marco de los artículos 9, 14 y 18 de la Convención de Viena, no es aplicable para determinar la existencia de un contrato respecto de la venta de un bien distinto al de los anteriores contratos. No se pueden invocar las prácticas establecidas en operaciones distintas.</p>

6)

Datos del caso	<p>Unilex Fecha: 00.00.2003 Laudo Arbitral Número: 11849 Corte: ICC International Court of Arbitration 11849 Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1159</p>
Sumilla de hechos	<p>El Demandante (un distribuidor de Estados Unidos), firmó un acuerdo de distribución exclusiva (el "Acuerdo") con el Demandado (un fabricante italiano de productos de moda). El Acuerdo estipulaba que el Demandado entregaría los productos en una o más entregas para las temporadas de otoño / invierno y primavera / verano, y que el pago debía realizarse mediante una carta de crédito ("L/C"). Cuando el Demandado solicitó precios más altos para sus productos, el Demandante se negó a</p>

	<p>abrir la L/C para la cuota en cuestión. Sin embargo, después de una notificación formal por parte del Demandado que indicó que si el Demandante no pagaba dentro de los veinte días posteriores a la recepción, el Demandado resolvería el Acuerdo, el Demandante declaró que estaba dispuesto a cumplir y abrió la carta de crédito dentro del plazo establecido por el Demandado. Sin embargo, el Demandado resolvió el Acuerdo, a pesar de que sabía que el Demandante había cumplido con su obligación.</p> <p>El Demandante inició el arbitraje para reclamar daños y perjuicios por la pérdida de ganancias sufrida como resultado de la terminación ilícita del Acuerdo por parte del Demandado. El Demandado reconvino por el pago de facturas vencidas y otros asuntos.</p>
<p>Argumentos de las partes</p>	<p>El Demandante señalaba que el Demandado no tenía derecho a resolver el Acuerdo debido a que: (i) las partes acordaron, en el curso de su relación, abandonar como medio de pago estándar la carta de crédito y utilizar la transferencia bancaria, en diferentes términos, (ii) la carta de crédito no fue el único medio de pago según el Acuerdo (se usó solo una vez) ni una disposición fundamental para firmar dicho contrato, (iii) la solicitud del Demandado de que el reclamante abriera una carta de crédito para la colección de otoño/invierno fue anulada por un desacuerdo entre las partes sobre los precios de los productos para dicha colección, (iii) el Demandado habría incumplido sus propias obligaciones por su demora continua y material en la entrega de bienes según los términos del Acuerdo.</p> <p>Por su parte, el Demandado argumentó que: (i) el hecho que el comportamiento del Demandante obligó al Demandado a aceptar métodos de pago distintos de cartas de crédito, no puede interpretarse como renuncia a su derecho a insistir en que los pagos se realizaran mediante cartas de crédito, (ii) las partes no acordaron por escrito una modificación al Acuerdo, que prevía el uso de cartas de crédito, (iii) el pago de los bienes por medio de una carta de crédito fue de fundamental importancia para el Demandado, ya que era "un factor fundamental en las relaciones del demandado con sus distribuidores e, incidentalmente, en el contrato celebrado con el demandante", (iv) cualquier demora en la entrega de bienes por parte del Demandado fue ocasionada por los propios retrasos del Demandante en la compra de las muestras y en el procesamiento de los pedidos.</p>
<p>Decisión</p>	<p>El Tribunal determinó que la negativa inicial del Demandante a abrir una carta de crédito constituía un incumplimiento de su obligación de pagar, y que el Demandado tenía derecho a resolver el Acuerdo de</p>

	<p>conformidad con el artículo 64 (1) (b) de la CISG (Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías). Respecto al argumento de la Demandante sobre que las partes habían acordado modificar la forma de pago estipulada en el Acuerdo que imponía el pago mediante una carta de crédito porque en una ocasión anterior la Demandada había aceptado el pago mediante transferencia bancaria ordinaria, el Tribunal Arbitral indicó que el Acuerdo estipulaba expresamente que cualquier modificación debía hacerse por escrito. Por tanto, el mero hecho de que en una ocasión el Demandado haya aceptado excepcionalmente el pago por transferencia bancaria no fue suficiente para inducir al Demandante a creer que el requisito de abrir una carta de crédito se abandonaría irrevocablemente, más aún durante las negociaciones el Demandado insistió repetidamente en la importancia de este requisito y según el artículo 8 (3) de la CISG, al interpretar la conducta de una parte, debe tener debidamente en cuenta las negociaciones precontractuales.</p> <p>En cuanto al otro argumento presentado por la Demandante de que su negativa a abrir la carta de crédito se justificó por la solicitud del Demandado de un aumento de precio del 10-15%, el Tribunal Arbitral dispuso que la Demandante podría haber abierto una carta de crédito sobre la base de la lista de precios anterior, mientras que la negativa a abrir cualquier carta de crédito fue equivalente a una negativa total a pagar el precio. Ello fue una reacción excesiva y desproporcionada con respecto a un desacuerdo relacionado con el 10 o el 15% de los precios.</p> <p>No obstante, el Tribunal Arbitral finalmente decidió que el Demandado había resuelto erróneamente el Acuerdo. De hecho, cuando el Demandado notificó al Demandante su intención de resolver de acuerdo, sabía que el Demandante había cumplido con su obligación de abrir la carta de crédito dentro del plazo adicional otorgado. El Demandado no actuó de buena fe ya que su intención real era utilizar la resolución para renegociar los términos del Acuerdo en su beneficio, violando así el principio general de buena fe, también estipulado en el artículo 7 de la CISG, que impide que una parte aproveche indebidamente los recursos proporcionados en caso de incumplimiento de la obligación de la otra parte.</p>
<p>Conclusión</p>	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Doctrina de los actos propios, en el marco de la segunda parte del artículo 2.1.18 de los Principios UNIDROIT, no se aplica porque una acción no es suficiente para dar por modificado el contrato cuando existe una formalidad pactada.</p>

7)

Datos del caso	ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 12 N° 2 2001 París, Francia. Laudo Parcial en el Caso 9474 (extractos)
Sumilla de hechos	El Demandante es un banco central y el Demandado es un fabricante de billetes o papel moneda. En 1990, el primero solicitó la elaboración de billetes en distintas denominaciones; el segundo aseguró que alcanzaría los mayores estándares de seguridad. Esto no ocurrió; además, la entrega fue tardía. Dos años después las partes contrataron el rediseño, impresión y entrega de los billetes, a un precio reducido como reconocimiento de la responsabilidad del Demandado en la entrega anterior. Hubo nuevos retrasos y defectos en la entrega. En 1993, para arreglar las diferencias, el Demandante se comprometió a hacer una nueva entrega a su propio costo, y dependiendo de si los requisitos de calidad y seguridad eran satisfechos, el Demandante se comprometió a contratar futuras entregas de billetes. En los hechos subsistían las diferencias.
Argumentos de las partes	Una de las defensas planteadas por el Demandado es que el banco (Demandante) está impedido (<i>estopped</i>) de reclamar el incumplimiento del acuerdo celebrado en 1993. Añade el Demandado que el Demandante le debió adjudicar el siguiente contrato para la elaboración de nuevos billetes. Las razones son que el banco tenía un deber de llevar a cabo una inspección de los billetes entregados, y que su silencio supuso una aceptación de la entrega, lo cual activaba la adjudicación del nuevo contrato.
Decisión	El Tribunal señala que un principio general de los contratos internacionales es que una parte no puede ejercer sus derechos si ha renunciado a ellos expresa o tácitamente, "by a waiver or an estoppel", o por no haber reclamado en un plazo razonable. Sin embargo, la carga de la prueba corresponde a quien alega el estoppel, y dicha carga es elevada. El Tribunal concluye que no se produjo ninguna señal por parte del Demandante para renunciar expresa o tácitamente a sus derechos.
Conclusión	Defensa sobre la base del estoppel: rechazada por falta de elementos probatorios. Estoppel como herramienta para no contradecir una renuncia de derechos supone una elevada carga probatoria.

8)

Datos del caso	Caso Clout N° 230 / Unilex / CISG database Pace Law School
----------------	--

	<p>Fecha: 25.06.1997 País: Alemania Número: 1 U 280/96 Corte: Oberlandesgericht Karlsruhe Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?id=296 Clout N° 230: http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_230_leg-1453.html?lng=es Base de datos CISG: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>“Un vendedor alemán (Demandado) y un comprador austriaco (Demandante) celebraron un contrato para la venta de láminas adhesivas protectoras que se usarían en las hojas de acero producidas por el comprador y vendidas a un cliente para su posterior procesamiento. El comprador no examinó la lámina al recibirla, que debía ser autoadhesiva y despegable. El cliente del comprador le informó que cuando se despegó la lámina de los productos de acero pulimentado de alta calidad, dejó restos de pegamento adheridos a la superficie. Advertido de ello, el comprador lo comunicó al vendedor al día siguiente. No obstante, la comunicación se realizó después de transcurridos 24 días de la entrega de la lámina.</p> <p>El comprador asumió el costo de la eliminación de los restos de pegamento y presentó una reclamación contra el vendedor pidiendo el reembolso de la suma correspondiente.</p> <p>El Tribunal de primera instancia dio la razón al comprador e indicó que la notificación de la falta de conformidad después de 24 días fue a tiempo. El vendedor apeló esta decisión”.</p> <p>(Extraído del resumen disponible en: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=296&step=Abstract)</p>
Argumentos de las partes	<p>El comprador alegó que la comunicación de la falta de conformidad por calidad defectuosa de las láminas se realizó dentro del período prescrito por la CISG. Los Términos y Condiciones Comerciales Generales establecidos por el vendedor, que establecían un plazo de ocho días para la presentación de la queja, no pasó a formar parte del contrato. Además, el defecto solo se hizo evidente después del procesamiento de la lámina adhesiva.</p> <p>Por otro lado, el comprador argumentó que el vendedor no podía invocar la extemporaneidad de la falta de conformidad porque ello no fue objetado en las anteriores negociaciones sobre el reclamo de daños.</p>

	<p>Al respecto, el vendedor sostuvo que el reclamo por falta de conformidad por la calidad defectuosa se hizo fuera del plazo prescrito, por lo que no cabía amparar la posición del comprador. (Extraído del texto completo de la sentencia, disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html)</p>
Decisión	<p>Tanto el Tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones determinaron que la Convención de Viena era aplicable al contrato. La Corte revocó el fallo del Tribunal y le dio la razón al vendedor, en base a las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - “El comprador perdió el derecho a invocar la falta de conformidad, ya que no había examinado las mercaderías tan pronto como fuera posible bajo las circunstancias (Art. 38 (1) CISG) y no había notificado los defectos dentro de un plazo razonable (Art. 39 (1) CISG). Si el comprador hubiera procesado una muestra de los bienes en el momento de la entrega, habría descubierto fácilmente los defectos y podría haber notificado dentro de los 10 a 11 días posteriores. El comprador estaba obligado a hacerlo, independientemente del hecho de que las partes tenían una relación comercial de larga data”. - “El comprador tampoco tenía derecho a confiar en una excusa razonable por no haber avisado oportunamente (Art. 44 CISG), ya que esta disposición no se aplica en el caso de un examen inadecuado de los bienes”. - <u>“El vendedor no renunció a su derecho a objetar que la notificación no era oportuna. La Corte se refirió al principio de estoppel (“venire contra factum proprium”), derivado del principio de buena fe (Art. 7 (1) CISG). Sin embargo, según la CISG la mera disponibilidad del vendedor para llegar a un acuerdo de conciliación no implica en sí misma una pérdida del derecho a alegar que la notificación de falta de conformidad no fue oportuna. La intención de renunciar a la defensa debe estar claramente establecida. Además, el artículo 7(1) y 80 de la CISG no impiden al vendedor alegar la notificación tardía de la falta de conformidad durante el proceso, aun cuando no hay sido alegado durante las negociaciones pre judiciales”.</u> (Extractos del resumen disponible en: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&i d=296&step=Abstract)
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Doctrina de los actos propios, en el marco del artículo 7 de la</p>

	<p>Convención de Viena, no se aplica porque no objetar la notificación tardía de la falta de conformidad durante las negociaciones no implica una renuncia de ese derecho ni impide alegarlo después.</p> <p>NOTA: Esta decisión fue revocada. Ver referencias al Caso Clout N° 270 / Unilex / CISG database Pace Law School.</p>
--	---

9)

Datos del caso	<p>Caso Clout N° 221 / Unilex / CISG database Pace Law School Fecha: 03.12.1997 País: Suiza Número: P4 1996/00448 Corte: Zivilgericht Kanton Basel-Stadt Partes: Desconocido Cita: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract Clout N° 221: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_221_leg-1444.html?lng=es Base de datos CISG http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030910f1.html</p>
Sumilla de hechos	<p>Un vendedor suizo y un comprador italiano celebraron un contrato para la venta de dos buques de carga de úrea. Las partes acordaron el pago dentro de los 30 días posteriores a la emisión del conocimiento de embarque. El vendedor emitió una factura que contenía la nota de que el pago debía realizarse mediante transferencia a la cuenta bancaria del vendedor que tenía con un banco suizo en una determinada región.</p> <p>Dado que el precio no se pagó, el vendedor inició una acción de cobro ante el Tribunal de la región donde estaba ubicado el banco del vendedor, mientras que el domicilio comercial del vendedor estaba en una región diferente en Suiza.</p> <p>(Extraído del resumen disponible en http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract).</p>
Argumentos de las partes	<p>El comprador alegó que el Tribunal no tenía jurisdicción para conocer el caso. Al respecto, sostuvo que el reclamo por el pago de precio no puede hacerse ante los tribunales donde se ubica el banco del vendedor porque nunca se acordó que ese sería el lugar de pago. Nunca tuvo lugar un acuerdo explícito sobre el lugar y tampoco existe una relación comercial continua, por lo que no se estableció ninguna práctica entre las partes. En ese sentido, la cuenta bancaria indicada en la factura era solo</p>

	<p>una alternativa como medio de pago, mas no una obligación.</p> <p>Por su parte, el vendedor sostuvo que el Tribunal sí tenía jurisdicción porque el domicilio del banco era el lugar de cumplimiento de la obligación de pago, de acuerdo a las prácticas establecidas entre las partes. El comprador, anteriormente, adquirió bienes del vendedor en dos ocasiones, y en esos casos pagó sin objeción en el lugar indicado en la factura. Además, en la práctica comercial es habitual que los pagos se realicen mediante transferencia bancaria. Por tanto, las partes estaban obligadas por sus prácticas y los usos comerciales. (Extraído del texto de la sentencia, disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030910f1.html).</p>
<p>Decisión</p>	<p>“El Tribunal aplicó el artículo 57 de la CISG para determinar el lugar de pago.</p> <p>Como el contrato implicaba la entrega de documentos, el Tribunal verificó primero si el lugar de pago debía determinarse de acuerdo con el art. 57 (1) (b) CISG (lugar de pago en el lugar de entrega de documentos). El Tribunal señaló, sin embargo, que el art. 57 (1) (b) no era aplicable. Según el Tribunal, art. 57 (1) (b) se aplica solo cuando las obligaciones respectivas del comprador y el vendedor deben cumplirse simultáneamente y no cuando, como en el caso en cuestión, el comprador tiene derecho a pagar dentro de los 30 días posteriores a la emisión de la factura de carga. En opinión del Tribunal, las partes acordaron una compra a crédito que no está incluida en el alcance del art. 57 (1) (b) CISG.</p> <p>Por lo tanto, la Corte aplicó el art. 57 (1) (a) CISG, según el cual el lugar de pago es el establecimiento del vendedor. Como <u>el establecimiento del vendedor no estaba ubicado en la región del Tribunal, el Tribunal negó su jurisdicción</u>”.</p> <p>El Tribunal rechazó los argumentos del vendedor relativos a que las partes habían acordado el establecimiento del banco del vendedor como lugar de pago, por las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - “Uno de los argumentos del vendedor fue que la factura que contenía la nota en la cuenta bancaria del vendedor constituía una carta de confirmación que, como no objetaba el comprador, se convirtió en parte del contrato. El Tribunal aclaró que un documento generalmente conocido en Suiza como una carta de confirmación pertenece al proceso de formación del contrato, de modo que en determinadas circunstancias su contenido puede formar parte del contrato, mientras que una factura pertenece al proceso de ejecución del contrato. Por lo tanto, sin investigar si existía una

	<p>carta de confirmación, el Tribunal sostuvo que en el caso en cuestión la nota en la factura no podía formar parte del contrato, ya que una factura no califica como una carta de confirmación”.</p> <ul style="list-style-type: none"> - “El Tribunal también desestimó la alegación del vendedor de que la indicación en la factura de la cuenta bancaria del vendedor establecía una práctica entre las partes en virtud de la cual el comprador estaba obligado a pagar en el banco del vendedor, por lo que el lugar del banco era el lugar de cumplimiento. En opinión del Tribunal, aunque dejó abierta la cuestión de si las partes celebraron uno o dos contratos diferentes para la entrega de dos cargamentos de barco, sostuvo que <u>en virtud del art. 9 (1) CISG dos relaciones contractuales de todos modos no fueron suficientes para establecer una práctica entre las partes. Según el Tribunal, para que se establezca una práctica entre las partes, se requieren relaciones contractuales duraderas que involucren más contratos de venta entre las partes</u>”. - “El Tribunal también rechazó el argumento del vendedor según el cual el pago del precio mediante transferencia bancaria a la cuenta bancaria del vendedor constituye un uso internacional de acuerdo con el art. 9 (2) CISG. Aunque el Tribunal reconoció que el pago mediante transferencia bancaria en lugar de efectivo se emplea ampliamente en el comercio internacional, en opinión del Tribunal, sin embargo, dicho empleo no es suficiente para establecer un uso internacional en virtud del art. 9 (2) CISG. El uso se establecería solo si la notificación de un vendedor sobre el pago a su cuenta bancaria se conociera ampliamente como una indicación por parte del vendedor de un nuevo lugar exclusivo de desempeño, y no solo un lugar de pago alternativo, como en opinión del Tribunal tal indicación es conocida”. <p>(Extraído del resumen disponible en http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract).</p>
Conclusión	<p>Defensa sobre la base del estoppel: rechazada. Doctrina de los actos propios, en el marco de lo artículo 9 de la Convención de Viena, no se aplica porque el Tribunal consideró que la conducta de una parte en solo dos relaciones contractuales es insuficiente para considerar una práctica establecida.</p>

Datos del caso	Iran-US Claims Tribunal, Abraham Rahman Golshani v. The Government of the Islamic Republic of Iran, YCA 1994, at 421 et seq. TransLex
Sumilla de hechos	El Señor Golshani, ciudadano iraní, demanda al estado iraní por la expropiación de sus intereses en Tehran Redevelopment Corp. (TRC), una compañía de desarrollo iraní, adquiridos mediante contrato de transferencia celebrado con el Señor Rahman Golzar. De otro lado, TRC demandó en Francia a los Señores Golshani y Golzar cuestionando una transferencia realizada entre ellos.
Argumentos de las partes	El Señor Golshani, demandante en el proceso arbitral, invoca la doctrina del estoppel, señalando que en el proceso judicial seguido en Francia, TRC, una entidad perteneciente al Estado iraní, sostuvo una posición distinta a la que el gobierno iraní sostiene en el arbitraje. Así, en el proceso judicial francés TRC niega la existencia de unas actas de reuniones y sostiene la validez de una escritura de transferencia. Sin embargo, sostiene lo contrario en el arbitraje de esta referencia.
Decisión	El Tribunal sostiene que no corresponde aplicar la doctrina del estoppel pues no se cumple un requisito indispensable: que haya una declaración formulada con claridad y sin ambigüedades. Ello no ocurre en el caso porque las afirmaciones efectuadas por TRC sobre la validez de la escritura pública no son claras. Además, no hay identidad de sujetos, pues no se puede atribuir al Estado de Irán, demandado en el arbitraje, la conducta de TRC, la entidad estatal demandante en el proceso judicial francés. Tampoco se cumple el requisito sobre la variación de la conducta, que genere una desventaja en quien confió en la conducta inicial. En el presente caso, las alegaciones formuladas por el Demandado sobre la falsificación de la escritura pública fueron efectuadas en el proceso arbitral antes de las alegaciones sobre su validez en el proceso judicial francés. Por tanto, el Gobierno iraní no está impedido de alegar que la escritura pública está falsificada.
Conclusión	La defensa sobre la base del estoppel es desestimada, pues no se cumplieron los requisitos para ello.

11)

Datos del caso	ICSID Award, AMCO Asia Corp. et al. v. The Republic of Indonesia et al., YCA 1985, at 61 et seq. TransLex
Sumilla de hechos	En 1968 se celebró un Contrato para la construcción del Hotel Kartika Plaza en Indonesia, por parte de Amco Asia Corp. una corporación norteamericana que solicitó la

	<p>autorización de su inversión por 30 años, para lo cual constituyó la sucursal P.T. Amco Indonesia, cuyas acciones fueron posteriormente transferidas a una empresa constituida en Hong Kong.</p> <p>Amco Asia y P.T. Wisma, compañía indonesia aparentemente controlada por el gobierno de ese país, suscribieron un contrato de alquiler y gerencia en relación con el hotel. En 1980 este contrato fue resuelto por el gobierno. El reclamo de fondo se refería a un caso de expropiación por parte del Gobierno de Indonesia.</p>
Argumentos de las partes	<p>El demandado cuestionó la competencia del tribunal alegando que no se trataba de un contrato de inversión a ser discutido en CIADI sino un contrato entre privados y, adelantándose al cuestionamiento por su contraparte, previsiblemente sustentado en la doctrina del alter ego, sostuvo que el demandante debía ser “estopped”; es decir, debía ser impedido de alegar tal argumento. La razón era que Amco Asia, la demandante, había actuado en otros procesos de manera incompatible con el argumento del alter ego.</p>
Decisión	<p>El tribunal se ampara en la definición de estoppel según el <i>common law</i>.</p> <p>El Tribunal mencionó el caso Temple Vihear, según el cual, en las relaciones de Derecho Internacional Público, “one State should not be permitted to rely on its own inconsistency to the detriment of another State”⁴⁰. En el presente caso, el Tribunal sostuvo que algo similar puede señalarse en las relaciones de comercio internacional entre privados.</p> <p>Sin embargo, señaló que en el presente caso no se produjo perjuicio al gobierno indonesio ni beneficio a favor de Amco, de modo que se desestimó el argumento referido al estoppel.</p>
Conclusión	<p>Se desestimó el argumento referido al estoppel, invocado por el Demandado para oponerse al arbitraje (discusión de jurisdicción).</p>

12)

Datos del caso	<p>American Bank and Trust Company v. Trinity Universal Insurance Company et al. (Decision of 11 December 1967, 251 La. 445, 205 So.2d 35). Corte Suprema de Luisiana.</p> <p>TransLex</p>
Sumilla de hechos	<p>El banco (Demandante) acciona contra la compañía de seguros (Demandada), garante de una empresa constructora, para que asuma el pago que le correspondía a la empresa garantizada.</p>

⁴⁰ A un Estado no le está permitido apoyarse en su propia inconsistencia en detrimento de otro Estado.

Argumentos de las partes	El banco sostiene que concedió el préstamo a la empresa constructora bajo el entendimiento de que la compañía de seguros le otorgaría una garantía respecto de la cual el banco tendría preferencia en el cobro. Se discute en el proceso si en efecto el banco tenía preferencia en el cobro. De hecho, la compañía de seguros realizó pagos a acreedores laborales, entre otros, pero no al banco Demandante. La demanda fue declarada fundada en primera instancia sobre la base del estoppel, pues la compañía de seguros habría garantizado que el banco cobraría preferentemente, lo cual le indujo a conceder el préstamo. Fue declarada infundada en segunda instancia.
Decisión	<p>La Corte Suprema del Estado de Luisiana confirmó la decisión de segunda instancia y definió el equitativo estoppel como el efecto de la conducta voluntaria de una parte que le impide hacer valer derechos contra otra que ha confiado justificadamente en dicha conducta y, producto de ello, ha cambiado su posición por lo cual sufriría un perjuicio si a la otra parte se le permite repudiar su conducta. Fundada sobre la buena fe, la doctrina está diseñada para prevenir la injusticia al impedir que una parte, en circunstancias especiales, tome una posición contraria a sus actos, admisiones, representaciones o silencio anteriores.</p> <p>La Corte señala que las declaraciones efectuadas por la compañía de seguros (representations) no eran de hecho sino de derecho. Añade que generalmente la doctrina del estoppel no opera frente a declaraciones de derecho (representation of law), salvo situaciones excepcionales, como la de asimetría informativa, lo cual no ocurrió en el presente caso.</p>
Conclusión	La defensa sobre la base del estoppel es desestimada. La doctrina del estoppel debe ser aplicada cuidadosamente, especialmente cuando median declaraciones de derecho y no de hecho.

1.6 Resultado de la invocación de la doctrina de los actos propios en los casos seleccionados.-

Sin pretender rescatar algún valor estadístico a partir de los resultados obtenidos en los casos seleccionados, puede señalarse como conclusión evidente que, de los 33 casos, en 21 los tribunales ampararon las pretensiones referidas a la doctrina de los actos propios o *estoppel*, mientras que en 12 rechazaron su invocación.

No es nuestro propósito brindar una opinión informada sobre cada una de las decisiones reseñadas. De hecho, ello no sería posible pues en la gran mayoría de los casos no contamos con los textos completos, e incluso, si los tuviéramos,

el análisis y opinión consiguientes no serían precisos, pues no contamos con la información detallada de los hechos discutidos.

Lo anterior no impide obtener algunas conclusiones generales, que servirán de insumo para la construcción de una posición jurídica que responda a las preguntas de qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho de contratos en el Perú. En tal sentido, los comentarios que siguen parten de un análisis más cualitativo que estadístico, que pretende entender la práctica internacional, así como determinar si existen o no conceptos comunes que sustentan la doctrina de los actos propios, o si más bien esta se usa con muy distintos propósitos y metodologías.

Todas las decisiones reseñadas tienen una característica en común: revelan que los tribunales encargados de resolver dichas controversias parten de la premisa que cuando ni el pacto ni la ley justifican la contradicción de la conducta desplegada por una de las partes, que hizo confiar razonablemente a la otra que el curso de dicha actuación no se vería alterado, es posible hacer uso de la doctrina de los actos propios para evitar que la variación genere una desventaja injusta.

Esta premisa es asumida incluso en aquellas decisiones que desestimaron la invocación de la doctrina. Los casos reflejan, por tanto, que la doctrina de los actos propios existe, más allá de las condiciones de aplicación. Ninguna de las decisiones desestima su aplicación por considerarla inexistente o inexigible. Así, en la jurisprudencia comercial todo indica que la doctrina se encuentra indiscutiblemente arraigada no solamente en la práctica comercial sino además como herramienta de solución de controversias por parte de los tribunales internacionales. Asunto distinto es en qué términos se va a aplicar, y si se va a utilizar de manera rigurosa.

En segundo lugar, otro denominador común de las decisiones antes comentadas es que la buena fe es invocada en numerosas ocasiones como parte de la *lex mercatoria* y como elemento que subyace a la prohibición de actuar de forma incoherente en las relaciones comerciales. Es más, en el primer caso sumillado (*Final Award in Case 14108*) se ha llegado a sostener –de manera controversial, por cierto- que la buena fe es un principio adoptado por las “naciones civilizadas”.

Esto es consistente con lo que indica la doctrina nacional (e internacional). Por ejemplo, De la Puente señala:

“Vemos, pues, que si bien en todas estas definiciones y antecedentes hay un denominador común de que la buena fe es algo loable, con raigambre ética, no llega a saberse su verdadero contenido, ya que nos estamos perdiendo en una vaguedad de nociones, en el “cielo de los conceptos jurídicos” de que nos habla IHERING. Pienso que si, como se ha visto anteriormente, la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana, sino a través de la manera como se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo, tangible” (De la Puente 1991: 25).

De la Puente tiene razón cuando considera que la buena fe es un elemento de la vida humana que el Derecho ha incorporado a sí mismo, y no a la inversa. También tiene razón cuando señala que ello es lo que explica la dificultad de aprehender ese concepto. Y tiene razón al decir que la manera de entenderlo es analizando cómo lo ha incorporado el Derecho de manera tangible. Para ello es necesario revisar cómo es que las cortes resuelven controversias específicas sobre la base de la buena fe. Como puede apreciarse, lo que indica la doctrina coincide en general con lo que ocurre en la práctica recogida por la jurisprudencia comercial internacional.

En efecto, las decisiones comentadas ratifican el hecho de que, debido a la variedad de situaciones, no previsibles de antemano, en que puede invocarse el principio de la buena fe para repudiar la incoherencia en el actuar, la *lex mercatoria* avala la noción de buena fe propuesta por el Profesor Summers, según la cual, la buena fe es un “*excluder*”; es decir, una frase que carece de un significado general propio, y que sirve más bien para excluir una gran variedad de conductas contrarias a la buena fe (Summers 1968: 201)⁴¹.

Por lo demás, la concepción de buena fe propuesta por Summers como un *excluder* es consistente con el hecho de que las cortes comerciales referidas apliquen la doctrina de los actos propios a falta de un remedio contractual directo. La doctrina de los actos propios es entonces un *excluder*, que excluye, valga la redundancia, ciertas conductas repudiadas por los tribunales mencionados.

Las decisiones antes reseñadas revelan que, como ocurre con el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios opera como una válvula de seguridad, que permite cuestionar actuaciones que pueden ser formalmente correctas pero que en el fondo son injustas e irrazonables. Ello ocurre por ejemplo con el tercer caso citado (*Tribunale di Varese*) en el que el tribunal dispensó a una de las partes del contrato de la presentación oportuna de un reclamo, pues las circunstancias le permitieron entender razonablemente que la otra parte no le exigiría la presentación puntual.

“Como concepto general y abstracto, a veces es entendido como una “válvula de seguridad” del sistema legal, que permite a los jueces y árbitros reconducir una decisión que puede ser formalmente correcta, pero que podría ser contraria a los deberes generales de justicia, corrección y razonabilidad” (Henriques 2015: 514)⁴².

Otra idea fuerza que deriva de las decisiones comentadas es que el principio de la buena fe no es el único elemento que orienta a los tribunales a proscribir el comportamiento inconsistente de los contratantes del comercio internacional. En

⁴¹ Traducción libre de: “In contract law, taken as a whole, good faith is an “*excluder*”. It is a phrase without a general meaning (or meanings) of its own and serves to exclude a wide range of heterogeneous forms of bad faith. In a particular context the phrase takes on specific meaning, but usually this is only by way of contrast with the specific form of bad faith actually or hypothetically ruled out”.

⁴² Traducción libre de: “As a normative general and abstract concept, it is sometimes referred to as a “safety valve” of the legal system, allowing judges and arbitrators to redirect a decision that might have been formally correct, but would also have been contrary to general legal statements of fairness, correctness and reasonableness” (Henriques 2015: 514).

efecto, otro importante elemento que subyace a la doctrina de los actos propios es la protección de la apariencia. Son numerosos los casos reseñados en los que se concluye que las circunstancias crearon una apariencia protegible.

En efecto, la protección de la confianza razonable derivada de la apariencia es tan importante para la interacción contractual, que en aquellas situaciones en las que no pueden operar los remedios aplicables en caso de incumplimiento, puede penetrar la doctrina de los actos propios, llenando así las rendijas por las cuales pueden filtrarse los comportamientos oportunistas que, al destruir la confianza creada, elevan los costos de transacción en la economía.

En otras palabras, la doctrina de los actos propios es expresión de la natural tendencia del ser humano a cooperar mutuamente, en contextos donde las relaciones tienden a ser más impersonales (el comercio); pero a la vez tiene límites dirigidos a impedir que cualquier conducta pueda ser considerada vinculante. Esto último, por generar falta de predictibilidad, paradójicamente terminaría inhibiendo la cooperación entre las partes, por el temor de que un acto cooperativo pueda ser interpretado por la otra parte, y luego por los tribunales, como vinculante para el futuro.

Así, por ejemplo, la decisión de un acreedor de conferir un plazo adicional para el pago de una de las cuotas pendientes podría ser considerada como creadora de una nueva titularidad en el deudor, de modo que este considere que los pagos futuros también pueden realizarse a destiempo. Si la doctrina de los actos propios fuese administrada con semejante ligereza, lejos de proteger expectativas razonables, se crearía un incentivo para evitar la cooperación entre las partes.

La doctrina de los actos propios debe ser gestionada entonces, como dice el refrán, colocando la vela ni tan lejos al santo que no lo alumbre ni tan cerca que lo queme. Ese delicado balance conduce a que, en casos con zonas grises, se encuentre jurisprudencia contradictoria a pesar de que los supuestos de hecho sean muy parecidos.

Ante dicho escenario, es tentador acusar de imprecisión y de falta de predictibilidad a los jueces y árbitros que toman decisiones muy distintas las unas de las otras. Sin embargo, es justamente su carácter impreciso, lo que le genera una capacidad adaptativa que le permite evolucionar con el transcurso del tiempo.

Dicho de otro modo, no es casual que la doctrina de los actos propios sea imprecisa, sino que su utilidad radica en ello, tal como ocurre con las nociones de buena fe o de abuso de derecho. Así, lejos de encontrarnos en supuestos de subsunción normativa, el juzgador tiene margen para efectuar ponderaciones, según las circunstancias del caso y su leal saber y entender.

La apariencia genera que una situación jurídica parezca real, cuando en realidad no lo es, y “puede presentarse solo cuando exista una situación capaz de desplegar una fuerza de señalación de realidad. Por lo tanto, no pueden dar lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que se caracterizan por tener una

estructura opaca y que, por ello, no son capaces de señalar nada, salvo su propia existencia” (Falzea 2006: 186).

De allí que la protección de la apariencia sea un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse (Falzea 2006: 197), y que tenga el potencial de solucionar problemas jurídicos de diversa índole⁴³.

Tanto el principio de buena fe, como la protección de la apariencia, han servido de sustento en las decisiones reseñadas para analizar la aplicación de la doctrina de los actos propios contenida en la *lex mercatoria* (artículo 8 de la Convención de Viena, artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT y artículo I.1.2 de Translex) – sea que en efecto se invoque o se desestime- en los siguientes tipos de situaciones⁴⁴:

1. La ejecución de un contrato puede revelar, según las circunstancias, que las obligaciones son exigibles incluso si no se cumplió con las formalidades necesarias para su suscripción o renovación. Cobra especial relevancia que el cumplimiento de las formalidades se encuentre en control de la parte que cuestiona la validez del acto, especialmente si no protestó por los defectos de forma.
2. La doctrina de los actos propios puede operar incluso si los representantes adolecían de facultades para celebrar el contrato, cuando de las circunstancias puede deducirse que era razonable confiar en que la parte con representación defectuosa no plantearía objeciones.
3. La doctrina de los actos propios puede servir para admitir reclamaciones por defectos en el cumplimiento del contrato incluso si fueron formalmente planteadas fuera del plazo previsto, cuando las circunstancias del caso hubieran conducido a la parte reclamante a entender que su contraparte tramitaría el reclamo extemporáneo.

⁴³ La protección de la apariencia es la que sustenta, por ejemplo, la preferencia otorgada a los terceros en caso de concurrencia de derechos.

⁴⁴ Este trabajo de investigación no comprende el estudio sistemático de la aplicación de la doctrina de los actos propios o del estoppel en controversias derivadas de tratados de inversión, resueltas mediante mecanismos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI (ICSID, por sus siglas en inglés). Sin embargo, dos de los casos citados, uno que ampara y uno que niega la aplicación de la doctrina de los actos propios, fueron procesados a través de dicho mecanismo. Fueron incluidos por dos razones distintas.

El primero de ellos (Caso No ARB/06/18; IIC 424 (2010) Partes: Joseph Charles Lemire v Ukraine) fue incluido porque los asuntos discutidos en él son extrapolables a disputas comerciales. De hecho, el Tribunal Arbitral desestimó una pretensión del demandante sobre la base de la doctrina de los actos propios, contenida en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT. El segundo caso fue incluido a manera ilustrativa, para dar cuenta de que la doctrina de los actos propios es útil no solamente para resolver disputas comerciales teniendo en cuenta la *lex mercatoria*, sino incluso para discutir la jurisdicción de un tribunal arbitral en casos en los cuales el bien protegido es la inversión efectuada al amparo de tratados internacionales de protección de inversiones. Así, en el caso reseñado se discutió si la controversia involucraba en realidad a un Estado, cuando en apariencia se trataba de una empresa. Bajo la doctrina del *alter ego*, el tribunal concluyó que sí tenía jurisdicción.

4. La doctrina de los actos propios puede permitir a las partes exigir condiciones contractuales distintas a las que fueron originalmente previstas en el contrato, como la existencia de un nuevo precio, el levantamiento de requisitos para la procedencia de los reclamos, o el ejercicio de la facultad de resolución sin cumplir con las formalidades previstas en la letra del contrato, por ejemplo.
5. La doctrina de los actos propios sirve para rechazar las conductas de las partes que son contradictorias con la manera en que se han conducido durante la ejecución del contrato, que causó la confianza razonable en que el comportamiento previo se repetiría en el futuro; así, puede decidirse, sobre la base de la doctrina de los actos propios, que quien reclama frente a ciertas condiciones en la ejecución del contrato está vedado de hacerlo por no haber protestado con anterioridad.
6. Solo a manera de ejemplo, cabe mencionar el caso en el cual una de las partes señaló que la otra había incumplido el contrato por vender no solamente los productos provistos por aquélla, como estaba previsto, sino además productos de la competencia, cuando en realidad había tenido conocimiento de tal circunstancia durante la ejecución del contrato, sin haber protestado por ello.
7. La doctrina de los actos propios puede ser aplicada, al amparo de la *lex mercatoria*, para definir si las afirmaciones vertidas en un proceso judicial o arbitral pueden ser inconsistentes con posiciones jurídicas planteadas en otro, seguido por las mismas partes y en relación con las mismas circunstancias de hecho.
8. La doctrina de los actos propios puede ser aplicada –e incluso desestimada- cuando lo que se discute es si el comportamiento de las partes en ejecución del contrato ha dejado sin efecto los requisitos establecidos por ella para modificarlo. Este criterio es importante, porque no puede ser analizado sin tener en cuenta la obligatoriedad de los pactos previstos expresamente por las partes, como por ejemplo aquel que prohíbe que el contrato se modifique oralmente. Ante una situación en la que medie una cláusula como esta, debe ser en principio respetada, dice uno de los tribunales citados, pero no debe serlo si quien la invoca generó con su propia conducta confianza en la otra parte para creer razonablemente que no sería aplicada.
9. En varios de los casos analizados, los Tribunales han decidido, sobre la base de la doctrina de los actos propios o del *estoppel* que: (i) un contrato no puede ser resuelto unilateralmente si durante las negociaciones para extender su vigencia, quien pretende resolverlo generó confianza suficiente en la otra parte en que el contrato seguiría surtiendo efectos; (ii) no puede alegar incumplimiento de la otra parte quien, con su conducta anterior, mostró encontrarse satisfecho con la ejecución del contrato; (iii) no se puede sostener que el precio pactado ha variado si ello es contradictorio con el espíritu del contrato; (iv) va contra la doctrina de los actos propios quien sostiene una pretensión contraria a la práctica

habitual de las partes; y, (v) no puede negarse la vigencia del contrato si en una oportunidad anterior no se objetó el reclamo de pago de la suma generada durante la vigencia cuestionada.

10. Como puede advertirse, el hilo conductor entre las conductas mencionadas en el numeral anterior es preservar la racionalidad subyacente al pacto de las partes, la cual puede ser aprehendida a partir de la conducta repetida por las partes durante su ejecución. Cualquier alteración es desde luego posible, pero debe quedar meridianamente claro que es propósito de las partes poner fin a la “inercia” resultante de la ejecución habitual.
11. De otro lado, es interesante descubrir, a partir de los casos reseñados, que aquello que inspira a la doctrina de los actos propios, es decir, la importancia de no contradecirse, subyace también a importantes figuras de la regulación civil, como por ejemplo la excepción de incumplimiento o de caducidad de plazo, previstas en los artículos 1426 y 1427 del Código Civil⁴⁵. Ambos medios de defensa frente a la exigencia de una prestación tienen en común la necesidad de conceder un instrumento para proteger los intereses de los contratantes: suspender legítimamente la ejecución de sus obligaciones, con la condición de que se trate de una parte “fiel”; es decir, que no haya incumplido sus propias obligaciones. Sería contradictorio con la buena fe permitir a quien ha incumplido, excusarse en el incumplimiento de la otra parte para no ejecutar lo que le corresponde. Nótese la semejanza entre dichas reglas y el Caso Clout N° 595. En este último, se demanda el pago de un precio pendiente, pero se “reconviene” alegando un daño mayor. El demandante niega la pretensión de daños señalando que quien la plantea debió antes resolver expresamente el contrato. El tribunal desestimó esta defensa alegando que iba contra los actos propios quien, a pesar de haber incumplido (“parte infiel”), exigía que la otra parte resuelva expresamente como requisito para el cumplimiento (pagar daños y perjuicios).
12. También es interesante aquel caso que considera apta a la doctrina de los actos propios para desafiar incluso conceptos acuñados por la teoría general del Derecho, como aquel por el cual en caso de variación de normas en el tiempo, las nuevas reglas procesales son de aplicación inmediata. En uno de los casos reseñados se dispuso que la regla procesal no se aplicaría de inmediato dado que se había generado confianza razonable de que la norma anterior mantendría su vigencia⁴⁶.

⁴⁵ “Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”.

“Artículo 1427.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”.

⁴⁶ Se trata de un Arbitraje CAS (*Court of Arbitration for Sport*) en el que una federación de fútbol solicitó la aplicación del Estatuto en su versión vigente al momento de solicitar su incorporación a la Federación de Fútbol Europeo. Dicha versión era más flexible que la posterior: mientras que con la primera podía incorporarse una federación de un país ubicado en Europa, con la segunda

13. Una consecuencia natural de la variedad de situaciones en las que la doctrina de los actos propios ha sido amparada por los tribunales internacionales en aplicación de la *lex mercatoria* es el hecho que los remedios obtenidos por las partes beneficiarias de las decisiones han sido disímiles también, según las circunstancias del caso. En otras palabras, el remedio no necesariamente ha sido la obtención de una indemnización, sino la continuación de la ejecución del contrato de acuerdo con la posición amparada por las cortes; por ejemplo, ordenar que se ejecute el contrato asumiendo que es válido pese a los defectos de representación, o determinar que una reclamación debe tramitarse a pesar de haberse formulado fuera del plazo inicialmente previsto.
14. Es paradójico que en algunos casos, los tribunales que aplicaron la doctrina de los actos propios lo hayan hecho cuando no era estrictamente necesario, mientras que los tribunales que rechazaron su aplicación lo hicieron en algunos casos no por razones conceptuales sino por falta de evidencia. Nótese que en ninguna de estas situaciones, independientemente de que sea o no bien aplicada, se niega la existencia de la doctrina de los actos propios como herramienta para remediar controversias.
15. En efecto, quedan dudas sobre la pertinencia de la doctrina de los actos propios en aquellos casos en que: (i) la línea argumentativa para alcanzar el mismo resultado podía haber sido la conducta interpretativa de las partes; es decir, que la conducta de las partes permitía interpretar cuál era el verdadero sentido del pacto entre ellas (Caso Clout N° 777 y Caso Clout N° 313); (ii) se podría haber sostenido que el pacto original fue modificado mediante la conducta de las partes; y, (iii) se podría haber sostenido que en realidad se produjo una renuncia de derechos y que por tanto no era necesario invocar la doctrina de los actos propios⁴⁷.
16. De otro lado, algunas decisiones que denegaron la aplicación de la doctrina de los actos propios revelan mayor claridad que ciertas decisiones que la amparan. Así, en algunos de los casos en que la doctrina de los actos propios ha sido desestimada, se señala que: (i) no es necesario aplicar la doctrina de los actos propios cuando basta alcanzar el mismo resultado con una adecuada labor hermenéutica; (ii) no debe aplicarse cuando la evidencia que la sustenta es escasa; (iii) la observancia de las costumbres no dispensa a las partes de la obligación de que una oferta sea precisa y que el silencio no supone aceptación; (iv) dos oportunidades no son suficientes para generar habitualidad entre las

era necesario que dicho país sea reconocido como nación independiente por las Naciones Unidas. El tribunal arbitral negó que dichas reglas fueran procesales, y que por tanto debía aplicarse el Estatuto en su versión inicial, pero que incluso si se hubiera tratado de una regla procesal, debía seguir aplicándose.

⁴⁷ Sobre estos asuntos volveremos en el Capítulo 4.

partes; y, (v) la doctrina de los actos propios no opera frente a cuestiones de derecho, sino de hecho⁴⁸.

Para la toma de las decisiones antes reseñadas los tribunales han sido cuidadosos en determinar si las circunstancias del caso, analizadas con detenimiento, ofrecen la posibilidad de detectar que en efecto se produjo una inconsistencia que debe ser rechazada cuando quien genera dicha incoherencia aparentó que ella no ocurriría.

La determinación de cuántas prácticas y de qué duración son las que generan la apariencia protegible, desde luego no puede hacerse de antemano. Lo que sí puede afirmarse es que para los tribunales que adoptaron las decisiones, la existencia de apariencia que genera confianza debe analizarse, más que desde la perspectiva concreta de quien confiando en su contraparte sufre una desventaja por el cambio de comportamiento, desde un estándar de razonabilidad.

1.7 **Ideas finales.**

En este capítulo he presentado tres ideas centrales, sobre la base de las cuales formularé una noción de la doctrina de los actos propios en los capítulos que siguen.

En primer lugar, el origen de la doctrina de los actos propios revela que su vocación no es constructivista, en el sentido que no fue ensamblada en un laboratorio jurídico con el propósito de ser inoculada como solución a los conflictos suscitados en el mundo real. Por el contrario, sus remotas referencias romanas evidencian que se trata de una herramienta que opera caso por caso, y que surgió a partir de la necesidad de que las soluciones de los conflictos estén inspiradas en la buena fe. La interacción humana, después de todo, se basa en la cooperación, no en la contradicción.

La segunda idea central que deriva de la teoría del *estoppel* en el sistema del *common law*, y de las decisiones sustentadas en la *lex mercatoria*, es que la doctrina de los actos propios opera como una suerte de comodín, que se adapta a situaciones de hecho de la más diversa índole. En capítulos posteriores deslindaré las situaciones previstas por el ordenamiento que están inspiradas en la doctrina de los actos propios, de aquellas en las que el Derecho positivo no ha previsto regla alguna. Ello permitirá depurar con mayor rigor los remedios posibles, distinguiendo aquellos derivados de una aplicación “estricta” de la doctrina de los actos propios, de los remedios que ya están previstos en el ordenamiento, como por ejemplo los que corresponden a las declaraciones negociales. Así, lo que se “escapa” del Derecho positivo se resuelve por la vía de la doctrina de los actos propios.

Finalmente, la tercera idea central es que, como resultado del análisis de los casos resueltos al amparo de la *lex mercatoria*, no es posible ofrecer un remedio único, como tampoco se puede prever taxativamente todos los supuestos de

⁴⁸ Esto, a propósito de la alegación de un banco de que concedió el préstamo no pagado confiando en que la compañía de seguros garante aseguraría el pago preferente.

contradicción de conductas. En tal sentido, una regla como la contenida en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT es adecuada porque es lo suficientemente flexible como para comprender variadas situaciones de hecho que “escaparon” del Derecho positivo, y al mismo tiempo lo suficientemente escueta para decir lo indispensable: que una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Precisamente esta flexibilidad genera que incluso en los casos en que se desestimó la aplicación de la doctrina de los actos propios ello no ocurrió porque los tribunales hubieran negado su existencia, sino por la falta de evidencia del cumplimiento de sus presupuestos.

Esto último es importante, porque tanto las referencias históricas presentadas en este capítulo, como la doctrina del estoppel y las decisiones comerciales basadas en la *lex mercatoria*, se aproximan a esta materia mediante categorías jurídicas vagamente determinadas. En tal sentido, los términos “entendimiento”, “suscitado” o “razonablemente” deben ser llenados de contenido por los agentes involucrados en las relaciones jurídicas en las cuales se invoca la doctrina de los actos propios. Para esto último es indispensable ser conscientes de cuál es nuestra concepción del Derecho.

Explicaré entonces en el capítulo siguiente cuál es mi visión del Derecho, y cuál es, a partir de ella, el rol de los principios y de las reglas, para definir si la doctrina de los actos propios opera como un principio o como una regla. Esto último servirá para entender su alcance e importancia práctica, y para tomar posición sobre la conveniencia o necesidad de que el Estado brinde reconocimiento explícito, en términos flexibles, a la proscripción de la conducta incoherente que vulnera la confianza suscitada por el contratante que contradice su propio comportamiento.

CAPÍTULO II

APORTES FILOSÓFICOS PARA DETERMINAR SI LA ESENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS CORRESPONDE A UN PRINCIPIO O A UNA REGLA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

“Como es sabido, la “alteridad” es una de las notas esenciales de la justicia”⁴⁹

2.1 Introducción. La coherencia como base de la interacción.-

La interacción humana se sustenta en la coherencia, no en la contradicción. Así lo entendieron los pretores romanos y comentaristas medievales, al solucionar casos de la más diversa índole a partir de un mismo hilo conductor: el rechazo de las conductas contradictorias en el marco de la buena fe. Las remotas referencias romanas a la doctrina de los actos propios evidencian que se trataba de una herramienta que operaba caso por caso, y que por tanto tenía una gran capacidad de adaptación a las circunstancias.

Esta capacidad adaptativa queda confirmada por la aproximación con la que el sistema del *common law* soluciona los casos en los que las partes actúan de manera inconsistente. De hecho, hay numerosas variedades del *estoppel* porque son también muchas las posibles agrupaciones que se puede hacer de los hechos para configurar tipos de posibles incoherencias.

Finalmente, las decisiones emitidas por tribunales comerciales internacionales sustentadas en la *lex mercatoria*, también revelan que la doctrina de los actos propios y el *estoppel* son antídotos contra la contradicción que operan como una suerte de comodín, dado que se adaptan a diversas situaciones de hecho que no pueden preverse taxativamente.

Teniendo antecedentes remotos (Derecho Romano) y evidencia contemporánea (*common law* y *lex mercatoria*), puede señalarse que la doctrina de los actos propios ha sido empleada para encontrar soluciones diversas pero con la misma capacidad adaptativa. ¿Es esta aptitud para moldear soluciones flexibles relevante para definir si la doctrina de los actos propios es un principio o es una regla? ¿Ser un principio y no una regla le confiere una ventaja para legitimarse frente a los jueces como solución una solución recurrente? En buena cuenta, ¿es la ductilidad de la doctrina de los actos propios una condición relevante para determinar su esencia?

Estimo que sí. Esta discusión es pertinente, pues, si hay algo que queda claro es que la doctrina de los actos propios es enunciada con frecuencia por jueces y árbitros frente a una enorme variedad de situaciones, muchas veces de manera antitécnica. Conocer entonces su esencia –principio o regla- contribuye a determinar cuál es el margen de discrecionalidad de los jueces para llevarla a la práctica y si es conveniente o necesario que esté contemplada de manera

⁴⁹ (Bianchi e Iribarne 1984: 856).

expresa en el ordenamiento jurídico. Como se analizará en el Capítulo 5, al mencionar la jurisprudencia peruana sobre este tema, se podrá apreciar que los contornos de la doctrina de los actos propios no quedan claros para nuestros jueces, y que por tanto, a pesar de su profusa aplicación, esta es errática. De allí que jueces más atentos podrían verse inhibidos de invocar esta herramienta sin conocer cuáles son sus límites y sobre todo su capacidad adaptativa.

Esto último, su aptitud para colarse como solución ante situaciones no previstas podría ser un ingrediente para concluir si es o no un principio de derecho. Estaremos en capacidad de hacerlo –definir si es un principio o regla- luego de ocuparnos previamente de dos asuntos. En primer lugar, definir qué son principios y reglas, y de otro lado, esbozar los requisitos para que la doctrina de los actos propios opere y así distinguirla de otras soluciones más directas. De lo primero me ocupé en las siguientes líneas. En el Capítulo 3 me ocupé de lo segundo.

Explicaré entonces a continuación cuál es el rol que cumplen los principios y las reglas en el ordenamiento jurídico, para lo cual postulo cuál es mi visión del Derecho. Recién después de entender las distinciones entre aquéllos y de perfilar los alcances de la doctrina de los actos propios se podrá concluir si esta es un principio o una regla de derecho. Esto último es importante, pues identificar su esencia permite medir sus alcances y su efectividad.

En las siguientes líneas presentaré un esbozo de una concepción de Derecho que considero pertinente de cara a determinar la importancia de los principios del derecho, incluyendo el de la buena fe, y el rol que se les debe asignar para hacer exigibles conductas coherentes con la protección de la confianza generada por una actuación anterior.

Estimo que este breve marco teórico debe ser completado con un intento de caracterización de la doctrina de los actos propios como un principio o como una regla de derecho –coherente con la visión de Derecho a la que adhiero- con el propósito de determinar, de acuerdo con su función, cuál es el rol que cumple en el Derecho Contractual, y cuál debe ser la importancia que le asignen los operadores jurídicos en la solución de problemas prácticos.

En el párrafo anterior señalé que la calificación de la doctrina como principio o como regla debe responder a su función; es decir, solamente comprendiendo para qué sirve puede determinarse si califica como principio o como regla; no a la inversa. En otras palabras, la decisión de calificar a la doctrina de los actos propios como principio o como regla debe ser una consecuencia de analizar cuál es el fin que persigue. Sería desafortunado razonar al revés, pensando que su función en el Derecho de contratos responde a una calificación previa desconectada de sus fines.

En este punto es válido preguntarse si tal disquisición es verdaderamente útil. En efecto lo es, considerando que calificar como principio o como regla a la doctrina de los actos propios es provechoso no solamente para rescatar la pureza conceptual de dicha noción, sino que además los operadores jurídicos

entenderán mejor sus limitaciones y sus alcances a partir de las limitaciones y los alcances de los principios y de las reglas.

Es a través de la función de una institución jurídica que puede conocerse su esencia, y no a la inversa, de modo que encuentro útil asegurar que la definición de la doctrina de los actos propios como principio o como regla corresponda a su real vocación: la protección de la confianza, sobre la base de la buena fe.

Creo en una concepción del Derecho que lo reconoce como el resultado de la interacción humana y por tanto como “funcional”; no como una “creación” por un orden superior (el “Derecho Natural” o un orden preconcebido). Ello no excluye nociones de moralidad, dado que esta es resultante de la interacción humana. La noción de moralidad que corresponde a la reducción de la incertidumbre y la protección de la confianza, sobre la base del ejercicio del discernimiento, es pues la buena fe. Bajo esta perspectiva, los principios del Derecho sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica.

Comprendo que se pueda cuestionar la necesidad de empezar este análisis con una remisión a asuntos tan abstractos como la adscripción a una determinada concepción del Derecho y la caracterización de los principios y las reglas. Sin embargo, la correspondencia entre ambos –una determinada concepción del Derecho de un lado, y el rol de los principios y reglas del otro- contribuirá a determinar el alcance y funciones de la doctrina de los actos propios en la solución de problemas prácticos, además de satisfacer la curiosidad teórica de quienes adopten la decisión de aplicarla o no.

En efecto, la distinción teórica sobre la esencia de los principios y de las reglas impacta en la definición de los contornos de la doctrina de los actos propios, y para proponer con solidez una distinción entre principios y reglas es necesario adherir a una determinada concepción del Derecho.

2.2 Concepciones del Derecho. “Funcionalismo jurídico”.-

No es el centro de este trabajo de investigación presentar las concepciones de Derecho que ha discutido y sigue discutiendo la academia. A pesar de ello, planteo que el Derecho responde a la necesidad de proteger propósitos específicos, resultantes de la interacción humana, las cuales se ajustan a necesidades individuales y colectivas concretas. Dicho lo mismo con menos palabras, propongo que el Derecho es entonces “funcional”⁵⁰.

Como el Derecho es “funcional”, “no existe para enredarse en abstracciones y procedimientos donde prime la forma sobre el fondo, sino para evitar problemas y resolverlos, para lo cual debe ser visto desde su contexto” (O’Neill 2013: 10).

Es desde dicha perspectiva que me aproximo al estudio de la doctrina de los actos propios, considerando que esta es expresión de un comportamiento de

⁵⁰ Ello no supone adherir a una postura utilitarista, respecto de la cual no corresponde profundizar en este trabajo, por exceder el propósito de la investigación.

buena fe, a la cual se le ha conferido la condición de un principio general del Derecho. Y dado que los principios generales se caracterizan por un alto grado de porosidad, pretendo acercarme a ellos desde una concepción del Derecho que rescate la función que este cumple para lograr una adecuada interacción social.

De manera referencial, cabe señalar que las concepciones del Derecho pueden diseñarse a partir de la interrelación entre tres categorías: validez, eficacia y justicia. De estas combinaciones, es posible derivar tres corrientes llamadas “reduccionistas” por Gregorio Peces-Barba: (i) el positivismo ideológico (que reduce la justicia a la validez); (ii) el iusnaturalismo (que reduce la validez a la justicia); y, (iii) el realismo jurídico (que reduce la validez a la eficacia) (Peces Barba, Fernández y De Asís 2000: 31).

Decidir cuál es la dosis de justicia, de validez y de eficacia a inocular en una concepción del Derecho, parte de una decisión personal, que supone meditar sobre sobre la función que cumple el Derecho en la sociedad. Siendo ese mi punto de partida –reflexionar sobre el rol del Derecho- inevitablemente concluyo que mi concepción del Derecho calificaría como “funcionalista”. Ignoro si este término ya ha sido acuñado para denotar el significado que propongo, pero su carga semántica es útil para acometer la labor de adherir a una determinada concepción jurídica⁵¹.

En las siguientes páginas analizo si una visión “funcionalista” del Derecho es compatible con alguna de las concepciones tradicionales del Derecho – positivismo o iusnaturalismo- o alguna de sus variantes. Advierto que no es el propósito de esta investigación discutir las premisas de ambas perspectivas y que tampoco presento una contraposición actualizada de ambas visiones del Derecho. En el fondo, y a efectos del estudio de la doctrina de los actos propios, intentaré dar cuenta de un razonamiento que me permita responder a la pregunta de cuál es el rol de los principios y las reglas del Derecho. De esta manera podré proponer cuál es la esencia de la doctrina de los actos propios y cuál es la consecuencia práctica de ello.

Ante la posible pregunta de por qué “elevarse” hasta la adopción de una determinada concepción del Derecho para entender qué son los principios del Derecho, la respuesta la presenta (Díez-Picazo 2003: 141).

“Ahora bien, ¿qué se entiende por “principios generales del Derecho”? Hay que confesar que esta idea, no obstante la atención que la doctrina le ha prestado y lo mucho que sobre el tema se ha trabajado, adolece de una falta de claridad. Parte de las dificultades que en esta materia se presentan tienen su raíz, en muy buena medida, en la dificultad de perfilar

⁵¹ Según Montoro Ballesteros, el funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX, que se extiende no solo al Derecho, sino además a la antropología, la sociología, la psicología y la política. “El método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y sus particularidades espaciales (geografía) y temporales, sino tomando como punto de partida la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella” (2007: 365-366).

el concepto, que, a su vez, depende de las concepciones filosóficas sobre el Derecho y los fenómenos jurídicos en general. El problema de los principios generales del Derecho guarda además una relación muy estrecha con el fenómeno denominado de las “lagunas de la ley”.

No soy partidaria de preservar los rótulos o etiquetas tradicionalmente asignados a los conceptos, a menos que ello se justifique. Las tradicionales categorías de “iusnaturalismo” y “positivismo” han perdido la posibilidad de explicar por sí mismas cuál es la concepción del Derecho que se intenta reflejar con ellas; en efecto, son nociones suficientemente amplias como para comprender variantes entre ellas que hacen difícil deslindar las verdaderas diferencias entre ambas. A pesar de ello, mantengo como eje de mi explicación algunas generalidades de estas nociones, por ser aquellas a la que se remiten –al menos como punto de partida- los debates filosóficos más relevantes en la literatura jurídica.

Bajo el riesgo consciente de presentar una contraposición maniquea entre ambas corrientes de pensamiento, por no mencionar matices que hoy son indiscutibles, podría decirse que el iusnaturalismo supone que el valor jurídico contiene una carga moral. Por el contrario, la versión más “pura” del positivismo diría que los valores morales están separados de los valores jurídicos.

En efecto, de acuerdo con “la teoría iusnaturalista clásica, entonces, hay por lo menos una condición con base moral (y posiblemente más) para la juridicidad de cualquier sistema normativo” (Schauer 2016: 38). De allí que los partidarios de esta corriente de pensamiento consideren que no puede separarse la juridicidad de la moralidad. “Frente a esta tesis se alza la tradición del positivismo jurídico, de acuerdo con el cual el derecho no se deriva **necesariamente** de principios morales fundamentales, sino que simplemente es “puesto” por seres humanos e instituciones humanas” [énfasis agregado] (Schauer 2016: 39).

He enfatizado el adverbio “necesariamente” con la intención de resaltar que el positivismo no solamente admite, sino que además es compatible con la introducción de nociones morales en el Derecho, si entendemos que este surge de la propia interacción humana.

De lo anterior puede concluirse entonces que no hay límites indelebles entre ambas visiones del Derecho “[...] la elección entre iusnaturalismo y positivismo es ella misma una elección moral y no un asunto de descubrir qué posición es ontológicamente correcta” (Schauer 2016: 47).

Hay varias maneras de aproximarse a la contraposición entre positivismo y iusnaturalismo, pero me limitaré a dos de ellas. La razón de esta elección responde a que, desde mi punto de vista, las tesis a comentar aportan claridad sobre la distinción y matices entre las distintas concepciones del Derecho.

La primera aproximación elegida es aquella cuyo punto de partida es el llamado “constitucionalismo”. La segunda aproximación es aquella que distingue el positivismo y iusnaturalismo a partir de las categorías “incluyente” y “excluyente”.

2.3 Iusnaturalismo y positivismo a partir del constitucionalismo.-

Decía que la dosis de justicia, de validez y de eficacia, a inocular en una concepción del Derecho, parte de una decisión personal. Así por ejemplo, la decisión personal del Profesor Manuel Atienza es adscribir a una corriente denominada por él “constitucionalismo post positivista”. He decidido referirme a ella porque supone partir de varias premisas relevantes para analizar la doctrina de los actos propios: la no separación tajante entre moral y Derecho, el carácter argumentativo del Derecho, y sobre todo, la distinción entre reglas y principios, que supone distinguir entre la labor de subsunción y de ponderación⁵².

La contraposición entre constitucionalistas positivistas y no positivistas está ilustrada en un diálogo hipotético contenido en el trabajo de Atienza llamado “Justicia Constitucional y Escepticismo Moral”. Atienza se califica no solo como post positivista o no positivista, sino además como “objetivista moral”, que sería una categoría distinta a la del absolutista moral.

“La idea fundamental es que un objetivista moral no es (o no es necesariamente) un “realista” moral, o sea, no tiene por qué pensar que existen lo que Dworkin ha llamado los “morons”, o sea, las partículas de que estaría compuesta la realidad moral, que serían equivalentes a los átomos o las moléculas en el mundo físico. Lo que sostiene el objetivista es la posibilidad de dar razones, razones objetivas, a favor de los enunciados morales que él considera fundados. Y es que ser objetivista no es lo mismo que ser un “absolutista” moral. El absolutista moral [...] no solo afirma tener razón en cuanto a los juicios morales que sostiene, sino que pretende que sus razones son absolutas, que no pueden ser derrotadas por ninguna otra razón [...]. El objetivista moral, por el contrario, está abierto a los argumentos, a la discusión racional: pretende que lo que sostiene (sus juicios morales reflexivos) es (o son) correcto(s), pero está dispuesto a dejarse convencer –a modificar su juicio- por la fuerza del mejor argumento. Absolutismo y objetivismo moral son pues, en este sentido, posturas antitéticas” (Atienza 2013: 16).

¿Hay entonces criterios objetivos en la argumentación moral? Para Atienza, la respuesta es afirmativa, dado que el objetivista moral tiene la posibilidad de dar razones objetivas a favor de los enunciados morales que considera fundados. Ello, dice, es distinto a ser un “absolutista” moral.

Los Profesores Moreso y Vilajosana, en cambio, han sostenido que no puede haber objetivismo moral, dado que no hay criterios de corrección en el razonamiento moral. Ello supone un rechazo al iusnaturalismo, dado que no existe Derecho natural, entendido como un conjunto de principios y estándares universalmente válidos (Moreso y Vilajosana 2004: 200).

Volviendo al Profesor Atienza, él sostiene que los positivistas son por lo general escépticos morales y por tanto ven con prevención el rol de los principios y de la

⁵² Esta afirmación fue realizada por el Profesor Manuel Atienza en la clase del Seminario de Investigación y Teoría General del Derecho llevada a cabo el 23 de agosto de 2016 en el Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ponderación. Por su parte, los no positivistas o postpositivistas (entendidos estos como los defensores del constitucionalismo en cuanto concepción que se sitúa en el nivel de la Teoría General del Derecho, no en el marco estricto del Derecho Constitucional), si bien son conscientes de los riesgos de usar los principios en el razonamiento jurídico, sí consideran que estos son importantes en el razonamiento judicial a través de una ponderación conforme a parámetros de racionalidad práctica.

Presentado el esbozo del constitucionalismo postpositivista, me pregunto si el prefijo “post” significa apartarse o no del positivismo. La respuesta es negativa. Más bien, desde la trinchera del positivismo es posible sostener la no separación tajante entre moral y Derecho, el carácter argumentativo del Derecho, y sobre todo, la diferencia entre reglas y principios, que supone distinguir entre la labor de subsunción y de ponderación.

Si el rasgo fundamental del positivismo es atenuar los riesgos de la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales, confiriendo protagonismo a las fuentes del derecho de carácter “regulatorio”⁵³, podría sostenerse que esta visión sería incompatible con la admisión de la moral en el mundo del Derecho. Así, más que llamar a Kelsen “escéptico moral”, habría que precisar que su propuesta es que la moral y el Derecho están separados.

Me pregunto si podemos llamarnos positivistas aún si creemos que el Derecho puede contener dosis de moralidad. Me pregunto lo mismo si creemos en la fuerza normativa de los principios. Mi propuesta es que sí, y a pesar de ello, curiosamente coincido con el Profesor Aienza. De hecho, considero que las consecuencias que dicho autor atribuye a los “objetivistas morales” son aplicables al positivismo.

Por ejemplo, un objetivista moral podría concluir que determinada conducta, en principio repudiable por ofensiva, no debe ser prohibida ni sustentar una querrela, si es que luego de realizar la labor de ponderación correspondiente, decide que la libertad de expresión es la esencia de la democracia y el antídoto contra los excesos del poder político. O a la inversa, podría sostener que si bien, en principio, los sujetos somos libres de expresar nuestras opiniones y emociones, dadas las circunstancias del caso, deben reprobarse las expresiones formuladas, por contener un “discurso de odio”.

Para involucrarse en dicha discusión, las nociones de “objetivista moral” o de “positivista” no son excluyentes. Si ambas nociones señalan que moral y Derecho no necesariamente están separados y que la decisión en uno u otro sentido depende del trabajo argumentativo, no hay razón para una distinción fuerte.

En esa medida, respecto de un positivista también podría decirse que está abierto a los argumentos y a la discusión racional: pretende que lo que sostiene es correcto, pero está dispuesto a dejarse convencer –a modificar su juicio- por la fuerza del mejor argumento. Ello no es incompatible con la adopción de

⁵³ Entendiendo como tal a las normas emanadas de los órganos competentes, siguiendo el procedimiento adecuado y respetando la jerarquía normativa.

decisiones jurídicas priorizando lo dispuesto por la ley (ciertamente, no solamente normas de rango legal).

La intromisión de la moralidad o de los principios puede y debe producirse, dado que la propia ley puede dejar espacio para ellos, no solamente cuando no es claro su mandato y debe realizarse una intensa actividad hermenéutica, sino además cuando la propia ley hace remisiones a categorías morales. En esa línea, propongo que el positivismo no está reñido con la labor de ponderación y con la inclusión de nociones morales como parte del ordenamiento jurídico.

Si de la conclusión anterior deducimos que debe haber una necesaria conexión entre moral y Derecho, la pregunta que surge de inmediato es cuál sería la consecuencia de la vigencia de una norma injusta.

Al respecto, Moreso y Vilajosana, citando a Finnis, señalan que:

“[...] la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral no debe ser comprendida en el sentido de que las normas injustas no son jurídicamente válidas, sino en el sentido de que la existencia del Derecho positivo tiene necesariamente algún valor moral. Puede suceder, añaden, que tenga un valor moral muy deficiente porque contenga muchas normas injustas, pero no es posible regular los comportamientos humanos sin instanciar algunos valores morales” (Moreso y Vilajosana 2004: 194).

De hecho, en un trabajo posterior, Moreso señala que la conexión entre moral y Derecho no es necesaria, sino más bien contingente (Moreso 2015: 186).

“Cualquier teoría jurídica debe hacer compatible dos dimensiones del derecho que se hallan en tensión. Por un lado, el derecho tiene una dimensión sustantiva, regula el comportamiento, establece deberes y derechos de los ciudadanos, que pueden obviamente ser vulnerados. Al ejercer esta función el derecho algunas veces remite a la argumentación moral y, de este modo, hace que la corrección y validez jurídica dependa del acuerdo con la moralidad de determinadas acciones. Por otro lado, el derecho tiene una dimensión procedimental, establece mediante qué procedimientos cuáles son las autoridades jurídicas que ponen fin a las controversias. Esta dimensión no puede estar abierta a la moralidad, porque entonces sería virtualmente imposible poner fin a las controversias” (Moreso 2015: 199-200).

Comparto dicha respuesta. Establecer conexiones entre moral y Derecho no supone una autorización para desestimar la aplicación de la norma injusta cuando hay claridad respecto del supuesto de hecho y la consecuencia. Si por ejemplo el Estado prohíbe con claridad, a través del instrumento jurídico correspondiente emitido por la autoridad competente, que el Poder Ejecutivo anuncie en medios privados de comunicación, puede alegarse que esa norma es injusta, pues priva de información indispensable a los más necesitados. Sin embargo, la norma debe cumplirse.

Ello es importante porque “[...] hay un riesgo de banalizar los derechos si estos se ven simplemente como el resultado de un razonamiento basado en principios morales y se pierde de vista el papel esencial (garantista) de las reglas jurídicas” (Atienza 2017: 102). Así, no siempre la práctica jurídica debe ser conforme con la moral. Los jueces pueden tomar decisiones injustas, “incompatibles con los requerimientos de una moralidad justificada” (Atienza 2017: 19).

Coincido con los autores citados en que la conexión entre moral y Derecho no resta validez a una norma injusta, aunque permite introducir nociones morales a las que habrá que recurrir para la aplicación concreta de la norma. Así pues, en este punto concluyo que aquello que el constitucionalismo postpositivista propone, también puede ser atribuido a una concepción positivista del Derecho con matices “funcionalistas”, que permiten llevar a cabo una adecuada labor de ponderación.

En esa medida, un positivista “funcionalista” también es empático con el trabajo de argumentación y la discusión racional. Adoptará decisiones jurídicas amparadas en la ley, pero reservará espacio para la moralidad o los principios del Derecho. Veremos a continuación si podemos llegar a esta misma conclusión a partir de las categorías “incluyente” y “excluyente” que un sector de la doctrina atribuye al positivismo.

La importancia que un positivista “funcionalista” confiere a los principios es relevante de cara a la doctrina de los actos propios si esta última califica como principio, pues aquél admitirá su invocación de manera flexible en un caso concreto incluso si el sistema normativo no la prevé de manera expresa.

2.4 Positivismo incluyente o inclusivo. Positivismo excluyente o exclusivo.-

No es posible afirmar que un concepto es incluyente o excluyente sin tener un punto de referencia. Este punto de referencia es una noción que será incluida o excluida, respectivamente, del concepto aludido. Si decidimos analizar las concepciones del Derecho según sean incluyentes o excluyentes, la noción que podría ser incluida o excluida es la moralidad.

Mi decisión de presentar esta aproximación responde a que la noción de positivismo y sus límites, así como su separación del iusnaturalismo, puede ser aprehendida de mejor manera si reflexionamos sobre qué rasgos de la interacción humana deben ser comprendidos en una determinada concepción del Derecho.

He planteado que el Derecho responde a la necesidad de proteger propósitos específicos, resultantes de la interacción humana, las cuales se ajustan a necesidades individuales y colectivas concretas. Propongo entonces que el Derecho es “funcional”.

Es necesario entonces reflexionar sobre qué rasgos de la interacción humana están comprendidos en la concepción del Derecho. ¿Están comprendidas las nociones morales? Esta pregunta no ofrece mayores dificultades cuando nos

referimos al iusnaturalismo, pero no es sencilla de responder cuando se trata del positivismo.

Para atender esta inquietud, los Profesores Moreso y Vilajosana postulan la existencia de tres corrientes positivistas, según incluyan o excluyan nociones morales (Moreso y Vilajosana 2004: 197-205):

2.4.1 Positivismo jurídico exclusivo.-

Según esta versión, el contenido de los derechos depende solamente de su origen en hechos sociales, sin admitir referencia alguna a la argumentación moral. En otras palabras, la determinación de lo que es el Derecho *no puede* depender de su adecuación a la moralidad. “El problema con esta tesis es el siguiente: las normas jurídicas a menudo incorporan conceptos morales y para identificar aquello que dichas normas requieren parece preciso acudir al razonamiento moral” (Moreso y Vilajosana 2004: 197).

Coincido con los Profesores Moreso y Vilajosana en cuestionar el positivismo jurídico exclusivo considerando que reiteradamente la propia ley se remite a nociones cargadas de imperativos morales. Por ejemplo, para analizar la validez de un contrato es obligatorio tener en cuenta su correspondencia con la moral. Así lo exigen los artículos 219 numeral 8 y V del Título Preliminar del Código Civil, según los cuales el acto jurídico es nulo cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

Algo similar ocurre con las normas que hacen referencia a la noción de buena fe, por ejemplo. Bajo esta perspectiva, la doctrina de los actos propios sería seriamente cuestionada, por su estrecha conexión con el principio de la buena fe.

2.4.2 Positivismo jurídico inclusivo.-

Según los autores, esta categoría de positivismo supone que la “determinación de aquello que el Derecho es *no necesita* depender de su adecuación a la moralidad” (Moreso y Vilajosana 2004: 199).

“[...] la validez jurídica de las normas puede depender de su validez moral de un modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad; si no existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad. Se trata de la concepción denominada “positivismo jurídico inclusivo” o “incorporacionismo”” (Moreso y Vilajosana 2004: 199⁵⁴).

Si el Derecho es funcional, como he propuesto, lo coherente es entonces admitir una versión inclusiva o incluyente del positivismo, que permita, cuando sea

⁵⁴ Los autores añaden que el positivismo jurídico inclusivo puede ser contemplado como la respuesta iuspositivista a las poderosas críticas que Ronald Dworkin formuló al positivismo hartiano (Moreso y Vilajosana 2004: 199).

necesario, recurrir a nociones morales para lograr una adecuada aplicación de las normas jurídicas. Esto no siempre será necesario, pues ocurre a menudo que las normas que integran el ordenamiento jurídico no tienen conexión alguna con nociones morales, de modo que aludir a estas no solamente sería innecesario, sino además incorrecto, por lo menos desde la perspectiva del positivismo.

A diferencia de la categoría anterior, esta corriente del positivismo sí acogería la posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios.

2.4.3 Positivismo ético o normativo.-

Según Moreso y Vilajosana, de acuerdo con esta categoría de positivismo, la determinación de aquello que el Derecho es *no debe* depender de su adecuación a la moralidad (Moreso y Vilajosana 2004: 200⁵⁵).

El sustento para la creación de esta categoría es que: (i) la convivencia en comunidad supone la constante existencia de discrepancias sobre lo que es moralmente correcto; (ii) para asegurar que dicha convivencia sea pacífica, es indispensable respetar la autonomía moral de las personas mediante reglas claras y precisas; y, (iii) si para definir lo que está jurídicamente prohibido hay que acudir a la moral, las discrepancias podrían ser insostenibles. Por las razones anteriores, continúa esta línea de pensamiento, el Derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad (Moreso y Vilajosana 2004: 201).

Admito que me cuesta entender la diferencia entre las categorías de positivismo exclusivo y positivismo ético o normativo. El primero señala que la determinación de aquello que el Derecho es *no puede* depender de su adecuación a la moralidad, mientras que el segundo señala que *no debe*.

Usemos un ejemplo. Si nuestra norma fundamental avalara la discriminación por razón de género en determinadas circunstancias, señalando que la educación primaria es obligatoria para los varones y no para las mujeres, la aproximación del positivismo inclusivo sería clara: repudiar dicha discriminación por inmoral. ¿Pero qué ocurriría con las otras dos formas de positivismo?

Para el positivismo exclusivo, el Derecho *no puede* depender de la moralidad, dado que solamente los hechos sociales, sin referencia alguna a la argumentación moral, son relevantes para delimitar su contenido. En tal sentido, introducir la discusión sobre si es moral o no admitir diferencias en el acceso a la educación por razón de género, no sería posible, pues si la norma es clara hay que acatarla. Por alguna razón política habría sido emitida, de modo que si se cumplen los requisitos formales de validez, bajo este punto de vista el valor justicia o moralidad tendría que ser excluido. Lo justo y moral sería, con esa lógica, obedecer la ley sin cuestionarla. En otras palabras, el Derecho no es un

⁵⁵ Curiosamente, otro autor denomina positivismo “ético” a una noción que se encuentra en las antípodas respecto a lo propuesto por Moreso y Vilasajona. Para Gregorio Peces-Barba, el llamado positivismo “ético” o “corregido” es aquel según el cual los criterios de validez jurídica no solamente son formales (órgano competente y procedimiento establecido), sino además materiales: se debe incorporar la ética pública (Bustamante 2009: 190).

crisol en el que convergen los hechos con los valores, sino solamente los primeros.

Para el positivismo ético o normativo, el Derecho *no debe* depender de la moralidad porque la convivencia en comunidad supone la existencia de discrepancias morales que deben ser respetadas y toleradas, lo que no ocurriría si se inocularan nociones morales a las categorías jurídicas. Usando el ejemplo anterior, la conclusión sería la misma, pero no porque el Derecho *no pueda* considerar los elementos morales, sino porque *no debe* hacerlo si lo que se quiere es propiciar la seguridad jurídica.

En el primer caso, habría entonces razones objetivas para excluir la moralidad, de modo que el Derecho *no puede* contenerla. En el segundo caso, no sería conveniente hacerlo, en aras de evitar discrepancias constantes que dificulten la convivencia social, de modo que el Derecho *no debe* contener nociones morales. Discrepo con esta distinción, o mejor dicho, no encuentro su utilidad.

Independientemente de la denominación como “exclusiva” o “ética o normativa”, comprendo –aunque no comparto– que pueda proponerse un positivismo basado en esta última, con el propósito de evitar discrepancias morales que afecten la convivencia y resten seguridad jurídica. Lo que no comprendo son las razones para proponer el llamado positivismo exclusivo, pues parte de la premisa de que el Derecho se basa solamente en hechos sociales y excluye cualquier noción de moralidad, sin explicar por qué.

Reconocer dicha categoría argumentando de manera objetiva que el Derecho se basa en hechos sociales excluyendo la moralidad, es una petición de principio: existe positivismo exclusivo porque el Derecho excluye la moralidad, lo que equivale a decir que el Derecho es exclusivo porque es exclusivo. La tautología es evidente.

Independientemente de tal cuestionamiento lógico, discrepo además con la idea de presentar una concepción del Derecho que considera a este en una dimensión distinta a la realidad, en una posición elevada respecto a lo que ocurre fuera de él.

Es verdad que el positivismo exclusivo sí incorpora los hechos sociales en la concepción del Derecho, pero excluye las nociones morales, que son parte de la interacción humana, sin explicar por qué. En todo caso, cualquier explicación posible partiría de la premisa de que el Derecho es una creación conceptual separada de la realidad, a la que se incorporan algunos elementos de ella (hechos sociales) pero excluyendo otros (nociones morales), que son también parte indispensable de la interacción humana.

Ello supondría sostener *per se* que el Derecho no es una creación espontánea (de abajo hacia arriba, por decirlo de alguna manera), en el cual las reglas se crean a partir de la convivencia, sino más bien “constructivista”, es decir, un concepto abstracto al que se le adhieren los elementos de la interacción humana que se decide sean parte de él. En otras palabras, esta visión del Derecho

supone que este ha sido “inventado” o “construido”, negando que sean una práctica derivada de la interacción.

Aunque postulando más bien la existencia de un orden espontáneo, Hayek acuñó el término “constructivismo”⁵⁶: “habiendo creado el hombre las instituciones de la sociedad y de la civilización, debe ser también el mismo hombre capaz de alterarlas a su voluntad para satisfacer sus anhelos o deseos” (Hayek 2011: 86), de modo que el Derecho sólo se justificaría si se corresponde con un propósito preconcebido. Para el propio Hayek en cambio, el Derecho es más bien un orden espontáneo que resulta de las acciones humanas independientes que se coordinan a través de intercambios.

He propuesto en este trabajo que el Derecho responde a la necesidad de proteger propósitos específicos, resultantes de la interacción humana, las cuales se ajustan a necesidades individuales y colectivas concretas. Por ello sostengo que el Derecho es “funcional”. Luego de analizar la categoría de positivismo exclusivo, con la cual discrepo, considero además que el Derecho es un orden espontáneo -en términos “hayekianos”⁵⁷- pues es resultante de la interacción que produce intercambios, de modo que permite establecer normas, formales y no formales, para ordenar la convivencia.

Es interesante además que el propio Hayek haya señalado como una finalidad del Derecho Privado, lograr la mayor reducción posible de la incertidumbre en las decisiones individuales. “Esto significa que el individuo debe poder inferir de las circunstancias que conoce lo que es libre de hacer, y en qué circunstancias y de qué maneras pueden constreñir sus actos otras fuerzas humanas” (Hayek 2011: 61).

De esa reducción de la incertidumbre, a través de la protección de la confianza razonable, se trata precisamente la doctrina de los actos propios. De allí que la reflexión sobre las distintas concepciones del Derecho sea tan pertinente para abordar este tema.

Considero que una concepción del Derecho como espontáneo y funcional no excluye nociones de moralidad, dado que esta es parte de la interacción humana, como consecuencia del ejercicio de discernimiento previo a la toma de decisiones. La noción de moralidad que corresponde con la reducción de la incertidumbre y la protección de la confianza, importantes para el Derecho, es la buena fe.

Estimo entonces posible concebir un positivismo que no esté reñido con la labor de ponderación y con la inclusión de nociones morales como parte del ordenamiento jurídico. De allí que, si mi visión del Derecho tuviera que adherir a una de las categorías mencionadas, sería el positivismo inclusivo, que admite acudir a la moralidad en la aplicación del Derecho cuando el ordenamiento jurídico lo permita.

⁵⁶ Hayek advierte que engañosamente ese término ha sido usado para aludir al “racionalismo”.

⁵⁷ “En otras palabras: para la formación de un orden espontáneo no es necesario que la conducta de los elementos sea predecible en todos sus aspectos. Incluso una regularidad muy parcial de su acción sería suficiente para generar un orden definido del conjunto” (Hayek 2011: 59).

“El primero en haber sostenido lo que hoy se llama positivismo jurídico blando o incluyente parece haber sido Carrió, en un artículo de 1970 [...], en el que defendía la posición hartiana frente a los ataques provenientes de Dworkin. Ahí, Carrió argumentaba que la regla de reconocimiento podía incluir criterios morales, pero que con ello no se alteraba la afirmación de que una norma es jurídica no porque esté de acuerdo con la moral, sino por su conformidad con la regla de reconocimiento (y el que esta última incluya o no criterios morales sería una cuestión contingente)” (Atienza y Ruiz Manero 2007: 17).

Veremos a continuación que la categoría de positivismo jurídico “blando” o “incluyente” está también reconocida en la clasificación propuesta por Robert Alexy⁵⁸.

“Dentro del positivismo, la distinción entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente es la diferencia más importante en lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. El positivismo excluyente, que ha defendido prominentemente J. Raz, sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho [...]. El positivismo incluyente, defendido, por ejemplo, por J. Coleman, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión se considera entonces como una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el derecho positivo, de hecho, establece” (Alexy 2013: 16).

Alexy admite, como Moreso y Vilajosana, que el positivismo puede ser incluyente, pues permite la posibilidad de que el ordenamiento jurídico comprenda la moralidad.

“El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional [...]. El no positivismo sostiene no sólo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad

⁵⁸ Alexy propone tres categorías: no-positivismo excluyente; no-positivismo súper incluyente; y no-positivismo incluyente.

La primera es el no-positivismo excluyente, el más radical, según el cual, todos los defectos morales excluyen la validez jurídica.

La segunda es el no-positivismo súper incluyente, que se ubica en el otro extremo: la validez jurídica no se ve afectada de ninguna manera por cualquier defecto moral. Parece semejante a una versión del positivismo, pero no lo es, porque hay dos tipos de relaciones entre derecho y moral: clasificatoria y calificatoria, según Alexy. “El efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de validez jurídica. Por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria es la deficiencia jurídica, el cual no llega sin embargo, al punto de socavar la validez jurídica, pero sí crea una obligación legal o, al menos, un empoderamiento por parte de las cortes de apelación para anular sentencias injustas expedidas por los tribunales inferiores” (Alexy 2013: 17).

La tercera versión del no-positivismo es la del no-positivismo incluyente, que se encuentra en el punto medio de los dos anteriores: los defectos morales socavan la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones: si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede (la injusticia extrema no es Derecho, según la fórmula de Radbruch, en la que deben confluír justicia, utilidad y seguridad) (Alexy 2013: 18).

no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que está necesariamente incluida, por lo tanto el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo” (Alexy 2013: 16).

Estimo que lo que las mencionadas clasificaciones respecto a las tradicionales visiones del Derecho –iusnaturalismo y positivismo- y los matices que la doctrina ha venido articulando sobre ellas, revela la pérdida de vigencia de dicha clasificación en los términos en que esa distinción fue concebida.

De allí que las etiquetas de “positivista” o “iusnaturalista” no sean suficientes para adherir a una concepción que sea lo suficientemente fiel a lo que el Derecho realmente significa. Las etiquetas tradicionales encorsetan al Derecho, en lugar de recogerlo en su real dimensión y complejidad. De allí que llamarse “positivista” o “iusnaturalista” no sea suficiente para revelar lo que pensamos sobre las conexiones entre el Derecho y la moral. Se trata más bien de términos tan permeables que han dejado de explicarse por sí mismos.

Ello explica que mi visión del Derecho sea más bien “funcional”. En todo caso, si tuviera que adherir a una de las concepciones presentadas, esta sería la del positivismo incluyente o “positivismo funcional”. Así, si deseamos mantener los rótulos tradicionales, ser positivista no es incompatible con la inclusión de valores en las normas al momento de aplicarlas. El positivismo no puede negar que las normas contengan pronunciamientos morales. Y es que el positivismo que queda por postular es uno “aggiornado” con los tiempos constitucionales.

Estoy pues de acuerdo con el Profesor César Landa cuando señala que *“el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida que en el texto Constitucional no solo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores”* (Landa 2013: 19).

Dado que el concepto tradicional de positivismo ha sido superado por un modelo que permite la inclusión de la moralidad en el Derecho, ha perdido vigencia la objeción referida a la justicia, “valor sin el cual el Derecho no es siquiera concebible” (García de Enterría y Menéndez 1997: 45).

“Sin embargo, a diferencia de las posiciones iusnaturalistas, el positivismo afirma que esas normas y esas decisiones son válidas no por su naturaleza moral, sino por haber sido dictadas por los órganos competentes. [...]. Así, el positivismo en esta variante, “la versión renovada del iuspositivismo”, viene a destacar la relevancia, desde un plano ideal, de los sistemas democráticos y de los derechos humanos en el concepto de Derecho. Es decir, sin negar la existencia de Derechos que se producen en sistemas no democráticos o de Derechos que no protegen derechos fundamentales, defiende que un Derecho más correcto es aquel que se origina en un sistema democrático y se caracteriza por la protección de los derechos humanos” (Peces-Barba, Fernández y De Asís 2000: 316).

En la misma línea, Carlos Nino sostiene que, “además del vínculo justificatorio que el derecho tiene ineludiblemente con la moral, el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral” (Nino 2014: 129). Esta posición es adoptada por Nino luego de señalar que la subsistencia de la controversia entre positivistas jurídicos y iusnaturalistas se debe a las confusiones que contaminan esa polémica⁵⁹.

Habiendo propuesto una concepción del Derecho que deja espacio para la moralidad, vale la pena mencionar en este punto un interesante debate entre los Profesores Atienza y García Amado, quienes mediante un elegante y agudo intercambio epistolar, dan cuenta de sus posiciones sobre el rol de los principios y la ponderación. Y es que los principios de Derecho y el trabajo de ponderación (a diferencia de la subsunción) contribuyen a procesar el ingrediente de moralidad en una controversia o situación jurídica concreta.

Mientras que García Amado señala que “el derecho es lo que está ahí afuera y nada más que lo que está ahí afuera y cualquiera puede ver” (Atienza y García Amado 2016: 137), para Atienza el Derecho no debe verse sólo como una “realidad ya dada, sino más bien como una empresa; como la escritura de una novela [...], o como la construcción de una catedral [...] o como una empresa de navegación [...]” (Atienza y García Amado 2016: 137).

En otras palabras, y en esto estoy de acuerdo con el Profesor Atienza, el Derecho no puede concebirse simplemente como un sistema, sino, sobre todo, como una actividad, como una práctica (Atienza y García Amado 2016: 137-138). A esto me refiero cuando sostengo que el Derecho es “funcional”, y tanto los principios como la correspondiente labor de subsunción son la manera de expresar esta característica.

En otro trabajo, Atienza considera que la visión del Derecho descrita en el párrafo anterior no se corresponde con una concepción positivista, pues esta sería incompatible con un Estado constitucional, en el cual los conflictos entre principios solamente pueden resolverse atendiendo a las razones que subyacen a las normas dictadas por el constituyente (Atienza y Ruiz Manero 2007: 24-25).

Si se entiende que el positivismo excluye la posibilidad de atender a las razones que subyacen a las normas para resolver conflictos entre principios, entonces aquél es en efecto incompatible con un estado constitucional. Sin embargo, partiendo de la premisa que el positivismo tiene una versión “suave” o “blanda”, entonces es posible adherir a él y todavía creer en las conexiones entre Derecho y moral.

El propio Atienza da cuenta de la relatividad de los rótulos y de las limitaciones de estos para transmitir la verdadera carga semántica de los conceptos de Derecho:

⁵⁹ “Superficialmente las cosas parecen muy claras; el positivismo defiende la separación entre derecho y la moral [...]. En cambio, el iusnaturalismo sostiene que el derecho y los principios de justicia y moralidad social se impenetran” (Nino 2014: 21).

“Ahora bien, puesto que –como ya sabemos- las definiciones son puramente convencionales y no parece que pueda darse una razón decisiva a favor de uno u otro uso lingüístico, quizás sea mejor abandonar esos rótulos, probablemente demasiado gastados y demasiado cargados emotivamente como para poder resultar de utilidad. Por lo demás, hoy parece existir una tendencia por parte de los autores que provienen de la tradición iusnaturalista a hablar más bien de “hermenéutica jurídica”, mientras que los herederos del positivismo jurídico tienden a usar rótulos como “positivismo crítico”, “positivismo inclusivo” y algunos otros” (Atienza 2014: 124-125).

Independientemente del rótulo que usemos –positivismo, positivismo incluyente o funcionalismo- es inevitable que dicha concepción del Derecho arroje temores en relación con el rol de los jueces y dispare alertas frente al “riesgo” del activismo judicial, pues:

“[...] cuanto mayor sea la confianza en que las normas jurídicas son expresión de normas morales o en que alguna moralidad objetiva viene en nuestro auxilio en los casos difíciles, mayor será la tentación de encubrir la discrecionalidad y, con ello, de ocultar la responsabilidad de la decisión, haciendo aparecer como Derecho [...] lo que, en el fondo, no deja de ser una –mejor o peor- concepción moral de quien la sustenta” (Prieto Sanchís 1997: 89)⁶⁰.

El temor que puede suscitar el activismo judicial es consecuencia de que si bien Derecho y moral están separados, hay conexiones entre ellos. En efecto, puede reportarse tres visiones referidas al tratamiento de las relaciones entre Derecho y moral: confusión; separación tajante; y distinciones y conexiones (Peces Barba y otros 2000: 71). Adhiero a esta última, debido a que el Derecho debe contener mínimos éticos derivados de la naturaleza humana, la cual está basada en la confianza.

Precisamente por ello, estimo que en los casos en los que la protección de la confianza razonable está en juego –como ocurre con la aplicación de la doctrina de los actos propios- es inevitable que los jueces realicen una adecuada labor de ponderación, que no necesariamente estará exenta de acusaciones sustentadas en una aplicación arbitraria –más que discrecional- del principio de la buena fe.

Estimo pertinente citar en este punto a Wieacker, en un estupendo trabajo referido a la buena fe, que es precisamente el tema que nos convoca.

“Al positivismo como tal no se le plantea el problema de la posibilidad de una ética material normativa. Puesto que el fundamento de la validez del Derecho, lo encuentra en el mandato legal, es completamente libre para dar a los imperativos la configuración más determinada posible. [...]. Otra cosa es, sin embargo, que una norma jurídico-positiva remita a normas de

⁶⁰ Sobre el acusado riesgo de activismo judicial, estoy de acuerdo con Atienza cuando señala que respecto de este asunto se debe tener en cuenta la realidad latinoamericana, que a diferencia de la española, permite a los jueces hacer control difuso de constitucionalidad.

conducta *ético*-sociales, como orgullosamente hacen la mayoría de las cláusulas generales [...] y entre ellas precisamente el parágrafo 242” (referido a la recepción del principio de la buena fe en el Código Civil alemán) (Wieacker 1982: 34-35).

El rol de los jueces es crucial en este punto, y su propia concepción del Derecho también lo es, pues como añade Wieacker, la relación entre la cláusula general y el caso concreto no es tan sencilla como la subordinación lógica de lo particular a lo general. “Los valores a los que remiten las ideas de “buena fe” o de “usos del tráfico” sólo quedan en realidad integrados por la sentencia” (Wieacker 1982: 40).

Está bien que así sea. Sostener lo contrario supondría apostar por un modelo de Derecho pre-establecido, independiente de lo que los usos y costumbres de la realidad reflejan para dar sentido a nociones jurídicas porosas, como la buena fe.

Ello es compatible con lo que propone el Profesor Atienza, que el Derecho no puede concebirse simplemente como un sistema o como un objeto, sino como una actividad, como una práctica que ayuda a atender las necesidades de las personas que surgen a partir de la interacción. En otras palabras, el Derecho nace a partir de las actividades humanas; no al revés; no es una conceptualización previa que se impone de manera vertical. A ello me refiero cuando sostengo que el Derecho es “funcional”, y tanto los principios como la correspondiente labor de subsunción son la manera de expresar esta característica.

Una concepción del Derecho funcional y espontáneo no excluye nociones de moralidad, dado que estas son parte de la interacción humana. Es posible entonces concebir un positivismo que no esté reñido con la labor de ponderación y con la inclusión de nociones morales, como la buena fe, en el ordenamiento jurídico. A eso le llamo “funcionalismo”.

Ahora bien, para que la interacción social en el marco del Derecho permita atender las necesidades de las personas, es indispensable crear una estructura legal basada en la confianza. Y ello es así porque la libre interacción de los individuos –sobre la base del respeto a la palabra empeñada- genera el máximo bienestar posible.

En el Derecho Contractual el rol de la confianza es crucial para garantizar operaciones seguras, con instrumentos que incentiven la suscripción de contratos como medio de generación de bienestar a través del respeto a las promesas realizadas. Es en este punto que la buena fe cumple un rol fundamental, puesto que es expresión de la coherencia en el actuar y de la protección de las expectativas razonables generadas por la conducta de las partes en determinado sentido, las cuales se ven defraudadas por la contradicción no justificada en el pacto o en la ley.

Confianza y contradicción son nociones opuestas; son antónimos. Así como la contradicción de una promesa –el incumplimiento- genera como remedio la

orden de cumplir o de resolver el contrato, la contradicción de la expectativa generada por la confianza razonable debería generar –en buena fe- la aplicación de la doctrina de los actos propios, en los términos que se propone en este trabajo.

En línea con lo anterior, una concepción del Derecho que admite dentro de él nociones de moralidad, permite acudir a herramientas derivadas del principio de la buena fe, como la protección de las expectativas generadas por la confianza razonable, cuya expresión es el rechazo de la contradicción. Esto constituye un medio idóneo de prevención contra comportamientos oportunistas de las partes, a través de la remisión a estándares de actuación donde la protección de la confianza juega un rol fundamental.

La buena fe y la reprobación de las conductas contradictorias cumplen además una importante función en la reducción de los costos de transacción, pues si los individuos saben que estarán protegidos frente a conductas oportunistas a través de un estándar –rechazo de la contradicción- será innecesario que las partes destinen recursos valiosos en la estructuración de contratos “completos” o “perfectos”, que prevean todas y cada una de las potenciales situaciones que generen un conflicto posterior. Esta tarea sería no solamente excesivamente costosa, sino a lo mejor poco efectiva, pues a menudo la realidad supera la ficción.

Existen herramientas jurídicas que si bien hacen al Derecho Contractual menos cierto, contribuyen a que sea más justo, como por ejemplo la posibilidad de invocar fin ilícito, orden público o vicios de la voluntad para anular un contrato, o la inclusión del principio de la buena fe como criterio obligatorio para la interpretación contractual. ¿Cuál es entonces el rol de los principios en el Derecho de contratos?

Advierto al lector que el esbozo que propongo para desentrañar el significado de los principios, es solo eso; un boceto, que como tal, permite delinear ciertos rasgos pero apenas en la medida suficiente, como para que un observador atento entienda la estructura del objeto bosquejado. No es el propósito de este trabajo profundizar en las concepciones del Derecho compartidas por la doctrina especializada más bien en filosofía jurídica. Tampoco pretendo ofrecer al lector un análisis profundo sobre las nociones de principios y reglas.

Me siento obligada a presentar estas ideas, aún con el riesgo de pecar de ligereza, para responder mejor a la pregunta de qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho de contratos en el Perú.

2.5 A propósito de los principios y reglas.-

“La palabra principio deriva etimológicamente del término latino *principium*, compuesto por la raíz *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso”, y la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* –tomar- y en el sustantivo *caput* –cabeza-. En consecuencia, el término principio posee etimológicamente un sentido histórico (“lo antiguo”) y un sentido axiológico (“lo valioso”)” (López Mesa 2013: 81).

Asociar etimológicamente a los principios del Derecho con lo “antiguo” y “valioso” da cuenta de que ellos resultan de una acumulación de prácticas generadas a partir de la interrelación humana, consideradas valiosas para atender las necesidades de las personas. El comportamiento de buena fe es una de esas prácticas que a través de los siglos ha generado un valor intrínseco a la noción de sociedad: el respeto de los compromisos asumidos, que supone, de cara al tema que nos convoca, el repudio a la contradicción en el comportamiento cuando con esto se traiciona las expectativas legítimas generadas por el comportamiento anterior.

Estimo que la buena fe cumple dos funciones que son dos caras de la misma moneda. De un lado, es el ingrediente sobre el que se basa la interacción y cooperación entre los individuos, y al mismo tiempo es el resultado de dicha interacción y cooperación. Sin buena fe no puede haber interacción generadora de bienestar, y a la inversa, los compromisos resultantes de esa interacción dan lugar a comportamientos de buena fe.

Debo advertir que la razón por la que me refiero a los “principios”, “principios generales del derecho” o “principios de derecho” de manera indistinta se explica en que soy escéptica sobre la existencia de diferencias relevantes entre ellos, que permitan que cada uno de dichos términos refleje un concepto jurídico distinto. No excluyo la posibilidad de que unos principios sean más importantes que otros, o de que exista una suerte de jerarquía entre ellos, pero en cualquier caso tales eventuales diferencias no me parecen determinantes de cara a la noción de buena fe.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que diversos instrumentos jurídicos peruanos aluden a “principios generales del derecho”. Así, el artículo 139 numeral 8 de la Constitución, señala que es un principio de la función jurisdiccional, no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil contiene una norma semejante, diciendo que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

Por su parte, El Tribunal Constitucional señala que la noción de principios generales del derecho:

“[a]lude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico” (Tribunal Constitucional 2006: párrafo 42)⁶¹.

⁶¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 047-2004-AI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N° 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N° 27971).

A pesar de que la dicotomía entre las visiones tradicionales del Derecho puede ser cuestionada por no recoger matices intermedios, ellas han definido el rol y alcances de los principios.

“Dos corrientes jurídicas se han disputado la correcta conceptualización de lo que importa un principio general del derecho. Ellas son las corrientes positivistas y naturalistas. Las primeras entienden que los principios generales de derecho son aquellos que informan las soluciones concretas de derecho positivo, sirviéndole de fundamento; y que se obtienen mediante un proceso de abstracción y generalización creciente. Para las corrientes naturalistas son una suma de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares.

Más allá de enrolarse en una u otra corriente (por nuestra parte optamos por la señalada últimamente) o considerar a ambas equivocadas, lo cierto es que lo verdaderamente importante es destacar que dichos principios generales constituyen normas jurídicas básicas en la organización social que revelan el sistema en que reposa la sociedad [...]” (Borda 2017: 42).

Habiendo postulado una concepción del Derecho funcionalista, considero que los principios generales del derecho cumplen dos objetivos. De un lado, permiten llenar lagunas normativas, y del otro, informan sobre el sentido del ordenamiento jurídico, aún cuando exista regulación aplicable, puesto que recogen la estructura sobre la cual se ha construido la sociedad. Por ejemplo, presumir la inocencia, entender que las restricciones a la libertad son el último recurso, proteger la propiedad privada, exigir que los pactos se ejecuten de buena fe, entre otros.

Los principios cumplen un segundo objetivo, aparte de inspirar soluciones no previstas normativamente, que es informar sobre el sentido del ordenamiento jurídico, haya o no legislación aplicable. “Pero no es sólo la integración de las posibles lagunas de un texto legal lo que obliga en muchas ocasiones a recurrir a criterios extralegales. También la determinación del verdadero alcance, sentido o significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal, solamente puede hacerse, en ocasiones, acudiendo a aquéllos” (Díez-Picazo y Gullón 2003: 141)⁶².

Si se asume una concepción positivista (no incluyente) del Derecho, los principios serían consecuencia de la abstracción de las propias leyes; es decir, los principios se inspiran en ellas. Adoptar una noción de principios inspirada en una concepción positivista del Derecho como la descrita, supone adoptar un

⁶² El mismo autor hace un repaso histórico sobre la admisión de criterios o valores extralegales. Señala que en Grecia se admitió la existencia de una ley no escrita, noción que fue heredada por Roma, que acuñó la idea de *ratio iuris*. Algo parecido ocurrió en la Edad Media, con la idea de un “Derecho Natural”, trabajada por los escolásticos y los canonistas. Aunque el problema se discutió previamente a la codificación francesa del siglo XIX, Díez-Picazo sostiene que el tema fue finalmente omitido. La noción de “principios generales del Derecho” apareció en el Código austríaco de 1811, pasando luego a los códigos civiles modernos e incluso al Derecho Internacional (Díez-Picazo y Gullón 2003: 141-142).

razonamiento circular: las normas recogen principios, los cuales emanan de las mismas normas. Dicho de otra manera, esta forma de definir los principios es incompatible con una visión del Derecho como espontáneo y funcional.

Por el contrario, una concepción iusnaturalista supone que los principios generales del derecho equivalen al “Derecho natural”, pues se trataría de normas válidas aun cuando no deriven de una sanción estatal. Aunque parezca paradójico, definir los principios de esta manera comparte con una definición positivista el hecho que los principios no provienen de la interrelación entre las personas, sino de una estructura “superior”. En el caso del positivismo, esa estructura es el propio ordenamiento jurídico, a partir del cual se abstraen los principios. En el caso del iusnaturalismo, esa estructura superior es el “Derecho natural”, cuyo origen no sería espontáneo.

Por ello Díez-Picazo señala que ninguno de esos dos puntos de vista es exacto: “no cabe confundir los principios generales del derecho, que son normas de Derecho positivo, con las reglas de derecho natural, porque ni todas las normas de Derecho natural son recibidas por el Derecho positivo, ni las normas de Derecho natural son las únicas susceptibles de dar origen a un principio jurídico general” (Díez-Picazo 2014: 194).

“Por todo ello, no se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni, por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico. Lo que sí resplandece en todo caso es su función vertebradora o estructuradora del mismo porque: 1.º Tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce. 2.º Revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social” (Díez-Picazo y Gullón 2003: 144).

La cita anterior revela una interesante dosis de funcionalismo, pues asume que los principios surgen de manera espontánea, como resultado de la interacción, para darle estructura al sistema jurídico en su conjunto. Estoy de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón, cuando señalan que los principios generales del derecho no son meros criterios directivos o simples juicio de valor.

“Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Cuando se dice, por ejemplo, que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede ejercitar abusivamente sus derechos, o que los pactos han de ser observados, es claro que se están proponiendo modelos de conducta a seguir” (Díez-Picazo y Gullón 2003: 144).

Atienza comparte con Díez Picazo y Gullón, que los principios jurídicos son “auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta” (Atienza y Ruiz 2000: 45)⁶³.

⁶³ Manuel Atienza, junto con Josep Aguiló y Juan Ruiz Manero, postula “cuatro tipos ideales de normas regulativas” (dos reglas y dos principios): (i) reglas de acción, en que el caso está configurado según propiedades genéricas y en que la solución consiste en realizar u omitir una acción (por ejemplo, una regla de tránsito); (ii) reglas de fin, en que el caso también está

En lo que no está de acuerdo es en que los principios sean pautas que se incorporan al sistema jurídico en virtud de su arraigo en la conciencia social, sin más cualificaciones, porque el arraigo en la conciencia social no es condición necesaria ni suficiente para que una pauta generalizada se convierta en principio. Para ello se necesitarían dos condiciones adicionales: que la pauta tenga relevancia jurídica, y que pase el test de su adecuación al Derecho establecido (Atienza 2006: 46-47).

Exigir que para ser principio la pauta debe tener relevancia jurídica y pasar el test de su adecuación al Derecho establecido, tiene una connotación positivista (no incluyente) que como ya se mencionó, supone adoptar un razonamiento circular: las normas recogen principios, los cuales emanan del propio Derecho. De nuevo, esta forma de definir los principios es incompatible con una visión del Derecho como espontáneo y funcional, porque supone que hay una finalidad preconcebida, previa al Derecho, que debe definir su contenido. Ello no se corresponde con la concepción del Derecho a la cual adhiero.

Es consecuencia de lo anterior, que el carácter de principio general del Derecho no lo da la norma que lo formula o el rango o la categoría de la norma que lo recoge, si acaso lo hubiese hecho. “Ahora bien, al positivizarse no hay duda de que se convierte en una norma básica, principal, formuladora de un deber ser jurídico, sin ligarse a un supuesto de hecho concreto o ligándose a un supuesto de hecho muy general o indeterminado” (Díez-Picazo y Gullón 2003: 146).

Llegados a este punto, y habiendo asumido que los principios cumplen una doble función –llenar lagunas e inspirar el sentido del ordenamiento jurídico- cabe preguntarse si existe o no una diferencia relevante entre principios y reglas⁶⁴.

configurado según propiedades genéricas, pero la solución no consiste en realizar una acción sino en producir un estado de cosas en una cierta medida determinada (por ejemplo, que una entidad no supere un nivel de déficit determinado, dado que la manera de lograr ese objetivo puede suponer distintos cursos de acción); (iii) principios en sentido estricto, que no determinan cuáles son las condiciones en las que se debe o se puede realizar la conducta que prescribe, y que permiten una labor de ponderación entre principios (por ejemplo, la ponderación entre los principios de libertad de expresión y de protección del honor); y, (iv) directrices o normas programáticas, que se asemejan a los principios en sentido estricto en relación con el antecedente de la norma, pero el consecuente propende a conseguir un determinado estado de cosas en la mayor medida posible (por ejemplo, que el Estado contribuya a fomentar el pleno empleo). Además, los autores distinguen entre principios (tanto principios en sentido estricto como directrices) explícitos e implícitos (Aguiló 2007: 74-81; 98-99).

⁶⁴ Esta pregunta parte de la premisa de que existe la categoría de principios, lo cual no es uniforme en la doctrina. De hecho, para Prieto Sanchís, “Tal vez los principios sean uno de los últimos y más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas ... Ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión “principio”, hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir aquí que la “zona de penumbra” resulta más amplia que el “núcleo de certeza” (Prieto Sanchís 1998: 47-48).

2.6 Diferencia entre principios y reglas.-

Durante el célebre debate académico entre Ronald Dworkin y Herbert Hart⁶⁵, como punto neurálgico de su posición iusnaturalista, Dworkin distingue entre dos tipos de normas: reglas y principios⁶⁶. “Lo que caracteriza a los principios frente a las reglas –según este autor- es que, mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo-nada, los principios contienen una dimensión de *peso*: cuando se aplican para resolver un caso, deben ser ponderados entre sí [...]” (Atienza 2014: 84).

En efecto, en “The Model of Rules I”, Dworkin sostiene que las reglas son estándares de “todo o nada”. “Si dos reglas se oponen mutuamente, entonces una de ellas no puede ser una regla válida. Por el contrario, los principios no resuelven los casos a los que se aplican. Ofrecen un apoyo justificativo a varios cursos de acción, pero no son necesariamente conclusivos” (Shapiro 2012: 151).

El debate real entre Hart y Dworkin no consiste en si el Derecho contiene o no principios además de reglas. “El debate “real” entre Hart y Dworkin es, por tanto, el enfrentamiento entre dos diferentes modelos de derecho. ¿Deberíamos entender el derecho como aquellos estándares socialmente dotados de autoridad? ¿O está construido por aquellos estándares moralmente dotados de autoridad?” (Shapiro 2012: 159).

“Hart mantiene que los jueces deben ejercer algunas veces una discrecionalidad fuerte porque para él el derecho consiste en aquéllos estándares socialmente propuestos como prescriptivos. Dworkin, por su parte, cree que los jueces no tienen discrecionalidad fuerte precisamente porque él niega que sea central la ordenación social a la hora de determinar la existencia o el contenido de las normas jurídicas” (Shapiro 2012: 159).

Es más, el propio Atienza señala que quien sostiene una concepción del Derecho como la de Hart no tiene por qué negar que el Derecho está integrado no solo por reglas sino además por pautas que Dworkin llama “principios” (Atienza 1991: 101). Hart representa el positivismo metodológico o conceptual, a diferencia del positivismo ideológico, según el cual el Derecho debe ser obedecido simplemente porque es Derecho (Atienza 2014: 114-117).

Considero esclarecedor para quien pretenda explorar a profundidad este interesante debate, señalar que la “intrusión” de la moral en el Derecho no desbarata la tesis positivista esgrimida por Hart. Así, “[...] respondiendo a las críticas formuladas por Ronald Dworkin, Hart se ocupa de manera explícita de

⁶⁵ Es importante mencionar que la “crítica al positivismo jurídico que Dworkin ofreció en 1967, por ejemplo, difiere enormemente de la que presentó en 1986. Cualquier descripción debe, por tanto, intentar capturar esta fluidez tratando el debate como una entidad en evolución que se adapta con el tiempo a las presiones racionales venidas de fuera y de dentro” (Shapiro 2012: 146-147).

⁶⁶ A su vez, los principios serían de dos tipos: las *policies* o directrices, que son normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, que son exigencias morales, que establecen derechos.

las vías por las cuales las dimensiones morales pueden adquirir una importante presencia en el mundo jurídico.

Este momento da lugar a lo que denomina *positivismo suave*, una versión remozada de la concepción con la que se aproxima al fenómeno jurídico” (Bustamante 2009: 194). “Se desprende así la posibilidad, reconocida por el propio Hart, de que: (i) los principios o valores morales puedan entrar a formar parte del Derecho, gracias al camino abierto por la regla de reconocimiento; y (ii) que los principios o valores morales puedan ser, en definitiva, criterios de validez de las normas jurídicas” (Bustamante 2009: 195)⁶⁷.

Esto es consistente con la posición a la que adhiero, en virtud de la cual no hay necesidad de ser iusnaturalista para reconocer que puede existir una conexión conceptual entre el Derecho y la moral. “No hace falta para ello ni postular la existencia de un Derecho natural superior al Derecho positivo, ni tampoco el absolutismo moral” (Atienza 2014: 123).

La conexión entre Derecho y moral se refleja en que, como señala Díez-Picazo, los principios generales del derecho son normas jurídicas con especial naturaleza, pues revelan de modo espontáneo el sistema de las convicciones sociales vigentes, de modo que es indiferente que dichas normas estén formuladas de manera explícita (Díez-Picazo 2014: 194).

Nótese que la primera afirmación de la definición anterior es que los principios tienen la condición de normas. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que citando a Bobbio, señala:

“[...] los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras [...] Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también [...] En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso” (Tribunal Constitucional 2006: párrafo 43).

En línea con lo anterior, la mejor definición que he encontrado de los principios generales del derecho entiende que estos son “las normas con mayor densidad ética y sirven de guía para la producción de las restantes normas en cuanto a sus contenidos y a sus límites” (Peces Barba, Fernández y De Asís 2000: 346).

⁶⁷ La norma que establece un vínculo entre el Derecho y la sociedad de la que forma parte fue llamada por Kelsen “norma fundamental” y por Hart, “regla de reconocimiento” (Atienza 2014: 95). La regla de reconocimiento es el último punto de referencia del Derecho, pero no basta constatar que existe, sino hay que ver si está justificada, lo cual nos conduce al campo de la moral (Atienza 2014: 97).

“La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente” (Zagrebelsky 2011: 109).

Hay varios puntos de referencia a partir de los cuales puede ensayarse (o negarse) la distinción.

Para Zagrebelsky, la principal diferencia entre reglas y principios es que sólo a las reglas se aplica los métodos de interpretación jurídica. En cambio, sostiene que el significado lingüístico de los principios es autoevidente, de modo que las fórmulas que contienen principios, “más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” [...]; a los principios, en cambio, “se presta adhesión”” (Zagrebelsky 2011: 110).

El problema de la posición anterior es que no apunta a la dirección correcta. Sin negar la diferencia entre reglas y principios, lo que debe quedar claro es si existe o no una real diferencia entre las acciones de interpretar (las reglas) y de entender (los principios). La respuesta es que no. En ambos casos debe desplegarse una actividad cognitiva que permita desentrañar el sentido de ambos tipos de normas. En los dos casos se trata de una labor hermenéutica. Para interpretar no es necesario que la norma esté escrita ni que tenga un significado aparentemente confuso. Tanto principios como reglas se interpretan, partiendo de la premisa que “interpretar” supone comprender cuáles son las prescripciones que contienen, teniendo en cuenta, en caso de duda, el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Con lo que sí estoy de acuerdo es la distinción esencial entre reglas y principios basada en que “las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas” (Zagrebelsky 2011: 110).

En esa línea, el autor citado añade que según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios tienen una importante función supletoria o integradora (hasta correctiva, dice el autor), de las reglas jurídicas. En otras palabras, servirían para perfeccionar el ordenamiento jurídico. No obstante, volvemos a discrepar cuando señala:

“Sin embargo, esta concepción no solo es parcial, como se dirá de inmediato, sino que encierra además la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido –los principios– una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor –las reglas. Esto deriva del persistente perjuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras

que los principios son un plus, algo que sólo es necesario como “válvula de seguridad” del ordenamiento. Una vez más, el positivismo se revela como una ideología distorsionadora en el campo del derecho” (Zagrebelsky 2011: 117).

Discrepamos porque bajo una concepción positivista incluyente –en realidad, también bajo una concepción “funcionalista”- los principios no tienen carácter accesorio. La categoría “accesorio” no puede entenderse sin la categoría “principal”. Y no es correcto asociar el positivismo –por lo menos en su versión “aggiornada” o “suave”- con el carácter principal de las reglas y lo accesorio de los principios. Entender el positivismo en esos términos es negar que estos son algo más que un mecanismo “subsidiario” que sirve para llenar lagunas; es desconocer que los principios cumplen además el rol de dar sentido y coherencia al ordenamiento jurídico.

Es cierto que, como el propio Zagrebelsky propone, los principios no se limitan a servir de apoyo a las reglas jurídicas, sino que más bien le dan sentido y coherencia, pero ello no es incompatible con el positivismo, por lo menos en la versión más cercana al “funcionalismo” que propongo como concepción del Derecho.

Y es que solamente bajo una concepción que reconoce al Derecho no como una “creación” por un orden superior (el “Derecho Natural” o un orden preconcebido), sino como el resultado de la interacción humana, es que los principios sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica. “Así mirados, tales principios se nos revelan como el torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho” (Alcalde 2003: 51).

Prieto Sanchís hace una segunda advertencia que considero pertinente, y es que habría una distinción débil entre la llamada zona de apertura de los principios y la zona de penumbra de las reglas, sin que sea posible presentar siempre una distinción clara entre ellas (Prieto Sanchís 1998: 47-48). Esta percepción es compartida por Alfonso García Figueroa, quien niega haya una distinción fuerte entre reglas y principios (García Figueroa 1998: 134).

Para quienes adhieren a esa idea, la débil distinción se debería a que, en el fondo, todas las normas son más o son menos abiertas, de modo que pueden colocarse en una escala, que va desde ser una norma totalmente abierta a totalmente cerrada; será más abierta cuando menos situaciones están excluidas de su aplicabilidad (Hesselink 2002: 20).

Sin desconocer que en los rangos medios de la escala sería complicado encontrar reales distinciones entre principios y reglas, a continuación se presentan algunos matices entre unos y otras.

Para Alexy, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; son mandatos de optimización. En cambio, las reglas exigen un cumplimiento pleno; se cumplen o no se cumplen, dice.

Por su parte, la diferencia principal entre principios y reglas, según Atienza, es que si bien ambos correlacionan un caso con soluciones concretas, los principios configuran el caso en forma abierta y las reglas de forma cerrada; en otras palabras, en aquéllos hay mayor indeterminación⁶⁸.

El hecho que las condiciones para la aplicación de las reglas estén determinadas de manera cerrada, significa para Atienza que operan como razones “perentorias”. A la inversa, los principios operarían como razones no perentorias (Atienza 2005: 52).

Ahora bien, a pesar de la importancia de los principios como fuente de inspiración de las reglas, estimo, como señala Prieto Sanchís, que no necesariamente los principios regulan conductas y generan reglas que califican como “buenas” o “correctas”, según los parámetros de un sistema jurídico determinado.

“En suma, pese a las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a este en ningún sucedáneo de la moralidad. Los principios, si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o el demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se deduzca del juicio crítico o racional sobre el contenido de los mismos. Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico” (Prieto Sanchís 1998: 68).

Así por ejemplo, aquello que para un ordenamiento jurídico occidental puede ser aberrante y por tanto prohibido, como emitir reglas asumiendo la superioridad del hombre respecto de la mujer, en otros ordenamientos jurídicos ello no solamente está permitido, sino que además constituye el eje de la regulación de su sistema legal. Y todavía más, es el reflejo de la moral que esa sociedad considera buena o correcta.

Con el discurrir del tiempo podría ocurrir –o no- que a través de la influencia de la política y de los sistemas de deliberación que estén previstos constitucionalmente, se produzca una evolución en sentido contrario a la práctica social “juridizada”. Si acaso ello ocurre, la moral social habrá impactado en el ordenamiento jurídico al punto de crear nuevos principios de derecho que a su vez generarán razones perentorias para regular en cierto sentido (incluso en otro sentido).

Ello se explica en que, antes que una moralidad “buena” o “unívoca”, los principios del derecho recogen prácticas reiteradas de la comunidad en la que están insertados; son un reflejo de la realidad y por ello brindan coherencia al

⁶⁸ En “Ilícitos Atípicos”, Atienza y Ruíz Manero distinguen entre, de un lado, “reglas de acción” y “reglas de fin”; y, del otro lado, entre “principios en sentido estricto” y “directrices o normas programáticas” (Atienza y Ruíz Manero 2006: 16-19). No es propósito de este trabajo profundizar en dichas nociones o discutir su pertinencia.

ordenamiento jurídico al cual pertenecen. Solo así puede entenderse que, como ya se ha expuesto, los principios tengan una doble función: no solamente llenar lagunas con fórmulas similares a las provistas por reglas claramente identificadas, sino además, informar el ordenamiento jurídico con soluciones sistemáticas, que trasluzcan un haz de coherencia en el arreglo de problemas específicos. Esto puede ocurrir si las reglas no son claras en su determinación o si ciertos principios y reglas no son compatibles.

Tenía razón Díez-Picazo cuando propuso, como se señaló líneas arriba, que los principios generales del derecho son normas jurídicas de especial naturaleza, pues revelan de modo espontáneo el sistema de las convicciones sociales vigentes. Solo así podemos ofrecer una propuesta de Derecho que esté al servicio de la sociedad; no al revés.

Solo si el Derecho es una sistematización que resulta de la interacción, las soluciones que ofrezcan sus normas reflejarán el sentir de la comunidad, que, inspirada en sus principios y acatando sus reglas, podrá sostener que las soluciones a los problemas son armoniosos con la moral que considera “buena” o “correcta”. Ejemplos de que las soluciones provistas por el Derecho van evolucionando conforme el sentir de la comunidad son aquellos relacionados con el desarrollo de la tecnología. La intolerancia religiosa al control de natalidad y la reproducción asistida ha ido cediendo frente a los notables avances tecnológicos que han creado mecanismos eficientes y accesibles para controlar la natalidad o para lograr la paternidad en quienes la naturaleza se lo impedía. En caso que el sistema de deliberación política genere reglas reñidas con esos principios, hoy, por ejemplo, reglas que impidan el control de natalidad, dichas reglas tendrían que ser acatadas, sin perjuicio de los sistemas de control –políticos, constitucionales y judiciales- que el ordenamiento jurídico provee a manera de protección.

Lo anterior es coherente con una visión “funcionalista” del Derecho –o, al menos, positivista “suave”- que sea compatible con su función de atender las necesidades resultantes de la interacción social. Ello permite asimilar los principios del Derecho a una función de bisagra entre la aplicación estricta de la ley y aquellos casos concretos en que su poca claridad permite incorporar matices. Estos matices pueden lograrse gracias al rol informador que cumplen los principios, de modo que estos puedan penetrar en todas las rendijas posibles, evitando, cuando sea posible, soluciones injustas por ser rígidas⁶⁹.

Esta función de bisagra que articula casos concretos con normas a las que les falta claridad, es especialmente relevante en el Derecho de contratos, considerando que, inspirado por la autonomía privada, su vocación es permitir a

⁶⁹ Se dice “cuando sea posible”, porque una visión funcionalista del Derecho tiene un componente cercano al positivismo: cuando las reglas estén claramente reñidas con los principios, deberán ser acatadas siempre que se hubieran emitido por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento establecido, sin perjuicio de los sistemas de control políticos, constitucionales o judiciales que se hubieran previsto.

las partes, diseñar sus instrumentos contractuales con el contenido y omisiones que les parezcan necesarios⁷⁰.

En efecto, tratándose de materias de libre disposición, los contratantes pueden tomar la decisión de regular claramente cada una de las posibilidades a presentarse durante la ejecución contractual, o de estipular las condiciones específicas que les parezca indispensables, remitiéndose a la aplicación supletoria de las reglas previstas en el Código Civil. Por supuesto, entre ambos extremos hay matices posibles, considerando que el primero –de regulación exhaustiva- podría ser excesivamente costoso, mientras que el segundo – numerosas omisiones- puede generar riesgos no previsibles.

Dichos matices pueden lograrse no solamente con la inclusión de mayores detalles en la regulación convenida por las partes, sino además gracias al rol informador que cumplen los principios del Derecho, de modo que estos puedan penetrar en todas las rendijas posibles. La buena fe y la protección de la confianza que se logra con ella, es un ejemplo.

En 1889 un tribunal de Nueva York evaluó, en el caso *Riggs v. Palmer*, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento a pesar de haberlo asesinado. El asunto discutido en este caso es mencionado por Dworkin como un ejemplo de principio de Derecho, puesto que el tribunal no se limitó a analizar la aplicación de la ley, sino que reflexionó sobre si las leyes y los contratos pueden ser contrastados con o dominados por principios emanados del derecho consuetudinario. El Tribunal concluyó que “A nadie se le permitirá adueñarse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen” (Dworkin 1989: 73).

Nótese en el ejemplo la semejanza con las situaciones previstas por la doctrina de los actos propios. En ambos casos (el caso del nieto que mata al abuelo para heredar y el caso de la persona que actúa contradiciendo una conducta previa en la que su contraparte había confiado) hay aprovechamiento de una situación generada por uno mismo, que, en buena fe, el Derecho debe repudiar.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la operatividad de los principios. ¿Son ellos los que directamente determinan la solución del caso concreto? ¿O inspiran la creación de una regla no escrita que prescribe las consecuencias de la conducta que se reprocha? Convenimos con Atienza en que:

“[...] tiene pleno sentido decir que los principios no determinan directamente (es decir, sin la mediación de las reglas) una solución. Precisamente por lo anterior, puede decirse (desde otra perspectiva) que la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores, esto es, a la luz de todos los elementos pertenecientes al caso de que se

⁷⁰ Esta autonomía tiene protección constitucional, pues el artículo 2 numeral 14 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan normas de orden público; y el artículo 2 numeral 24 literal a) añade que ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.

trate, pues entonces la ponderación entre principios debe haber dado lugar ya a una regla” (Atienza y Ruíz Manero 2006: 20).

Entonces, la respuesta a la pregunta sobre si los principios son los que ponen fin a la controversia o si ofrecen la solución al caso concreto, la respuesta será que, una vez definidas todas las circunstancias de hecho, revisado el pacto y las normas aplicables sin que se encuentre una respuesta clara, deberá ponderarse los principios para así dar lugar a una regla. Es pues la regla resultante la que provee la solución al caso concreto, pues como propone Atienza, la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*; es decir, antes de escrutar minuciosamente los elementos del caso.

En efecto, esta “deliberación o como es usual decir, esta *ponderación*, desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas o condiciones de aplicación, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro” (Aguiló 2007: 78).

Dicho de otro modo, las reglas específicas se justifican en los principios; o dicho al revés, los principios terminan transitando hacia una regla. Ello es importante de cara a la pregunta con la que terminé el acápite anterior: ¿Cuál es entonces el rol de los principios en el Derecho de contratos? Los principios sirven de pauta o de criterio para dar lugar a una regla aplicable a un caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas.

Su importancia es de tal magnitud, que de no aplicarse los principios del Derecho, se ocasionaría situaciones injustas derivadas de contratos “incompletos”. En consecuencia, las partes tendrían que invertir más tiempo detallando lo que significa cada disposición del acuerdo para que no exista oscuridad al momento de interpretarlo o ejecutarlo, especificando con todo detalle en qué consiste la conducta a desplegar por cada una de ellas.

Imaginemos que no pudiera invocarse la buena fe contractual. La manera de contrarrestar el efecto de ello sería que las partes inviertan recursos de manera excesiva para identificar todos y cada uno de los supuestos posibles durante la ejecución, creando reglas específicas para cada uno de ellos, lo que además de excesivamente costoso puede ser insuficiente. De esa forma los contratantes evitarían remitirse a estándares que permitan llenar todas las rendijas posibles en las que no hubiera texto previsto.

El problema es que aún en la hipótesis en que las partes inviertan ingentes recursos en prever la mayor cantidad posible de situaciones y en diseñar la regla contractual aplicable para cada una de ellas, lo que ocurriría es que ante la hipotética inexistencia de un patrón de buena fe que invocar, estarían imposibilitadas de dar coherencia al conjunto de soluciones previstas por ellas. Así, en caso de discrepancia o contradicción entre las reglas que diseñaron, carecerían del instrumento adecuado para interpretarlas con coherencia, teniendo en cuenta los fines que ambas partes pretendieron alcanzar.

Cabe preguntarse en este punto si la exigencia de un comportamiento de buena fe califica como un principio o como una regla, teniendo en consideración que:

(i) mientras los principios recogen pautas o criterios, las reglas deslindan con mayor claridad los supuestos en que deben ser aplicadas; (ii) los principios no solamente cumplen un rol subsidiario a falta de reglas, sino un rol informador que permite interpretarlas coherentemente; y, (iii) frente a un caso concreto, la deliberación concerniente a la pertinencia de los principios debe terminar en la aplicación de una regla que solucione el caso concreto.

2.7 La buena fe como antídoto para las conductas oportunistas.-

Los operadores jurídicos estamos acostumbrados, desde que tenemos “conciencia jurídica”, a lidiar con la noción de “buena fe”. ¿Nos hemos preguntado qué es? Este concepto es de uso común incluso para quienes no tienen formación jurídica, quizás porque es una idea que asumimos automáticamente como parte de la interacción humana.

“Ante un concepto jurídico con un potencial creativo tan vasto, la primera pregunta que surge es, ¿qué se entiende por buena fe?, lo que nos conduce a un lugar común en el tratamiento de este principio: su intrínseca indefinición. Buena parte de los esfuerzos de la doctrina al tratarla se han destinado a esbozar una definición del concepto o, al menos, sus características fundamentales. Los distintos intentos de definición están marcados por el recurso a otras nociones igualmente generales y abstractas, tales como: la equidad, lealtad, confianza, honradez, veracidad, rectitud, corrección, racionalidad, entre otros, lo que dificulta una delimitación conceptual clara” (Eyzaguirre 2013: 140).

Formalmente el concepto de buena fe se nos presentó en nuestros primeros años de estudios de Derecho, como una idea con una alta carga de abstracción, aplicable a un sinnúmero de situaciones: en caso de fraude, debemos proteger a los subadquirentes de buena fe, dicen las normas que regulan la acción pauliana (artículo 197 del Código Civil); en caso de sucesivas ventas de un mismo bien, el orden de prelación incorpora la noción de buena fe (artículos 1135 y 1136 del Código Civil); para adquirir por usucapión, es mejor haber poseído el bien de buena fe, para poder invocar un plazo más corto (artículos 950 y 951 del Código Civil); la protección registral por excelencia supone haber adquirido de buena fe (artículo 2014 del Código Civil). Y así, podríamos seguir con más ejemplos.

¿Qué tienen en común las normas citadas? Que el ordenamiento jurídico confiere protección a los sujetos de derecho que actúan *creyendo*. *Creuyendo* que adquirieron una titularidad libre de contingencias; *creuyendo* que quien les transfiere un derecho es el verdadero titular de él; *creuyendo* que su actuación no causa daño a terceros. Y no podría ser de otra manera, pues *tener fe* es en buena cuenta *creer*.

El Diccionario de la Real Academia Española – RAE define así “fe”:

- “1. f. Conjunto de creencias de una religión.
2. f. Conjunto de creencias de alguien, de un grupo o de una multitud de personas.

3. f. Confianza, buen concepto que se tiene de alguien o de algo. Tener fe en el médico.
4. f. Creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública.
5. f. Palabra que se da o promesa que se hace a alguien con cierta solemnidad o publicidad.
6. f. Seguridad, aseveración de que algo es cierto. El escribano da fe.
7. f. Documento que certifica la verdad de algo. Fe de soltería, de bautismo.
8. f. fidelidad (ll lealtad). Guardar la fe conyugal.
9. f. Rel. En el cristianismo, virtud teológica que consiste en el asentimiento a la revelación de Dios, propuesta por la Iglesia” (subrayado agregado).

Nótese la reiterada referencia a la palabra “creencia”, así como a “verdad”, “promesa”, “seguridad”, “lealtad” e incluso “confianza”. Si bien *creer* supone tener *fe*, ello no es suficiente para tener *buena fe*. Esa *fe* debe ser *buena*.

Actúa de buena fe quien *cree* que actúa bien, quien *cree* que no despoja a nadie de ningún derecho, quien *cree* que aquel que le transmite una titularidad a su vez está legitimado para transferirla. Dichas creencias están reñidas con conductas oportunistas o parasitarias; están reñidas con conductas que permiten adquirir derechos a expensas de otros.

“En caso de dejar impune el oportunismo, los individuos aumentarán sus precauciones al momento de contratar, lo que disminuiría el volumen del tráfico jurídico. En este contexto, la existencia de un parámetro normativo flexible, capaz de enfrentar la variedad de formas que puede asumir el oportunismo en la realidad, comercial, aparece como una norma fundamental de la regulación contractual” (Eyzaguirre 2013: 176).

La buena fe es el ingrediente sobre el cual se basa la interacción y cooperación entre los individuos, y al mismo tiempo es el resultado de ellas. Imaginemos un mundo previo a la existencia del Derecho, como si acaso eso fuese posible. Imaginemos que en este mundo las personas estamos despojadas de conciencia jurídica (lo que en realidad es irrealizable si creemos que el valor justicia es inherente a la naturaleza humana). Un mundo así no valoraría la buena fe, de modo que si en él este valor fuese inculcado repentinamente como parte de la interacción, habría de inmediato conciencia jurídica, que es precisamente lo que no existiría en él, según la premisa presentada.

La buena fe solamente puede predicarse en las relaciones recíprocas entre los individuos; en la actitud de uno en relación con el otro. Significa que este otro, “según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras perjudiciales” (González Pérez 2009: 108).

En un mundo sin buena fe, las personas no confiarían entre sí. Ello sería comprensible, pues ninguna persona podría esperar ni predecir ningún comportamiento de su interlocutor. Como evidente consecuencia, prevalecería la incertidumbre en lugar de la predictibilidad. De inmediato, a su vez, tendría

que descartarse la posibilidad de que las personas apuesten por proyectos de largo plazo, para los cuales es indispensable no solamente estar en posibilidad de predecir conductas, sino asegurarse de que la titularidad de bienes y de derechos es clara y cierta.

Solo con proyectos personales y patrimoniales protegibles es posible alcanzar el desarrollo de la economía y el bienestar social. Y es que un verdadero Derecho de propiedad y de contratos no confiere real protección si la titularidad de los bienes y de los derechos no tiene parámetros claros, predecibles y por tanto protegibles.

En el mundo imaginario que proponía, en aquel en que no había conciencia jurídica, tampoco podría haber una real institucionalidad, propia de un estado de Derecho, dado que los derechos no podrían asignarse con firmeza. Si asociamos entonces a la buena fe con las nociones de “creencia”, “verdad”, “promesa”, “seguridad”, “lealtad” y “confianza”, a las que aludíamos líneas arriba, es fácilmente deducible que la institucionalidad que protege derechos con firmeza, es imposible de alcanzar sin buena fe.

Sin buena fe no puede haber adecuados niveles de interacción que permitan la generación de bienestar, lo que en buena cuenta es el propósito del Derecho de contratos. Y a la inversa, los compromisos resultantes de dicha interacción no podrían dar lugar a comportamientos de buena fe.

Sería interesante emprender una investigación que permita desentrañar la verdadera razón por la cual las personas cooperamos, confiamos los unos en los otros y exigimos que esa confianza no sea vulnerada. No sorprendería que la protección de la confianza, propia de la interacción humana, tuviera un origen evolutivo, identificado luego de una rigurosa observación antropológica. Esta línea de exploración está claramente fuera del alcance de la presente investigación.

A pesar de dicha limitación, sí puede sostenerse que una visión de buena fe relacionada con la protección de la confianza es compatible con los orígenes de esta noción en el campo jurídico, que fue construyéndose durante las diversas etapas del Derecho Romano, como se verá a continuación.

2.8 Evolución del concepto de buena fe.-

La idea de buena fe es tan antigua que la primera vez que sirvió de fundamento contractual se remonta al siglo III a. de C., a propósito de negocios jurídicos no regulados, como los de compraventa y arrendamiento, entre otros. “Posteriormente la validez y la accionabilidad de estos negocios no se consideran ya necesitados de fundamentación. Con ello quedaba libre la bona fides para otra función; la de establecer ahora (desde poco antes del nacimiento de Cristo), la escala para las obligaciones singulares provenientes de estas relaciones jurídicas” (Medicus 1995: 74).

Ello es importante porque la buena fe, si bien fue reduciendo su campo de acción para dar lugar a otros remedios que hacían exigibles los pactos contractuales de

manera más directa, no ha perdido relevancia a través de los años –de los siglos– para lograr un entendimiento más cabal de las obligaciones adquiridas por las partes.

Para conseguir un mejor entendimiento del rol que ha cumplido la noción de buena fe a través del tiempo, a continuación, siguiendo a Facco, mencionamos los períodos a través de los cuales ha transitado la evolución de la buena fe, en todos los cuales ha cumplido un rol central para comprender el alcance y sentido de las previsiones contractuales.

El período arcaico da cuenta del primer testimonio de la incorporación de la buena fe al ordenamiento jurídico. Se trataba de una antigua norma de las Leyes de las Doce Tablas (451-450 a.C.), según la cual la *fides* era el fundamento de la relación de clientela.

“Esta norma se encontraba recogida en la Tabla 8, ley 21 y –en la versión que nos llega a través de lo narrado por Servio– en tono lacónico disponía: “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”: si el patrono comete fraude [quebranta la fidelidad, desampara] a su cliente, sea maldito o execrable [expuesto a la cólera de los dioses]. Así, el incumplimiento de lo prometido por el patrono lo emplaza en la condición jurídica de sacrílego [*sacer*], que implica la pérdida de toda protección jurídica y la posibilidad de que cualquier miembro de la comunidad pueda eliminarlo de modo impune” (Facco 2017: 40-41)⁷¹.

La clientela era una relación social arcaica, con orígenes prerromanos.

“Se trataba de una relación recíproca fundada en un convenio privado entre dos sujetos (patrono y cliente). El primero protegía al segundo; le aseguraba la defensa jurídica al cliente y tenía derecho a sucederlo *mortis causa*, a la tutela de sus hijos y a una jurisdicción absoluta sobre su persona. El cliente cultivaba las tierras dadas como precario, defenderlo si caía prisionero, participar con el patrono en el culto, etc. La vinculación de patronazgo creaba deberes de lealtad entre ambos” (Facco 2017: 40).

La relación tenía un carácter sacro, pues el patrono juraba solemnemente a los dioses y de ello derivaba la *fides*.

En el período clásico se pasa de la noción de *fides* a la de *bona fides*. La mutación de la noción original se produjo en un momento histórico que coincide con la expansión de Roma (siglo III a.C.). “Se produjo una modificación estructural de las relaciones socioeconómicas a causa de la expansión de Roma por la cuenca del Mediterráneo y del incremento del tráfico mercantil” (Facco 2017: 52). El sistema económico trascendió la comunidad y se desarrolló el comercio internacional, para lo cual era necesario menos formalismo como requisito previo para llevar a cabo las relaciones comerciales.

⁷¹ Nótese que en la Tabla 8, 21 no se menciona *fides*, sino *fraus* (fraude).

Esta expansión de las relaciones comerciales generó que los moldes contractuales tradicionales tuvieran que adaptarse para dar forma a acuerdos despersonalizados por razones geográficas. Así, tanto la práctica comercial como las decisiones del pretor romano se basaban en un patrón abstracto de conducta no solo aplicable a la experiencia romana, sino además a los extranjeros que solicitaban tutela en la órbita del pretor. La noción de *bona fides* terminó popularizándose, dado que el concepto fue puesto a disposición de cualquier individuo que estableciera un vínculo comercial con otro (Facco 2017: 53).

“Bajo el impulso de la ‘*fides*’ se viene formando y desarrollando un complejo nuevo de negocios en los que la fuerza obligatoria deja de estar ligada a los ritos, a la formalidad de las palabras, a la religión, para centrarse en elementos como la lealtad, la corrección, la confianza, los que se encuentran involucrados en la noción de ‘*fides*’ (Neme 2010: 110-111). Ello es un ejemplo de que, como ya hemos plantado al esbozar nuestra concepción del Derecho, la mutación de la estructura social y económica hace que el ordenamiento jurídico se adapte a las nuevas circunstancias. El Derecho es pues dúctil y funcionalista, o como decía Atienza, es una actividad.

En el período posclásico-justiniano, se afianza la noción de *bona fides contractus*. Aparece una suerte de cláusula general de derecho material que domina todo el sistema contractual. A partir de Justiniano, la buena fe pasa de ser una herramienta de solución de conflictos por parte del pretor para “elevarse” a la condición de regla de derecho material prescriptiva de la conducta de los particulares (Facco 2017: 65). Para llevar a cabo la compilación justiniana, la doctrina cristiana tuvo importante incidencia. Surge así la noción de la *aequitas*, identificada con la ausencia de pecado y con el valor sagrado de respeto por la pañabra dada (Facco 2017: 99).

Ya en esta época la ‘*fides bona*’ contiene una idea que trasciende a una definición estática; por el contrario, es concebida como un instrumento dúctil, que se reconstruye permanentemente, “como lo demuestra el hecho de que ni siquiera las propias reglas que de ella emanan puedan ser consideradas como inmutables, pues su aplicación deberá evaluarse a la luz de las particulares circunstancias del caso y de la naturaleza del negocio” (Neme 2010: 155).

Esta expansión del concepto de buena fe, coincidente con la expansión geográfica de los acuerdos contractuales, no tuvo eco en la Alta Edad Media (siglos VI a XI), en la que no hubo grandes construcciones jurídicas. El Derecho estaba caracterizado por ser un sistema foral, en el que había tantos fueros como poblados. La evidente consecuencia de ello fue el “particularismo jurídico”, o “localismo jurídico”, de modo que ante situaciones de hecho semejantes, las soluciones jurídicas podían variar entre sí.

Más bien, en la Baja Edad Media (siglos XII a XV), hubo vocación por difundir el Derecho justiniano y por superar las particularidades forales. Un rol importante para este propósito lo cumplieron las Universidades. También jugó un papel importante Alfonso X, que con las llamadas Siete Partidas, dotó de unidad jurídica al reino.

Con la influencia canónica, se modificaron las Siete Partidas, para que el contrato sea protegible incluso sin formalidades (Facco 2017: 79). Ello es consistente con el hecho que las Siete Partidas hagan referencia a la llamada buena fe-creencia (Facco 2017: 89).

La noción de buena fe contractual, entendiendo esta como un principio general de lealtad aplicable a todos los contratos, fue sancionada en los reinos de Castilla y León, con una ley emitida por el rey Enrique IV en 1458 (Facco 2017: 93).

En los siglos XV a XVI, la Escolástica tardía, influida por la filosofía tomista, de matriz aristotélica, planteó la escisión entre la fe y la razón (Facco 2017: 113).

Si seguimos avanzando a través de los siglos, notaremos la influencia protestante en los siglos XVII y XVIII, en los que se asumió una concepción laica del derecho natural, inspirada en Grocio y en Pufendorf (Facco 2017: 120).

A pesar del nuevo particularismo jurídico asociado con la aparición de la noción de soberanía y el monopolio de producción normativa propio de los Estados nacionales, a la buena fe reenvían (de forma expresa o implícita) casi todos los modernos ordenamientos legales de tradición romanista.

A principios del siglo XX en Alemania, la noción de buena fe se desarrolló de la siguiente manera:

“El *Bürgerliches Gesetzbuch* (en adelante: *BGB*) ha consagrado a la buena fe objetiva bajo la forma de una cláusula general, posibilitando de esta manera el desarrollo por la vía doctrinaria y jurisprudencial de todas sus potencialidades operativas, y facilitando también la apertura del sistema. En Francia, en cambio, el *Code*, al situar a la buena fe de forma puntual y restringida como principio atinente al cumplimiento de los contratos, no produjo el mismo efecto. [...]. Por su parte, en Italia, el código de 1942 tiene dedicadas cuantiosas disposiciones a la buena fe; a pesar de lo cual la doctrina civilista italiana en los primeros tiempos, al igual que la exégesis francesa en su hora, se mostró escéptica con relación al amplio espectro de acción que supone este principio” (Facco 2017: 168).

En relación a los tres Códigos Civiles mencionados en el párrafo precedente, puede señalarse que en virtud al artículo 242 del Código Civil alemán⁷², la noción de buena fe alcanzó mayor significación después de la Primera Guerra Mundial, considerando las radicales devaluaciones monetarias y las dificultades para cumplir obligaciones de largo plazo, como consecuencia de las circunstancias bélicas.

En cuanto al Código Civil francés, modificado en el 2016, es relevante mencionar que según su artículo 1104: “Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe. Esta disposición es de orden público”.

⁷² “Artículo 242.- El deudor está obligado a ejecutar la prestación conforme lo requiere la buena fe, y en atención a los usos del tráfico jurídico”.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 se distancia del modelo alemán en dos aspectos: subjetivamente, pues la buena fe se exige no solamente al deudor sino también al acreedor; objetivamente, pues la buena fe gobierna todas las etapas del ciclo contractual, incluyendo las tratativas. Su aplicación por las cortes ha sido prolífica, pero afirmando la subsidiariedad de la buena fe como medio hermenéutico, de modo que “sólo sería operativo en caso de ambigüedad del texto contractual. En estos casos el juez debe reconstruir el contenido objetivo del acto que ha de ser bien diferenciado de las convicciones que eventualmente pudo haberse formado una persona individual” (Facco 2017: 221).

2.9 La noción de buena fe en el Derecho peruano.-

Veamos cómo fue incorporado el principio de la buena fe en la regulación peruana. El Código Civil de 1852 guardó silencio en relación con la buena fe para la ejecución de los contratos, aunque sí mencionó la equidad en su artículo 1257°: “Los contratos son obligatorios, no sólo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza”.

Fue con el artículo 1328° del Código Civil de 1936 que la noción de buena fe se incorporó de manera expresa: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Contenido similar tiene el 1362 del Código Civil, el cual señala lo siguiente: “Artículo 1362.- Buena Fe. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

No es tarea sencilla desentrañar tal significado de cara a una situación contractual concreta, que parte de la premisa en virtud de la cual las partes se encuentran frente a una situación con vocación adversarial, de modo que para conseguir el mejor resultado posible para una de las partes el interés de la otra puede verse perjudicado. Sin embargo, el hecho que pueda existir una dosis de conflicto de intereses no enerva el hecho que, visto en su conjunto, el negocio es beneficioso para ambas partes, y que una actitud sensata consiste en ejecutar las prestaciones con el propósito de que cada contratante busque su propio beneficio, pero respetando leal y honestamente los intereses del otro.

La mejor manera de aproximarse a este asunto es reconociendo que el Código Civil peruano recoge varias nociones de buena fe. De un lado, la buena fe subjetiva, o buena fe creencia, de modo que actúa de buena fe quien *cree* que actúa bien, quien *cree* que no despoja a nadie de ningún derecho, quien *cree* que aquel que le transmite una titularidad a su vez está legitimado para transferirla. Ejemplos hay varios, como el de quien adquiere propiedad en virtud de la prescripción “corta” por haber poseído de buena fe, o como el caso del tercero que por haber actuado de buena fe no puede ser afectado por una actuación fraudulenta.

La “buena fe subjetiva” o “buena fe-creencia” “designa un estado de ánimo de quien está persuadido de ejercer de manera legítima un derecho propio y, al

mismo tiempo, la convicción de no lesionar un derecho ajeno. El espectro de acción más fecundo de esa noción es el de los derechos reales (en materia de posesión), aunque también tiene aplicación en otros sectores” (Facco, p. 33).

De otro lado, la buena fe objetiva, más que como una creencia, opera como un *standard* de conducta; es decir, un patrón de referencia que consiste en un parámetro flexible, cuya determinación concreta queda a discreción de las partes, y a falta de acuerdo, del juez.

La buena fe objetiva se manifiesta de tres formas: buena fe interpretativa, buena fe de ejecución y buena fe integradora.

La buena fe como criterio de interpretación se encuentra recogido en el artículo 168 del Código Civil, según el cual, el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

La buena fe como estandar para llevar a cabo la ejecución contractual está recogido en el artículo 1362 del Código Civil, según el cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe.

La tercera manifestación de la buena fe objetiva, la buena fe integradora, se encuentra regulada por diversos Códigos latinoamericanos, bajo la inspiración del artículo 1374 del Código Civil italiano, según el cual, el contrato obliga a las partes no solo a lo que se indica expresamente, sino también a todas las consecuencias que se derivan de acuerdo a la ley, o falta de esta, según los usos y la equidad⁷³.

Así por ejemplo, el artículo 1546 del Código Civil chileno señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

“En aquellos códigos en los que no se consagra un efecto específico a su respecto y sólo establecen un deber general de comportamiento, el contenido de la norma es totalmente indefinido. Por otra parte, en aquellos códigos que, como el nuestro establecen una función integradora, este concepto sólo se define por su efecto, que es obligar a las partes a más de lo expresado, pero no se establece qué consecuencia jurídica específica aparece” (Eyzaguirre 2013: 142-143).

Algunos códigos fueron más lacónicos, como el Código Civil peruano, que regula de forma amplia la buena fe, “sin limitarla expresamente a una función integradora” (Eyzaguirre 2013: 142).

Nótese que la posición de dicho autor es que incluso cuando la norma no menciona expresamente el lado integrador de la buena fe, está permitido que el

⁷³ “Art. 1374 Integrazione del contratto

Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”.

juez dilucide qué regla contractual debe aplicarse cuando las propias partes no la previeron.

De hecho, admitir el rol integrador de la buena fe impide el oportunismo contractual, lo que a su vez favorece el tráfico jurídico. “De este modo, el principio cubriría de forma eficiente los vacíos de la regulación contractual, permitiendo relaciones comerciales de largo plazo y evitando el vano esfuerzo de cubrir todas las situaciones posibles mediante voluminosos contratos” (Eyzaguirre 2013: 176).

Debe admitirse que el ejercicio de la función integradora por parte del juez genera resistencias porque es una facultad que se podría prestar a abusos. Sobre este asunto, Peter Schlechtriem advierte que “el ‘bosque encantado’ de las cláusulas generales, en otras palabras, no es sólo el hogar del hada bondadosa que trae justicia, sino también de las peligrosas bestias del prejuicio y el celo ideológico, que destrozan el equilibrado tejido de la ley y afirman reemplazarlo con un nuevo y mejor orden” (citado en Eyzaguirre 2013: 178).

En efecto, admitir una amplia intervención judicial para deslindar el contenido del contrato podría afectar la seguridad jurídica.

“Un problema significativo que surge de la aplicación de la facultad integradora es que la distinción entre integrar y modificar el contenido del contrato no siempre es clara, pues toda integración del contrato supone hasta cierto punto su modificación, y eventualmente, el juez podría estar inclinado a reconocer con mayor facilidad lagunas en la regulación del contrato a fin de intervenir en su contenido” (Eyzaguirre 2013: 185).

El autor citado propone que el criterio para evitar excesos es determinar cuál es el grado de sofisticación de las partes, de modo que cuanto mayor sea la posibilidad de ambas partes de negociar el contrato en posición de equivalencia, menores deben ser las oportunidades del juez de ejercer su facultad integradora en el marco de la buena fe. Ocurre lo contrario, según Eyzaguirre, si una de las partes es más “débil” que la otra y por tanto su posibilidad de negociación es reducida, en cuyo caso el margen de actuación judicial debería ser mayor para compensar la debilidad de uno de los contratantes (Eyzaguirre 2013: 186).

Discrepo con la conclusión según la cual la buena fe “integrativa” puede ejercerse con mayor amplitud cuando el poder de negociación entre las partes es reducido por la debilidad de una de ellas. Sin embargo, estoy de acuerdo con él en que los jueces pueden establecer consecuencias no previstas expresamente por las partes ni por reglas supletorias, pero que son necesarias para solucionar la controversia de una manera que consideran equitativa.

No es tarea sencilla definir cuál es la dosis exacta de actividad judicial para distinguir la integración del contrato de la mera interpretación, y para no convertir la tarea integradora en una modificación del contrato. Pongamos un ejemplo.

Dos accionistas de una sociedad, A y B, celebran un convenio que permite a A recuperar su inversión en el capital de la compañía si el negocio no alcanza los

objetivos esperados. Ante el fracaso de la empresa, A pretende que B le devuelva el valor de sus acciones. Nada dice el convenio de accionistas sobre la entrega (“devolución”) de las acciones materia de controversia. El juez decide que A tiene derecho al monto reclamado, pero como contrapartida ordena que entregue la propiedad de sus acciones a B. ¿El juez ha tomado esta decisión interpretando el contrato? ¿lo ha integrado? ¿lo ha modificado?

Como puede apreciarse, determinar los contornos de la actividad judicial no es simple, y por supuesto, dependerá de las circunstancias de cada caso. Estimo que una decisión como la mencionada sí estaría amparada en el ordenamiento jurídico peruano, sea porque califica como una interpretación de la voluntad de las partes en el marco de todas las cláusulas revisadas de forma sistemática, o sea porque se trata en efecto de una actividad integradora admitida implícitamente por la regulación civil⁷⁴.

En el fondo, la función interpretativa de la buena fe es tan amplia que admite “integrar” la voluntad de las partes ante la existencia de una situación no prevista explícitamente por ellas, como ocurría con una laguna del derecho cuando se trata de la aplicación de la ley. Sin embargo, aun cuando en lugar de una interpretación “acentuada” se tratase de dos categorías distintas, estimo que la facultad integradora, ejercida de manera razonable, está comprendida en el

⁷⁴ En relación con este asunto, luego de apuntar la confusión generada por los artículos 168 y 1362 del Código Civil (“principio y reglas”) Leysser León señala que: “En la primera de dichas normas se impone un criterio para la interpretación del negocio jurídico; en la segunda, se establece una regla de comportamiento que tiene que ser observada en la negociación, celebración, y ejecución de los contratos, al mismo tiempo que se eleva la buena fe a la condición de fuente de integración del reglamento contractual” (2004: 143).

Añade León que en la mayoría de las situaciones en las que el Código Civil menciona la buena fe, la identifica con la creencia que una persona tiene en la legitimidad de su conducta o en el desconocimiento de que su comportamiento genere perjuicios en terceros (que en lenguaje de juristas italianos sería de buena fe subjetiva) (2004: 144). Por ejemplo, el artículo 194 señala que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente; el artículo 284 señala que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio; el 1135 indica que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

“En cambio, el artículo 1362 del Código Civil peruano se refiere a comportamientos, como lo son la “negociación”, la “celebración” y la “ejecución” de los contratos” (León 2004: 144).

León explica que no se emplea la expresión “reglas” de la buena fe porque en este caso la buena fe no se presenta como un criterio dotado de unicidad. “No se puede hablar, en plural, de “criterios” hermenéuticos de la buena fe, pero sí de “reglas” de la buena fe, en las fases de la contratación. En la interpretación de los negocios jurídicos, la buena fe es una sola; en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, la buena fe cobra varios rostros. En este último ámbito, la buena fe se manifiesta, y hace pensar, en un haz de conductas.

Es como si la buena fe impusiera a los tratantes, en la negociación del contrato, al oferente y al destinatario de la oferta, en la formación del contrato, y a las partes, en la ejecución del contrato, la observancia de distintas conductas. En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud, etc. En el lenguaje de los juristas italianos, este último conjunto de fenómenos —que son, apréciense bien, comportamientos concretos, y vinculados, exclusivamente, con el derecho de obligaciones y contratos— es englobado en el concepto de buena fe en sentido ‘objetivo’” (León 2004: 145).

artículo 1362 del Código Civil, a pesar de que este no la mencione de forma expresa⁷⁵.

2.10 La buena fe en el *common law*.

A pesar de las marchas y contramarchas, e incluso resistencia, numerosos tribunales pertenecientes al *common law* le han atribuido a la buena fe un rol importante para la ejecución de los contratos, de modo que podemos señalar que existe una “equivalencia funcional” entre el Derecho Continental y el *common law*, en lo que a la buena fe se refiere.

“La compleja dialéctica entre *civil law* y *common law* se manifiesta además en el forcejeo que mantienen la posición anglosajona más tradicional (según la cual el *good faith* ha de ser entendido sólo en sentido subjetivo como la situación psicológica de quien no tiene conocimiento de determinadas circunstancias, situaciones o hechos, que pueden ser relevantes en la formación o ejecución de un negocio) y los juristas continentales que conciben esta noción con una amplitud mayor, atribuyéndole además una significación objetiva (como regla de un comportamiento negocial signado por la lealtad)” (Facco 2017: 374-375).

Como explica Ejan Mackaay, los países del *common law* en principio se resisten a aplicar la buena fe; especialmente Inglaterra, que considera que en todos los casos en que podría invocarse, hay doctrinas más apropiadas para el caso concreto (Mackaay 2011: 9). Añade Mackaay que en Estados Unidos, a partir de la década de 1960, hay mayor apertura a incorporar el concepto de buena fe.

En el caso de los Estados Unidos, la noción de buena fe fue introducida por las Cortes en 1890, en el caso *Armstrong v Agricultural Ins. Coinsurers* (Henriques 2015: 521). Posteriormente, en 1933 empezó un desarrollo mayor de la noción de buena fe en los contratos, cuando en el caso *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York señaló que en todos los contratos existe el deber implícito de que ninguna de las partes haga algo que pudiera dañar el derecho de la otra parte de obtener los beneficios previstos por el contrato, lo que supone la existencia del deber de buena fe (Burton 1980: 379-380).

Las cortes estadounidenses continuaron incluyendo la noción de buena fe en sus decisiones, que ya estaba consolidada cuando en 1981 el *American Law Institute* redactó el documento *Restatement (Second) of Contracts*, que recoge los principios aplicables al Derecho de los Contratos en los Estados Unidos (Henriques 2015: 521). La sección 205 establece que los contratos imponen a

⁷⁵ Considero que esta conclusión no es incompatible con el artículo 1359 del Código Civil, según el cual no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. Esta regla no está diseñada para impedir la integración contractual, sino que su propósito es asegurarse de que las partes hayan llegado a acuerdos sobre los temas materia de negociación, para concluir que el contrato ha sido celebrado válidamente.

las partes el deber de actuar de buena fe y brindar un trato justo (*fair dealing*) durante su ejecución⁷⁶.

Una regla similar está contenida en el Código de Comercio Uniforme, adoptado por la mayoría de los estados. Su sección I-203 señala que todo contrato o deber regido por esta ley impone la obligación de buena fe en su cumplimiento y ejecución⁷⁷.

Ello fue resultado de adoptar la noción de buena fe propuesta por el Profesor Summers, según la cual, la buena fe es un “*excluder*”; es decir, una frase que carece de un significado general propio, y que sirve más bien para excluir una gran variedad de conductas contrarias a la buena fe (Summers 1968: 201)⁷⁸.

Esta idea se encuentra bien complementada por el mismo autor cuando señala que en realidad la noción de buena fe contractual sirve como válvula de seguridad que puede ser operada por el juez para llenar vacíos, o para calificar o limitar los deberes emanados del contrato. Así, los jueces están en mejor posición para decidir cuándo abrir la válvula (Summers 1968: 215-216)⁷⁹.

La aproximación de Summers al concepto de buena fe como un “*excluder*” fue criticada por el Profesor Burton, quien sostiene por el contrario que se necesita un entendimiento positivo de buena fe. Burton, como Mackaay, concibe a la buena fe como una noción opuesta a la de oportunismo. Sostiene que la buena fe es un instrumento para asegurarse de que las partes no intentarán recuperar las oportunidades que perdieron al suscribir el contrato.

Por su parte, el Profesor Allan Farnsworth sostiene que las cortes norteamericanas no han optado por una u otra tesis, sino que las ha aplicado de manera acumulativa (Farnsworth 1993: 2-3).

El Reino Unido, por otra parte, ha sido tradicionalmente reticente a aceptar que la buena fe cumple un rol importante en el Derecho de los contratos (Henriques 2015: 522). Así, para el Derecho inglés no existe en principio un deber implícito de actuar de buena fe al negociar y ejecutar un contrato.

“El concepto de un deber de llevar a cabo las negociaciones de buena fe es inherentemente incompatible con la posición adversarial de las partes involucradas en negociaciones. Cada parte de una negociación tiene derecho a perseguir su propio interés, mientras no incurra en declaraciones

⁷⁶ Traducción libre de: “every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

⁷⁷ Traducción libre de: “every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement”.

⁷⁸ Traducción libre de: “In contract law, taken as a whole, good faith is an “*excluder*”. It is a phrase without a general meaning (or meanings) of its own and serves to exclude a wide range of heterogeneous forms of bad faith. In a particular context the phrase takes on specific meaning, but usually this is only by way of contrast with the specific form of bad faith actually or hypothetically ruled out”.

⁷⁹ Traducción libre de: “In addition, the requirement of good faith often functions as a kind of “safety valve” which may be turned to fill gaps and qualify or limit rights and duties arising under contracts or rules of law. Judges (...) are in the best position to know when to turn this valve”.

falsas (misrepresentations) [...] Un deber de negociar de buena fe es impracticable en los hechos al ser inherentemente inconsistente con la posición de una parte negociadora” (caso “Walford vs. Miles”; 1992, 2 A.C. 128) (Arrighi 2017: 6).

En efecto, en el caso *Walford vs. Miles*, la Cámara de los Lores (ahora conocida como la Corte Suprema del Reino Unido) entendió que una condición implícita de negociar de buena fe era inejecutable (Grupo Latinoamericano de la CCI 2015: 1).

Sin embargo, ello no significa que el Reino Unido carezca de elementos que haga exigible el deber de actuar de manera justa y transparente en la ejecución de los contratos. De hecho, en el caso *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes, Ltd.* (1989 QB 433, 439, CA.) se ha señalado que:

“En muchos sistemas de derecho civil, y quizás la mayoría de los sistemas legales fuera del mundo del common law, el derecho de las obligaciones reconoce y aplica el principio de que las partes deben actuar de buena fe al negociar y ejecutar sus contratos. Eso no significa simplemente que las partes no se deben engañar a sí mismas, un principio que todo sistema legal debe reconocer; su efecto es tal vez más acertadamente transmitido por expresiones coloquiales metafóricas tales como el “jugar justo”, “*coming clean*” o “poner las cartas boca arriba sobre la mesa”. Es, en esencia, un principio de trato justo y transparente [...]. El derecho inglés no se ha comprometido a tal principio fundamental, sino que ha desarrollado soluciones parciales en respuesta a determinados problemas de injusticia” (Grupo Latinoamericano de la CCI 2015: 1).

Ahora bien, el concepto de buena fe ha sido aceptado progresivamente por las cortes, modificando (al menos parcialmente) la posición tradicional del Derecho inglés. Así, a manera de ejemplo, puede comentarse que en el caso *Paragon Finance Plc v Nash* (2001, EWCA Civ 1466; 2002, 1 W.L.R. 685), “la corte de apelaciones entendió que, en el contexto del ejercicio de poderes discrecionales creados mediante un contrato, existía una condición implícita de que dichos poderes no serían ejercidos de manera deshonesta, caprichosa, arbitraria o por motivos impropios” (Grupo Latinoamericano de la CCI 2015: 1).

Es ilustrativa de esta corriente el fallo dictado el 1 de febrero de 2013 por Mr. Justice Legatt en el caso *Yam Seng Pte Limited vs International Trade Corporation Limited*, referido a un contrato de distribución exclusiva de las fragancias “Manchester United”:

“Entendido en la manera que lo he descrito, no hay desde mi punto de vista nada nuevo ni extraño al derecho inglés en reconocer un deber implícito de buena fe en el cumplimiento de los contratos. Ello es acorde con el tema identificado por Lord Steyn en nuestro derecho de los contratos de que las expectativas razonables deben ser protegidas (...) En mérito a estos puntos, **respetuosamente sugiero que la tradicional hostilidad del derecho inglés hacia la doctrina de la buena fe en la ejecución de los**

contratos, en la medida en que hoy persiste, no es correcta [énfasis agregado] (Arrighi 2017: 7).

Ahora bien, a pesar de existir pronunciamientos amigables a la noción de la buena fe en el Derecho inglés, hay numerosas decisiones en las que el significado del caso *Yam Seng Pte Limited vs International Trade Corporation Limited* ha tratado de ser confinado y limitado. Por ejemplo, en *Hamsard 3147 Ltd v Boots UK Ltd*. (2013, EWHC 3251), se sostuvo:

“No considero que la decisión en *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation* tenga autoridad para entender que existe una obligación general de “buena fe” implícita en la intención de las partes de los contratos comerciales. Estoy dispuesto a aceptar que generalmente habrá una condición implícita de no hacer nada para frustrar el objeto del contrato. **Pero no acepto que deba presumirse rutinariamente alguna obligación positiva de una parte contratante a subordinar sus propios intereses comerciales a los de la otra parte contratante**” [énfasis agregado] (Grupo Latinoamericano de la CCI 2015: 5).

La decisión judicial citada deja entrever una confusión. La buena fe no supone que una parte tenga la obligación positiva de subordinar sus propios intereses comerciales a los de la otra. Si esa fuese la definición de buena fe, evidentemente no correspondería exigirla durante la negociación y ejecución de los contratos.

Lo importante es tener en consideración que también el *common law* reconoce durante la ejecución contractual hay una condición implícita de no hacer nada para frustrar el objeto del contrato. Ello, en mi opinión, ya califica como un deber de buena fe⁸⁰. De hecho, teniendo en cuenta el alcance de la buena fe estimo que ella ha inspirado que en el *common law* se haya desarrollado la doctrina del *estoppel* a través de numerosos fallos judiciales, de los que junto con las decisiones inspiradas en la *lex mercatoria* sobre la coherencia en el actuar de los contratantes, damos cuenta más adelante.

Independientemente del rol que cumplen los jueces, en el sistema continental o en el *common law*, la buena fe es una noción de aplicación obligatoria, esté o no consagrada a través de una formulación legal expresa.

“El principio general de la buena fe cierra el sistema legislativo, es decir, ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se manifiestan en las cambiantes circunstancias de la vida social. Este principio general permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones no contenidas en la ley, por lo que es acertado decir, en alguna medida, que condiciona el ejercicio de ciertos derechos reconocidos legislativamente a los particulares” (López Mesa y Rogel Vide 2009: 65).

⁸⁰ De lo contrario, no ocurriría lo que arrojan las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional: que la ley inglesa es la más escogida en los contratos que dan lugar a arbitrajes administrados por dicha institución (2010: 12.9%, 2011: 10.7%, 2012: 16.95%, 2013: 15.64%, 2014: 14.1%) (Arrighi 2017: 7).

Bajo la perspectiva del Derecho de Contratos, tanto en el Derecho Continental como en el *common law*, la buena fe es el ingrediente fundamental para la interacción y cooperación entre los individuos, sin la cual no puede haber generación de bienestar. Cabe preguntarse si la exigencia de buena fe en las interacciones humanas, específicamente en las relaciones contractuales, emana de un principio de derecho. Estimo que sí.

2.11 La buena fe emana de un principio de derecho.

Una vez revisada la evolución de la noción de buena fe tanto en el Derecho Romano-Germánico como en el *common law*, es posible entender su real dimensión. Esta dimensión se corresponde con una potencia conceptual y práctica que hace a la buena fe merecedora de la categoría de principio de derecho.

En aras de brindar consistencia a la posición que propongo, según la cual la buena fe emana de un principio de derecho, es indispensable tener en cuenta las diferencias ya anotadas entre principios y reglas, y sobre todo, para qué sirve esta distinción. Para ello es necesario adherir a una concepción del Derecho, cuyo rol central es brindar coherencia al pensamiento jurídico. Esto es especialmente relevante en aquellos espacios donde la moral juega un rol en la definición de las controversias jurídicas. De un lado, la buena fe es una expresión de la moralidad en el Derecho; y de otro lado, la decisión de admitir o no conexiones entre Derecho y moral, y hasta qué punto, parte por asumir una determinada concepción del Derecho.

Una aproximación a la doctrina de los actos propios sería incompleta sin entender las razones por las cuales la buena fe es una noción medular en el Derecho.

Esta conexión entre buena fe y la contradicción de los propios actos es presentada por Emilio Betti, al señalar que “[l]a buena fe, en fin, es considerada en cuanto que lleva a descubrir un abuso de derecho o conduce a prevenir el ir contra el propio acto, estableciendo una serie de limitaciones, conforme a una exigencia de coherencia en el comportamiento antecedente y en el subsiguiente” (1969: 100).

Que la buena fe sea un principio de derecho es relevante a efectos de concluir más adelante si la doctrina de los actos propios también califica como tal. Ello enmarca la investigación sobre qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho Contractual.

Adhiero a la tesis que sostiene la doctrina, según la cual las expectativas de un comportamiento de buena fe tienen conexión con la moral, y están recogidas en un principio de derecho.

“El principio general de la buena fe, dice Pico i Junoy, es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético o moral en el Ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista

y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico” (González Pérez 2009: 27).

Ello se explica en que la buena fe es la premisa sobre la cual se ha venido desarrollando la interacción y el desarrollo humano, los cuales están reñidos con conductas oportunistas o parasitarias, que permiten adquirir derechos a expensas de otros. Su condición de principio está reconocida por diversos autores (Stiglitz 1984: 1; Compagnucci de Caso 1985: 1; La Ley 1986: XXIII).

Sin que para gozar de la condición de principio de derecho sea necesario que sea recogido en una norma positiva, puede señalarse, siguiendo a Espinoza, que existen tres vías de concreción del principio de la buena fe: (i) como criterio hermenéutico (artículos 168 y 1362 del Código Civil); (ii) como criterio de conducta conforme al cual deben cumplirse las obligaciones (artículo 1362 del Código Civil); y, (iii) como criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos (Espinoza 2011: 179).

Así, mientras el artículo 168 del Código Civil señala que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe, el artículo 1362 señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Nótese que la primera de las normas citadas alude al “principio” de la buena fe, mientras que la segunda, a las “reglas” de la buena fe, pero ello no enerva su clara condición de principio, dado que la buena fe subyace a la esencia del Derecho de contratos, caracterizado por la protección de la confianza a partir de una clara atribución de responsabilidades.

Por las razones anteriores, su fuerza normativa, derivada de su condición de principio, no requiere de una formulación legal expresa para ser exigible. A la inversa, tampoco pierde esa condición por el hecho de haber sido recogido en norma expresa.

“El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa duda su pleno reconocimiento. Y buen número de principios se encuentran en los cuerpos legales, principalmente en los constitucionales” (González Pérez 2009: 31).

De hecho, es interesante que la Constitución colombiana haya recogido el principio de la buena fe en su artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”. No necesitaba hacerlo para hacer exigible “los postulados de la buena fe”, pero

haberlos mencionado en la norma fundante es revelador de la importancia que se le confiere para la interacción entre los particulares y de estos con el Estado.

Quedó planteada la pregunta sobre si la exigencia de un comportamiento de buena fe califica como un principio o como una regla, teniendo en consideración que: (i) mientras los principios recogen pautas o criterios, las reglas deslindan con mayor claridad los supuestos en que deben ser aplicadas; (ii) los principios no solamente cumplen un rol subsidiario a falta de reglas, sino un rol informador que permite interpretarlas coherentemente; y, (iii) frente a un caso concreto, la deliberación concerniente a la pertinencia de los principios debe terminar en la aplicación de una regla que solucione el caso concreto.

La respuesta es que la buena fe califica como un principio, teniendo en consideración que: (i) la buena fe es el reflejo de lo que se espera para una convivencia sana y razonable, en la que los comportamientos sean predecibles debido al respeto de la confianza generada, pero a diferencia de las reglas, es menos claro identificar los supuestos de hecho para que ella se presente y se genere una consecuencia jurídica; (ii) la buena fe tiene un rol subsidiario, cuando el ordenamiento jurídico o el acuerdo de las partes no ofrece soluciones claras, y además cumple un rol informador que permite interpretar el pacto con coherencia; y, (iii) como se señala en el párrafo precedente, da lugar a una regla que soluciona el caso concreto.

De allí que, para Federico Berro, “la condición de la buena fe como principio general del derecho es inimpugnable. Si la deslealtad y la mala fe pudieran existir sin posibilidad teórica de sanción, quedaría destruida la base de justificación de un sistema normativo” (1989: 54).

No exagera Berro cuando sostiene que si la deslealtad y mala fe pudieran existir sin posibilidad de sancionarse, el sistema normativo perdería su justificación. Tal afirmación es profunda, pues da cuenta de una concepción en virtud de la cual el Derecho es el resultado de –se justifica en- la interacción entre los individuos. Si esa interacción está basada en la deslealtad, el ordenamiento jurídico pierde su justificación, pues se perdería el instrumento necesario para lograr una convivencia pacífica.

Una cosa es la buena fe y otra es comportarse de buena fe, señala Díez-Picazo. La buena fe objetivamente considerada, dice, es una conducta, un estándar jurídico, un modelo de conducta social, una conducta considerada socialmente como arquetipo. En cambio, la norma que impone el deber de comportarse de buena fe es un principio general del Derecho, porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y de existir de la comunidad (2014: 199-200).

“Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. [...]. Otra cosa distinta es el principio general de la buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho:

todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones” (Wieacker 1982: 11-12).

El hecho que la buena fe sea un principio de derecho no evita el problema de determinar, en cada situación concreta, si los deberes derivados de él se han cumplido. De hecho, lo más problemático no es determinar si se han cumplido las conductas pretendidas en aplicación del principio de la buena fe, sino determinar cuáles son las conductas que pueden exigirse.

Cuando llega el momento de abordar ese problema en una situación concreta, es tentador responder de manera genérica que:

“[l]os deberes nacidos del actuar de buena fe son múltiples y se sintetizan en: el deber de confianza, de no defraudar la confianza despertada; el de fidelidad o cumplimiento de lo prometido; de información, oportuna y completa; de reserva, discreción o respeto a la confidencialidad; en el resguardo de la intimidad, en el de comunicación oportuna; en la consideración hacia los demás, hacia su dignidad e identidad, etcétera” (Mosset Iturraspe 2011: 169).

Sin embargo, ¿qué significa todo esto? ¿Significa acaso que las partes deben sacrificar sus intereses personales por los de la otra parte? ¿Deben reducir la ganancia esperada por ellas en aras de extender los beneficios de la otra?

Lo preocupante de no encontrar una respuesta adecuada a esa pregunta es que un elevado escepticismo sobre el rol de la buena fe en la ejecución de los contratos puede despojar a una de las partes de la posibilidad de alcanzar una interpretación fundada en ella cuando falta claridad sobre los términos pactados. Y a la inversa, una respuesta que confía excesivamente en la buena fe como concepto esponjoso que puede absorber cualquier interpretación posible, resta de predictibilidad a los arreglos contractuales.

A esta segunda línea parece apuntar el siguiente texto: “El análisis de este principio general motiva necesariamente que penetremos prolijamente en su esencia, específicamente en los deberes de conducta que le sirven de contenido ético, **y aunque secundarios o agregados a los esenciales programados por las partes, dilatan como en un plano superpuesto el haz obligacional**. Nos referimos a las cargas de transmisión, de cooperación, de diligencia, de información y de consideración que recíprocamente las partes esperan la una de la otra. **Se trata de comportamientos añadidos a las prestaciones principales** y que ostentan condición de manifestaciones de conductas correctas de cada parte en función de la exigencia de un proceder equivalente de la otra” [énfasis agregado] (Morello 1985: 58).

Como puede apreciarse, la posición que postula el citado autor puede generar un efecto contraproducente al que se espera con la noción de buena fe, pues al diluir sus límites puede generar un alejamiento de la verdadera voluntad de las partes.

Mientras que para Morello la buena fe permite expandir las obligaciones originalmente previstas por las partes, para De Trazegnies, en cambio, debemos ser cuidadosos y desacralizar la noción de buena fe, para evitar que la buena fe pueda usarse como el “brazo armado” de la ética (2004: 21).

“Como puede apreciarse, la mayor parte de las definiciones de la buena fe no son sino malabarismos lingüísticos, delicadamente envueltos dentro de una bruma de candor y hasta de beatitud, que difícilmente pueden ser utilizados con rigor por el legislador y los tribunales según quería Ripert. La buena fe es un concepto al que parece haberle sucedido un problema similar a la rana de Esopo: tanto quiso ser importante, tanto se infló para alcanzar las dimensiones del buey, que finalmente reventó y lo que encontramos después no son sino hilachas difícilmente utilizables” (De Trazegnies 2004: 25).

El escepticismo de De Trazegnies sobre la idealización de la buena fe no es incompatible con la defensa de su utilidad, si se le entiende en el marco del Derecho Moderno y no de una moral objetiva. Por el contrario, de lo que se trata es de admitir un rol de la moral en el Derecho, a través de la noción de buena fe, pero de una moral no intrusiva, sino que más bien, lejos de imponer conductas no deseadas, permita dotar de libertad individual con sus consiguientes responsabilidades (2004: 26-27).

Tiene razón De Trazegnies –y esto es especialmente relevante de cara a la doctrina de los actos propios- cuando establece una directa conexión entre la noción de buena fe y el principio de no contradicción, pues en los numerosos artículos del Código Civil que aluden a la buena fe se le vincula a esta con el conocimiento de una eventual ilicitud. En otras palabras, esta noción de buena fe se vincula con las posibilidades de conocimiento e información que tienen las partes sobre los hechos ilícitos que podrían esconderse detrás de los pliegues del acto (2004: 34).

“Quizá podríamos decir que la buena fe moderna es una aplicación del principio de no contradicción que está en la base de toda conducta racional, vale decir, general: no hay generalidad –y, consecuentemente, no hay racionalidad- donde hay contradicción. La buena fe en el Derecho actual no es, entonces, sino la exigencia de eliminar las contradicciones que pongan en peligro el correcto funcionamiento del sistema [...]” (De Trazegnies 2004: 38-39).

Una evidente consecuencia de lo anterior es que la buena fe excluye en principio las contradicciones, o dicho de otra forma, exige coherencia en el actuar. Esa coherencia en el actuar es un ingrediente clave para que las relaciones en el mercado funcionen, no en base a la generosidad y benevolencia de las partes, sino sobre la base de su racionalidad, de modo que al mismo tiempo que maximizar su propio interés, estén en condiciones de comprender que si no existe un mínimo de credibilidad y de seguridad en los términos de la transacción, el sistema no funciona y todos pierden” (De Trazegnies 2004: 39).

En la misma línea, para Díez-Picazo, una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente, de modo que si una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, no debe defraudar la confianza generada (Díez-Picazo 2014: 202).

Hay pues una notoria diferencia en concebir a la buena fe como lo hace Morello al señalar que aquélla genera deberes que, aunque secundarios o agregados a los esenciales programados por las partes, dilatan como en un plano superpuesto el haz obligacional, y la manera en que De Trazegnies entiende el principio de buena fe. “A diferencia de lo que podría pensarse, la buena fe no debe dar lugar a una amplia facultad de interpretación del juez sino, por el contrario, sólo a una interpretación restringida, indispensable, estricta, que no pierda de vista tanto el texto que las partes convinieron, como su intención al momento de celebrar el contrato” (De Trazegnies 2004: 44).

En buena cuenta, definir si las partes han actuado de buena fe solamente puede hacerse a través de criterios concretos, no definidos de antemano, sino contruidos en cada situación específica, “al estilo de lo que acostumbra la jurisprudencia anglosajona con las nociones generales a las que les otorga una dimensión verdaderamente funcional sobre la base de *tests* que deben comprobarse para que puedan ser invocadas” (De Trazegnies 2004: 46).

2.12 Exclusión de la buena fe.

Siendo tal la relevancia de la buena fe en el Derecho de contratos, ¿puede admitirse que aquélla sea excluida de su interpretación y ejecución mediante un pacto? Esta pregunta es relevante, pues la respuesta nos conducirá a una siguiente interrogante, que es si, más específicamente, puede excluirse la posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios en una determinada relación contractual.

Teniendo en cuenta que los principios, incluyendo el de la buena fe, son expresión de una noción de Derecho cargada de valores, ¿pueden las partes de un contrato renunciar a su futura invocación?

La tesis que establece que las partes sí pueden pactar la exclusión del principio de la buena fe es defendida aplicando la “teoría de la repugnancia”:

“Como su nombre lo indica, la teoría de la “repugnancia” rechaza la necesidad de exigir buena fe en el contrato. Consideran sus seguidores que exigirla atenta contra el modelo clásico de contrato, conforme al cual, al celebrarse y ejecutarse un contrato, cada parte busca maximizar su propio interés. El contrato tiene, entonces, naturaleza confrontacional y mientras no se cometa fraude o engaño ni se establezcan falsos presupuestos, es legítimo que cada contratante persiga su propio interés de la manera más amplia” (Zusman 2005: 20).

La segunda teoría mencionada por Zusman es la llamada “pragmática”. “La teoría pragmática, por su parte, surge con el objeto de mitigar en algo el rigor de la teoría de la “repugnancia”. Según sus seguidores, los sistemas jurídicos pueden vivir perfectamente sin necesidad de introducir la buena fe como requisito del contrato, siendo suficiente con incorporar un catálogo de reglas de comportamiento que emanen del sentido moral de una comunidad” (Zusman 2005: 22).

Como puede apreciarse, ello elevaría sustancialmente los costos de transacción. A este asunto ya se hizo referencia líneas arriba, en relación con el carácter subsidiario e informador de la buena fe en el Derecho de contratos. Recursos tales como el tiempo, gastos en abogados, entre otros, aumentarían exponencialmente, y probablemente no serían suficientes. Como explica Posner, la celebración de un contrato implica la búsqueda de socios, la negociación de los términos, la redacción del contrato y su cumplimiento (Posner 2013: 92). Cada uno de estos elementos requiere esfuerzo, tiempo y perseverancia, por lo que, de utilizar complementariamente el principio general de la buena fe, no tendría que preverse cláusulas sumamente detalladas o cuidar excesivamente que la redacción dé lugar a interpretaciones poco claras.

En esta línea, los contratantes se benefician cuando el Derecho reemplaza términos contractuales ineficientes por términos de omisión eficientes, como el reenvío a la buena fe. Así,

“[...] si el derecho permitiese la “mala fe” y dicha norma incentivara la inclusión de mayor número de términos explícitos en los contratos, entonces ello podría constituirse como un generador de costos de transacción, que por elementales razones de eficiencia deberíamos tratar de controlar; optar por la regla contraria, la “buena fe”, reduciría entonces eficientemente la cantidad de términos explícitos a considerar por las partes, así como los costos de transacción, o lo que es lo mismo, la buena fe constituye en efecto, un término de omisión eficiente” (Monroy 2010: 67).

A manera de contraposición a la teoría de la repugnancia o a la teoría pragmática, se encuentra la teoría de la incorporación de la buena fe como requisito del contrato. Esta teoría es “[...] según sus seguidores, no solo moral, sino racional, pues permite a los jueces fallar de acuerdo a la moral, [...] las partes sabrán a qué atenerse y se comportarán según esta regla explícita” (Zusman 2005: 22).

El debate alrededor de este asunto es sumamente interesante porque no puede negarse que el contrato es por excelencia una herramienta para satisfacer intereses particulares, que suelen ser opuestos. ¿El deber de actuar de buena fe durante la negociación y ejecución del contrato es un comportamiento altruista? ¿es incompatible con la autonomía privada? ¿dónde se encuentran los límites? ¿deben cooperar las partes entre sí? ¿cuál es el límite del deber de cooperación?

Comparto con la autora antes citada que la buena fe responde a un cierto modelo de comunidad, teniendo en cuenta que existe directa relación entre la buena fe y el desarrollo, si es que partimos de la premisa que la buena fe genera confianza, la confianza genera predictibilidad y esta última fomenta la inversión y consiguiente desarrollo.

En este punto del análisis estimo oportuno hacer un deslinde. La libertad y la confianza razonable son dos nociones que deben conciliarse. Y no es complicado hacerlo. El Derecho de contratos está construido sobre la base de la autonomía privada y el ejercicio de la libertad, lo que en principio conlleva el derecho a contradecirse.

Ejemplos de ello son la revocación de la oferta, el receso o la resolución de un contrato, por ejemplo. Sin embargo, para que ese derecho sea eficaz frente a la contraparte, hay un denominador común: que no se haya trasgredido la confianza que razonablemente se hubiese generado en la contraparte. Así, la oferta puede revocarse antes de que haya sido recibida por el destinatario; un contrato de duración indeterminada puede dejarse sin efecto con un mínimo de treinta días de anticipación; y la resolución de pleno derecho debe producirse por alguna causal establecida por ambas partes con toda precisión.

De hecho, las regulaciones en sentido contrario son excepcionales y requieren la intervención judicial, como por ejemplo, la reducción de la cláusula penal convenida por las partes.

En tal sentido, la libertad para cambiar de opinión tiene como límite no vulnerar la confianza generada por el destinatario de la conducta contractualmente relevante; cualquier regulación contraria en el Código Civil tiene naturaleza excepcional y suele ser teñida con carácter imperativo.

La noción que agrupa todas aquellas situaciones en las que no es tolerable un cambio de opinión que traiciona la confianza, pese a que la esencia del Derecho Contractual es la libertad, es la buena fe, gracias a la cual se asegura que los intereses de las partes sean satisfechos. Y a pesar de que los seguidores de la “teoría de la repugnancia” sostengan lo contrario, la noción de cooperación, en una dosis adecuada, sí es admisible en el Derecho Contractual. Recuérdese que la teoría de la “repugnancia” rechaza la necesidad de exigir buena fe en el contrato, puesto que ello atentaría contra el modelo clásico de contrato, por el que cada parte busca maximizar su propio interés.

Estimo que el interés por alcanzar el provecho individual y el deber de cooperación entre las partes sí son compatibles, dependiendo de lo que se entienda por “cooperar”. De hecho, el deber de cooperación contractual derivado de la buena fe no debería interpretarse como un sacrificio del interés particular perseguido con el contrato, sino más bien como el deber de respetar los legítimos intereses de la otra parte. Ello no solamente se logra cumpliendo las obligaciones asumidas, sino además ejecutando el contrato con coherencia.

Ello se debe a que “si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo

necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros" (Cárdenas 1997: 45).

Antes hemos indicado que la fuerza normativa del principio de buena fe no deriva de su inclusión en el ordenamiento a través de una formulación legal. Sin embargo, la razón para hacerlo es el hecho que se le ha atribuido el rol de ayudar a interpretar, complementar y limitar los contratos.

Volvamos entonces a la pregunta sobre si se puede o no pactar en contra de una actuación de buena fe. Para alcanzar una respuesta es útil reflexionar sobre si las nociones de buena o de mala fe responden a un sistema "binario". En otras palabras, ¿siempre que no hay buena fe, hay mala fe? Sostengo que sí. Por cierto, De Trazegnies sostiene lo mismo pero a la inversa: la buena fe es la ausencia de mala fe (De Trazegnies 2004: 38).

Cabe preguntarse entonces si las partes pueden excluir expresamente la invocación del principio de la buena fe en determinadas circunstancias. La respuesta es: depende. Si bien una exclusión general de la buena fe en la ejecución del contrato puede ser cuestionable, no lo será tanto si la exclusión es específica, si el objetivo de las partes es reducir la incertidumbre jurídica, estableciendo reglas claras aplicables en numerosos supuestos de hecho previstos por ellas.

Pactos así pueden ser acompañados del otorgamiento de facultades discrecionales a alguna de ellas, como la decisión de suscribir un convenio definitivo de compra de acciones luego de realizada una auditoría legal. Atendiendo a las circunstancias del caso, podría ser razonable que un pacto así excluya la posibilidad de que quien ejercerá el derecho potestativo de compra, tome la decisión de manera discrecional, sin que pueda argumentarse mala fe en caso la decisión no sea favorable a la otra parte. Por cierto, esta conclusión no se altera incluso si la noción de buena fe, como ocurre en Francia, es entendida como de orden público.

En esta línea, Simone Sepe señala que si bien la regla por defecto es que los contratos se interpreten de cara al principio de la buena fe, las partes pueden decidir excluir a la buena fe de sus acuerdos contractuales (Sepe 2010: 4-5).

La razón para ello, señala, es que el deber de buena fe supone efectuar un balance (*trade-off*) entre el costo que supone prever un pacto muy detallado, que reduzca el margen de interpretaciones contradictorias, y el costo de asumir el error en que puedan incurrir las cortes al interpretar los contratos. Como consecuencia de ello, añade Sepe, son las propias partes las que deben decidir el rol que debe desempeñar la buena fe en la interpretación de los contratos (Sepe 2010: 6).

Tomar una decisión sobre si se puede admitir o no la exclusión contractual de un principio –como el de la buena fe– es relevante, pues para ello es indispensable tomar posición sobre el rol que juegan los principios en el marco de la autonomía privada, y todavía más arriba en el plano conceptual, en el marco del Derecho.

Es indispensable pues, para abordar de manera profunda y coherente los más diversos asuntos del Derecho Privado, adoptar una concepción general del Derecho, que como ya ha sido expuesto, debe balancear la seguridad jurídica con la carga valorativa que le da sentido a la convivencia pacífica, a la cual, en buena cuenta, se debe el Derecho.

Mi conclusión en este punto es que asumiendo una concepción “funcionalista” del Derecho, o incluso positivista incluyente, que admita un componente moral en el ordenamiento jurídico, no cabe formular un pacto que excluya de plano la buena fe en la ejecución e interpretación contractual; o dicho a la inversa, y de cara al sistema binario (lo que no es de buena fe es de mala fe), que permita una actuación de mala fe.

Sostener lo contrario importaría desconocer que la interacción humana es la base del Derecho y que este se construye sobre la base de la confianza. No solamente en Derecho Contractual, sino incluso –y con mayor razón- en el Derecho Público. Pensemos en las normas esenciales y garantistas del Derecho Penal, como la tipificación previa de los delitos, o los principios de predictibilidad y uniformidad en el Derecho Administrativo, por ejemplo.

Ahora bien, lo que sí puede ocurrir es que las partes permitan actuaciones que, vistas en abstracto, algunos consideran reñidas con el principio de la buena fe. Así, por ejemplo, no hay prohibición para que se permita expresamente a un vendedor de la mayoría accionaria de la sociedad emisora, competir en el negocio de la empresa transferida, inmediatamente después de producida la operación de venta. Para un comerciante, bajo determinadas circunstancias del mercado, una actuación como esta podría calificar como contraria a la buena fe, sin perjuicio de lo cual las partes tienen derecho a calificar dicho comportamiento como legítimo.

En un magnífico trabajo sobre la buena fe, el Profesor Wieacker señalaba que la buena fe “no es un molde acabado que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico” (Wieacker 1982: 37).

Sostengo que no es lícito un pacto amplio y general de exclusión del principio de la buena fe durante la ejecución e interpretación del contrato; sin embargo, sí se puede admitir acuerdos que sean no beneficiosos o incluso perjudiciales para los intereses de una de las partes, en el marco de la autonomía privada, la cual tiene reconocimiento constitucional.

De hecho, es gracias a esa posibilidad que las partes pueden pactar contra reglas supletorias o incluso establecer estipulaciones contractuales que parezcan perjudiciales a sus intereses, pero que vistos en conjunto, puedan ser la contrapartida frente a un beneficio esperado.

La clave para determinar cuál es la dosis aceptable de exclusión de reglas inspiradas en la buena fe no puede establecerse de antemano, sino que debe analizarse en cada caso concreto. No siempre es tarea sencilla determinar en

qué casos los pactos no beneficiosos o perjudiciales han cruzado la línea de licitud. Para lograrlo es necesario llevar a cabo una adecuada actividad de ponderación.

Una herramienta para establecer los límites es el uso de las normas imperativas, que por contener un núcleo de protección imprescindible, impiden que los sujetos de derecho se aparten de ellas, aun cuando esa sea su voluntad.

Son diversas las normas imperativas contenidas en el Código Civil que protegen a las partes de su propio descuido o de la mala fe de la otra. Así por ejemplo, la exigencia de que los contratos no sean abstractos sino causales (artículos 140 numeral 3) y 219 numeral 4) del Código Civil). Más ejemplos: el artículo 172 prohíbe que la eficacia de los contratos se someta a una condición que dependa de la exclusiva voluntad del deudor; el artículo 201 señala que el error como causal de anulación debe ser conocible por la otra parte; y, el artículo 210 señala que el dolo es causal de anulación del contrato, cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

De otro lado, es una norma clave en el sistema de responsabilidad civil, el artículo 1328, que impide a las partes limitar su responsabilidad cuando han actuado con dolo o culpa inexcusable. Aunque discutible, también es una norma imperativa la contenida en el artículo 1346 que permite al juez, a solicitud del deudor, la reducción equitativa de la pena prevista en una cláusula penal cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

También es un ejemplo de una norma que protege la buena fe, el artículo 1430, según el cual para que la resolución automática del contrato proceda, la causal debe estar previamente establecida con toda precisión; o el 1429, que permite al acreedor dejar sin efecto el contrato, siempre que dé la oportunidad al deudor de satisfacer el interés de aquél en un plazo determinado.

La relevancia de la protección conferida por las normas citadas es tal, que se trata de normas imperativas contra las cuales no cabe pactar. Ello no es incompatible con el pleno reconocimiento, incluso constitucional, de la autonomía privada. Esta última debe protegerse por defecto, de modo que cualquier pacto contractual es en principio exigible, pero tiene como límite las normas imperativas, que no son otra cosa que expresiones del principio de la buena fe.

Al respecto, en el marco de la autonomía privada propia del Derecho Civil patrimonial, se debe partir de la premisa que las normas contractuales son supletorias, como establece el artículo 1356 del Código Civil, en virtud del cual “las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Así, mientras no se vulneren las normas imperativas, son admisibles los pactos que restrinjan las posibilidades de las partes de defender sus intereses con todos los elementos normativos que el Derecho de contratos pone a su disposición.

Por ejemplo, no hay impedimento para pactar expresamente que a efectos de la interpretación y ejecución del contrato, carecen de relevancia las conductas previas o posteriores de los contratantes, ajenas a lo indicado estrictamente en el texto del contrato. De hecho, son comunes los pactos en los que las partes excluyen de manera expresa la posibilidad de invocar su propia actuación durante la ejecución del contrato como fuente generadora de confianza.

De hecho, son comunes las cláusulas denominadas “*merger clause*” o “*entire agreement clause*”, que buscan excluir las negociaciones de las partes del análisis que efectúe el juez para analizar el alcance de las obligaciones de las partes.

“Las partes suelen estipular esta cláusula al final del contrato, estableciendo que el contenido del mismo se limita a lo expresamente establecido. Esta cláusula nace del Derecho anglosajón a fin de mantener una aplicación estricta de la *parol evidence rule* y evitar que el juez recurra a las negociaciones previas para integrar el contrato. La cláusula se extendió al Derecho Continental, donde se planteó su conflicto con la buena fe, usándose, asimismo, de forma extendida en transacciones internacionales. El problema que surge es si acaso la *merger clause* constituye una limitación a la buena fe, y si, por lo tanto, debe excluirse del contrato” (Eyzaguirre 2013: 190).

Esta regla ha sido discutida en el Derecho Continental y prácticamente por unanimidad los autores estiman que no es contraria a la buena fe (Eyzaguirre 2013: 190). Una regla como esa evitaría hacer uso de la doctrina de los actos propios como medio de defensa en caso de una contradicción en la conducta desplegada por la otra parte, pero no hay impedimento para que ello ocurra, si se asume que no se ha vulnerado una norma imperativa que pueda ser calificada como el núcleo duro de la buena fe.

Tampoco hay impedimento para incluir por propia voluntad de las partes ciertas cláusulas que podrían ser consideradas desventajosas para una de ellas, como por ejemplo los contratos de financiamiento con covenants que limiten la libertad del deudor en ciertas circunstancias, o cláusulas de aceleración muy amplias, que permiten adelantar el vencimiento del contrato ante circunstancias adversas (cláusulas MAC o “*Material Adverse Change*”) (Eyzaguirre 2013: 191).

En síntesis, la utilidad de la noción de buena fe depende en buena cuenta de la manera en que los jueces usen esta cláusula general, y de los límites que les permitan autorregularse para no alterar el propósito de las partes al celebrar el contrato. La amplitud de la noción de buena fe, que le confiere la condición de principio, permite anidar dentro de ella a la doctrina de los actos propios, cuya categorización como principio o como regla no es pacífica entre los autores.

Sobre la base de la distinción entre los principios y las reglas, a continuación se describen las dos posiciones que al respecto presenta la doctrina. Esta explicación es en este punto meramente ilustrativa, dado que mi posición al respecto será expuesta en el Capítulo tercero, pues al postular si determinada institución jurídica configura un principio o una regla es indispensable tener en

consideración su finalidad, la manera que en opera en la realidad y las consecuencias prácticas de su aplicación.

2.13 La doctrina de los actos propios. ¿Principio o regla?.-

El principio de la buena fe está vinculado al hecho de creer en otro y esperar una conducta fiel de él; por tanto, buena fe y confianza son nociones estrechamente vinculadas. Y lo que se exige a partir de ellas –buena fe y confianza- es coherencia.

Para creer es necesario tener un punto de referencia; es decir, que haya un sujeto al cual creer. La manera en que se manifiesta ese sujeto bajo las circunstancias que motivan la creencia o expectativa, es la apariencia. La apariencia con relevancia jurídica se manifiesta en la actuación humana, como por ejemplo el ejercicio de la posesión o el despliegue de conductas dirigidas a un destinatario en el marco de una relación contractual, y debido a la sofisticación de las relaciones jurídicas, puede generarse con mecanismos como registros, privados o públicos.

El pilar del Derecho Contractual es, de un lado, el ejercicio de la libertad, lo que incluye por cierto el derecho a cambiar de opinión, y de otro lado, la protección de la confianza basada en la apariencia. Para lograr el equilibrio entre ambos, el principio de la buena fe es una herramienta clave.

En efecto, hay situaciones en las que la propia ley limita el cambio de opinión en ejercicio de la libertad; por ejemplo, la posibilidad de revocar el poder de representación, pero sin que se afecte a terceros, a menos que estos hubieran conocido de la revocatoria. La norma que así lo dispone no menciona a la buena fe, pero ello no era necesario pues este principio la subyace.

Hay otras situaciones en las que la protección basada en la apariencia está recogida de manera expresa por la propia ley, pero mencionando además el principio de buena fe como escudo protector, como por ejemplo la protección de los terceros de buena fe aunque los actos de los transferentes se hubieran realizado de manera fraudulenta. Así, la acción pauliana no procede contra el tercero subadquirente, a menos que razonablemente hubiera debido conocer el perjuicio. Algo similar ocurre con la adquisición basada en la apariencia generada por el registro (artículo 2014 del Código Civil), o con las reglas de concurrencia de acreedores establecidas en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil.

Hay un tercer grupo de circunstancias en las cuales la buena fe sirve como herramienta para determinar si el tercero es o no protegible, aun cuando no haya norma que expresamente lo señale. Y es precisamente en estos casos en los que el rol de los principios puede apreciarse en su real dimensión. Es decir, no es necesario que el principio de la buena fe sea mencionado en una regla para que sea exigible en el proceso de interacción derivado de una relación contractual.

Es aquí donde la doctrina de los actos propios se vuelve relevante, porque aunque no haya regla aplicable -como las antes citadas- que prohíba ciertas

contradicciones de conducta, la doctrina de los actos propios sirve de bloqueo frente a los intentos oportunistas de quienes pretenden tomar ventaja de su propia contradicción. Esta ventaja es en principio legítima, a menos que la conducta previa a la contradicción haya generado una confianza protegible en su contraparte y que esta haya actuado en consecuencia.

¿Qué es entonces lo que hace “natural” bloquear las conductas oportunistas frente a la confianza razonable que se haya suscitado a partir de ellas?

“De acuerdo con la teoría del aprendizaje, el sujeto aprende sobre la base de experiencias previas, mediante la imitación de las conductas ensayadas con anterioridad. La psicología ha identificado el aprendizaje instrumental, que se fija principalmente en las consecuencias de los comportamientos. **El individuo atiende a los resultados que derivan de cierta conducta con el fin de mantenerla o evitarla en las situaciones similares que se planteen en el futuro.** [...]. El presupuesto necesario para asegurar la racionalidad de este tipo de comportamiento es que la conducta aprendida sólo se active en una situación semejante a la que provocó el aprendizaje o, lo que es lo mismo, en una situación igual (o mejor, homologable) a la que motivó la elección del criterio de actuación que se considera acertado” [énfasis agregado] (Díez Sastre 2008: 33).

La cita anterior puede parecer pretenciosa, porque visto superficialmente, la psicología excedería el campo de estudio del Derecho, pero en realidad no lo es, si se parte de una concepción jurídica nacida a partir de la interacción, y por tanto de las emociones, incluido un estado psicológico basado en la confianza.

Como consecuencia de lo anterior se asume como natural un comportamiento vinculado a cierto tipo de situaciones, “hasta el punto de que el agente no debe esforzarse prácticamente para llevarlo a cabo con un mínimo de control consciente” (Díez Sastre 2008: 33).

Parafraseando a la autora citada, a través de la memoria y el hábito las decisiones actuales pueden influir en lo que pasará en el futuro. De este modo, se adquiere conciencia sobre el entrelazamiento de las decisiones pasadas, presentes y futuras, y sobre la necesidad de mantener la coherencia entre ellas.

La confianza es un estado psicológico que reduce la incertidumbre y que permite asumir como natural y razonable actuar en el futuro sobre la base de lo que ha ocurrido en el pasado, es el sustrato emocional para la noción de la buena fe, y es parte de la explicación no jurídica para que haya, virtualmente, unanimidad sobre su carácter de principio de Derecho.

Lo anterior reitera la importancia de adherir a una concepción del Derecho que sea empática con las emociones derivadas de la interacción. La confianza es una de ellas, de modo que el edificio jurídico que regula las relaciones contractuales debe tener como pilar el repudio de conductas contradictorias para propiciar la coherencia en el actuar. Ello permite prevenir comportamientos oportunistas de las partes, a través de la remisión a estándares de actuación basados en la buena fe.

Ahora bien, proteger ciegamente la confianza, sin incentivar conductas diligentes en quien la invoca, puede ser paradójico. Es decir, para lograr protección no basta con alegar una alteración de la conducta de un sujeto, pues paradójicamente, dicha protección generaría un daño colateral, que sería amenazar la premisa de la libertad con la que debe ejecutarse las obligaciones contractuales (teniendo como límite, naturalmente, el incumplimiento).

En tal sentido, a quien alega el cambio de conducta en perjuicio suyo no le basta invocar un estado psicológico que le generó una ferviente expectativa, sino que tiene la carga de probar en qué medida se le dio a entender que la contraparte actuaría de una forma concreta, y en qué medida es razonable esperar que otra persona, en sus circunstancias, hubiera esperado lo mismo, para lo cual será necesario un estándar de buena fe objetiva.

Se dice que la doctrina de los actos propios “encuentra su sustento filosófico y racional en los conocidos principios lógico y ontológico de ‘no contradicción’, en virtud de los cuales una cosa no puede ser ella y a su vez su contraria ni es posible afirmar su realidad y su inexistencia en forma simultánea” (Isidoro Einer, citado en Jaramillo 2014: 74).

Sin embargo, el mencionado principio de no contradicción tiene a su vez una explicación más “terrenal” y racional que lógica, derivada de que la interacción humana está basada en la cooperación; esta en la confianza y a su vez esta en la no contradicción; en otras palabras, en el deber de coherencia en el actuar. El ropaje jurídico que se le ha dado a esta cadena de razonamiento es el principio de la buena fe.

Ahora bien, no sólo son relevantes los fundamentos morales o filosóficos que subyacen a la doctrina de los actos propios. Tan importante como aquéllos es su sustento económico.

“Pero donde radica el fundamento económico o soporte económico más saliente de la protección de la coherencia conductual, en adición a la preservación de la confianza de los actores y agentes económicos, es en el tema relativo a los costos: la coherencia comportamental, expresado en términos realistas, es sustancialmente menos costosa que la incoherencia y, en esa medida, económicamente se alcanza una mayor y sostenida eficiencia. Al fin y al cabo, los comportamientos abruptos, sorprendidos y contradictorios, minan la confianza e incrementan las erogaciones asociadas a cada actividad. La coherencia, por el contrario, estimula las relaciones, mitiga la necesidad de adoptar ciertas precauciones adicionales y reduce la aversión, con lo cual, naturalmente, se reducen costos y se aumentan las utilidades” (Jaramillo 2014: 84).

Hay pues correlación entre la confianza y desarrollo económico, de modo que en este punto la doctrina de los actos propios juega un rol fundamental. Así, en entornos institucionales donde reina la confianza y el respeto a la palabra empeñada, son más fluidas las relaciones entre los agentes económicos.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si, dada la contundencia de la doctrina de los actos propios para prever el oportunismo contractual, se le debe asignar la categoría de regla o de principio del derecho, y cuál sería la consecuencia de una u otra alternativa. Como ya anuncié, explicaré cómo se divide la doctrina en este punto, pero estaré en condiciones de exponer mi posición sobre este asunto luego de haber explicado cómo opera y qué efectos produce.

En relación con la naturaleza jurídica de la doctrina de los actos propios, por lo general, “la cuestión se presupone y, sin ninguna precisión técnica, ni conceptual, se dice que nos hallamos ante una regla de derecho; ante una máxima, aforismo, apotegma o brocardo; ante un principio general; ante una doctrina jurídica. No se piensa que cada una de estas expresiones terminológicas tiene su peculiar sentido dentro de la técnica del Derecho y que el uso de uno o de otro vocablo no es, en manera alguna, indiferente” (Díez-Picazo 2014: 189).

La doctrina no es uniforme en este punto, pues los autores adhieren indistintamente a una y otra postura. Así, por ejemplo, para Silvia Díez Sastre (Díez Sastre, p. 37), el contenido de la doctrina de los actos propios no es propio de un principio general del derecho pues no contiene un mandato de optimización. Tampoco lo es de una regla, dice. Para dicha autora se trata de un aforismo que ha sobrevivido con éxito a lo largo de los siglos sin un anclaje claro en un ordenamiento jurídico moderno. Su escepticismo llega al punto de cuestionar su utilidad, pues para ella, probablemente el apego de los juristas por esta doctrina surja de la apariencia de corrección, a pesar de las serias dificultades que entraña su aplicación en la práctica.

El problema que subyace al escepticismo de Díez Sastre es que dicha autora sostiene que con base en la buena fe no se debe doblegar la autonomía de la voluntad, cuando en realidad, la doctrina de los actos propios no apunta al objetivo de debilitar dicha autonomía, sino que por el contrario, es una herramienta adicional para reforzarla y darle credibilidad.

2.13.1 Doctrina de los actos propios como regla de derecho.-

El principal exponente de la la categorización de la doctrina de los actos propios como regla de derecho es el Profesor Díez-Picazo, quien luego de señalar que la doctrina de los actos propios no es sostenible como un autónomo principio general del derecho, añade que sí es “fácilmente viable como derivación necesaria y concreción inmediata de un principio general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones del derecho (buena fe)” (Díez-Picazo 2014: 196).

En la misma línea, Borda señala que la doctrina de los actos propios no constituye un principio sino una regla de derecho (2017: 50).

María Josefa Méndez Costa, en el prólogo de un trabajo de Borda, coincide con él al señalar que 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 con respecto al propio

comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto, y que esta regla deriva de la buena fe (Borda 2017: XXII).

Jaramillo es autor de un exhaustivo trabajo sobre la doctrina de los actos propios, y también asume la posición de que, mientras que actuar de buena fe es un principio general, la doctrina de los actos propios es una regla derivada de aquél:

“Expresado en términos más concisos, aspirar a romper el cordón umbilical de los actos propios, del deber de coherencia con la buena fe, aparte de ser *contra natura*, es negarse a sí mismo y a sus ancestros [...]. Por eso, [...] reafirmamos el estrecho y perceptible vínculo reinante entre ellas, suficiente para entender que cuando se atenta contra la coherencia comportamental y, de paso, contra la confianza legítima, la buena fe se ha visto conculcada –directa o reflejamente-, pues no puede entenderse que obra de buena fe quien erosiona o socava la confianza legítima [...]” (Jaramillo 2014: 123-124).

En el Perú hay dos posiciones que es importante escuchar: la del Maestro Manuel de la Puente y Lavalle, y la de la Corte Suprema de la República.

Para Manuel de la Puente, la doctrina de los actos propios no tiene carácter de principio porque la vocación de estos es no admitir excepciones; tampoco cree que es una regla, porque no ha sido incorporada en el sistema normativo (2003: 354). Sin embargo, cree que es posible invocar fuerza moral a partir de esta “regla”, dado que la doctrina de los actos propios es una desviación necesaria e inmediata del principio general de la buena fe (2003: 354).

Otros autores peruanos también adhieren a la tesis de que la doctrina de los actos propios es una regla de derecho. Así, para Castillo y Sabroso es claro que se trata de una regla de derecho y que no puede ser considerada principio general del derecho en la medida en que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones (Castillo y Sabroso 2017: 17-18).

De otro lado, nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de abordar este asunto no solamente para resolver una controversia concreta, sino que a partir de ella ha dispuesto que la solución brindada a dicho caso guíe el camino de los jueces peruanos al resolver casos donde se discuta la aplicación de esta doctrina. En efecto, mediante la Casación N° 1465-2007-Cajamarca, que tiene el carácter de sentencia de Pleno Casatorio, la Corte Suprema ha señalado que *“La teoría de los actos propios **constituye una Regla de Derecho** derivada del principio general de la Buena Fe, que sanciona como inadmisibile toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”* [énfasis agregado] (Sentencia del Pleno Casatorio, fundamento 41).

Sin embargo, otros autores discrepan y consideran que se trata de un principio del derecho.

2.13.2 Doctrina de los actos propios como principio de derecho.-

Revisadas las opiniones antes citadas, es sencillo concluir que la corriente que califica a la doctrina de los actos propios como principio del derecho, no es pacífica. Manuel de la Puente admite que la tendencia jurisprudencial en España es apostar por que es un principio general del derecho, y que en esta línea se encuentran autores como Abeledo, Robledo y Constantino. Sin embargo, de inmediato de la Puente discrepa de esta posición (De la Puente 2003: 354), al igual que René Ortiz (Ortiz 1991: 270).

El hecho que el Tribunal Supremo Español haya calificado a la doctrina de los actos propios en numerosas sentencias, no exime de críticas a dicha calificación. Se le acusa de no haber explicado en los fallos las razones por las que se trata de un principio (Pardo 1991: 54).

Como ya se ha indicado, Luis Díez-Picazo niega también que la doctrina de los actos propios se trate de un principio general del derecho, aun cuando así sea caracterizado por los tribunales españoles, a quienes acusa de no haber prestado suficiente atención a este análisis. Sin perjuicio de ello, añade que el deber de actuar de buena fe sí es un principio general del derecho, y que las consecuencias o desviaciones de ese principio, incluyendo el actuar contra los actos propios, tienen el mismo valor y el mismo alcance que el principio general del que dimanar (Díez-Picazo 2014: 201). Aquí empieza a dibujarse la dificultad para caracterizar la doctrina bajo análisis: para Díez-Picazo no es un principio, pero tiene el mismo valor y alcance que el de un principio.

Mientras que para Díez-Picazo, la doctrina de los actos propios tiene el valor de un principio pero no lo es, Luis María Vives considera que sí es un principio general del derecho, ya que los principios generales son “grandes criterios normativos coercibles de la conducta intersubjetiva que provienen de la idea de justicia o que se obtienen por generalizaciones progresivas y cada vez más amplias del entero ordenamiento positivo” (citado en Jaramillo 2014: 204).

A igual conclusión ha arribado la Corte Constitucional de Colombia cuando califica a la doctrina de los actos propios como principio: “es preciso señalar que la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso de la demandante al desconocer **los principios de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio**” [énfasis agregado]. (Sentencia de la Corte Constitucional T-075 del 2008, citada en Bernal 2010, 258).

2.13.3 La doctrina de los actos propios es un principio de derecho.-

En un trabajo anterior sostuve que la doctrina de los actos propios no llega a la categoría de principio, sino que se queda en la de regla de derecho, porque además de admitir excepciones (no siempre la contradicción de la conducta está proscrita), deriva de un principio de alcance superior (buena fe) y naturalmente abarca menor cantidad de situaciones (O'Neill 2005: 48). He cambiado de opinión. Espero ahora contribuir en la fundamentación de por qué la doctrina de los actos propios puede ser calificada como un principio de derecho.

He revisado las explicaciones brindadas por los autores que consideran que la doctrina de los actos propios es una regla (De la Puente, Castillo, Díez Picazo, Borda, Jaramillo) y concluyo que los argumentos que plantean no son suficientes para descartar que constituya un principio de derecho. Ello me obliga a discrepar del Pleno Casatorio también, por las razones explicadas a continuación.

Podría objetarse la conclusión anterior alegando que el ordenamiento jurídico reconoce numerosas posibilidades de contradecir legítimamente la propia conducta; es más, que la premisa o la regla por defecto sobre la que se basa el Derecho Contractual es precisamente esa; es decir, es posible alterar la conducta, siempre que ello no vulnere alguna norma expresa o el principio de la buena fe. En esta línea de razonamiento, difícilmente podría hablarse de un “principio” basado en la no contradicción cuando la premisa de la libertad es tener derecho a contradecirse.

Así, el derecho a cambiar de opinión –sin que medie incumplimiento o alguna otra vicisitud contractual- sería pues la regla, mientras que la invocación de la doctrina de los actos propios sería la excepción. Esta excepción debe estar amparada no solamente en un estado mental con el cual el afectado justifica su propia creencia, sino que debe acreditar que su expectativa está fundada en razones contundentes y que además, la alteración de la conducta de su contraparte motivó una actuación que le ocasionó perjuicio.

Tal exigencia configura una señal para incentivar que las partes actúen con cautela frente a la apariencias. Es decir, una confianza excesiva podría constituir una suerte de “riesgo moral”, en el sentido que quien confía injustificadamente, sin tomar las precauciones necesarias para verificar que tenía buenas razones para hacerlo, podría trasladar el costo de su falta de esfuerzo⁸¹. Así por ejemplo, si quien alega ser afectado por un cambio de conducta no fue lo suficientemente diligente para verificar que sus expectativas eran razonables, debería ver bloqueada la posibilidad de alegar con éxito la doctrina de los actos propios.

Es interesante mencionar en este punto el trabajo realizado por Atienza y Ruíz Manero en “Ilícitos Atípicos”, en el que si bien no se refieren a la doctrina de los actos propios, sí abordan los temas de abuso de derecho, fraude a la ley y desviación del poder, a los que califican como ilícitos atípicos. Los autores parten de la premisa que es ilícito el acto contrario a una norma regulativa de mandato, y como las normas de mandato pueden ser principios o reglas, también puede distinguirse entre actos ilícitos según sean contrarios a reglas o a principios. Son lícitos típicos, plantean Atienza y Ruíz Manero, aquellos que son contrarios a reglas, mientras que son atípicos los ilícitos contrarios a los principios (Atienza y Ruíz Manero 2006: 25).

⁸¹ Se entiende “riesgo moral” como una conducta oportunista que permite a una parte obtener beneficios aprovechando la falta de información de la otra parte sobre el comportamiento de aquélla. El ejemplo típico es el del mercado asegurador, en el que un individuo asegura un bien sin asumir ningún costo en caso de siniestro. En un caso así, dicho individuo carecería de los incentivos adecuados para ser precavido, dado que la compañía de seguros no tendría información de su descuido y a pesar de ello, en caso de un siniestro, obtendría una cobertura total sin asumir ningún costo. Entonces, un típico mecanismo de reducción del riesgo moral es la exigencia del pago de un deducible por parte del asegurado.

Los ilícitos atípicos se presentan en caso de conductas que invierten el sentido de una regla: en principio la conducta está permitida, pero en razón de su oposición a un principio, se determina que es ilícita (Atienza y Ruíz Manero 2006: 27). Precisamente es ello lo que ocurre con la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Es por ello que puede descartarse la primera objeción a su calificación como principio, objeción sustentada en el hecho que, sobre la base de la autonomía privada, la contradicción del comportamiento debe ser la regla y su prohibición la excepción. La respuesta a la objeción es que, cuando el cambio de conducta –en principio permitido- vulnera una confianza razonable en que la conducta no variaría, opera el principio en virtud del cual dicha contradicción no debe permitirse.

La segunda objeción que puede formularse a quienes creemos que la doctrina de los actos propios es un principio de derecho, es que estamos “movidos más por la creencia de que sólo los principios de este abolengo, en rigor, tienen asegurado un rol trascendente, de suerte que si lo apellidan de modo diverso, perdería linaje, o incluso sonoridad, apreciación de buena fe, reforzada por el hecho de que si le asignan otro status podría pensarse que se le estaría restando robustez y entidad” (Jaramillo 2014: 195).

Ese no es mi caso. No creo que la razón para conferir a la doctrina de actos propios la condición de principio del derecho sea la necesidad de brindarle linaje, sonoridad o trascendencia. Es más bien a la inversa: dado que la doctrina de los actos propios es expresión de la confianza razonablemente generada, y que esta es el sustrato de la interacción humana, ocurre que aquélla es un principio del derecho. Dicho en otras palabras, lo es porque merece serlo; no porque lo necesita.

La doctrina de los actos propios es expresión del principio de la buena fe, y es a su vez un principio basado en la confianza, con el propósito de generar seguridad jurídica. Recordemos que la función de los principios es facilitar la aplicación de las normas, o servir para atemperarlas, o integrarlas, o crear nuevas reglas. Solo así los principios son la esencia del Derecho, si pensamos que este no es una construcción importada artificialmente por la comunidad, sino el resultado de la interacción al interior de ella; es un sistema para atender las necesidades de las personas. Y tanto la buena fe como la protección de la confianza a través de la doctrina de los actos propios, se ocupan de atender las necesidades de la gente.

En tercer lugar, podría cuestionarse la condición de principio de la doctrina de los actos propios por el hecho de emanar a su vez de otro principio; el de la buena fe. Sin embargo, no veo razón alguna para negar que un principio de Derecho pueda emanar de otro. Negarlo sería una evidencia de una visión constructivista del Derecho, aquélla que ya he descartado, debido a que esta objeción parte de una premisa artificial: pensar que por ser la abstracción más “elevada” de las normas jurídicas, los principios son categorías absolutas.

También se ha criticado la categorización de la doctrina de los actos propios como principio de derecho, debido a su carácter subsidiario. Su carácter

subsidiario no solamente no impide su calificación como principio sino que es una consecuencia de su calificación como principio. La protección de la confianza razonable es tan importante para la interacción contractual, que en aquellas situaciones en las que no pueden operar los remedios por incumplimiento, puede penetrar la doctrina de los actos propios, llenando así las rendijas por las cuales pueden filtrarse los comportamientos oportunistas.

Finalmente, también puede cuestionarse su condición de principio con una quinta objeción: por el hecho que si bien no cabe un pacto general contra la buena fe, sí es posible excluir ciertas manifestaciones de ese principio, pactando la posibilidad de contradecir la propia conducta. Así por ejemplo, no son escasos los acuerdos con los que se prohíbe expresamente invocar la actuación de las partes durante la ejecución de contrato como mecanismo de interpretación contractual.

Frente a dicha objeción puede señalarse que si bien el concepto de buena fe está ganando importancia en el *common law*, esta noción se ha acuñado con retraso, en comparación con el Derecho continental. Este retardo no ha sido óbice para fomentar la interacción a través de la protección de la confianza. Ello se ha logrado a través de los siglos con el *estoppel*, que se basa en el deber de coherencia y en la protección de la confianza.

Tal es la importancia del sustrato que subyace al *estoppel*, que el *common law* no ha necesitado acuñar expresamente la noción de buena fe para brindar protección frente a la contradicción de la conducta. Lo que ambas figuras tienen en común es que tanto el *estoppel* como la doctrina de los actos propios configuran un mecanismo para exigir coherencia y consistencia en las conductas que han generado una confianza razonable en otra persona. En ambos casos lo que se pretende es la protección de la confianza.

Pues bien, si en el caso del *estoppel* ello se ha logrado sin acudir al principio de la buena fe, es porque la protección de la confianza es tan importante para la interacción humana, que no necesita construir el concepto jurídico de buena fe. Ello abona pues a la tesis por la cual la protección de la confianza –sea a través del *estoppel* o a través de la doctrina de los actos propios- es un principio de derecho.

Ahora bien, este principio de derecho debe aportar una solución a un caso concreto, lo cual solamente puede ocurrir previa revisión de las circunstancias de hecho, del pacto y de las normas aplicables.

Cabe preguntarse entonces ¿a qué nos conduce la conclusión según la cual la doctrina de los actos propios constituye un principio de derecho?

El efecto práctico de la calificación de la doctrina de los actos propios como principio de derecho es que para determinar la consecuencia del cambio de conducta de una de las partes hay que remitirse a estándares de conducta que permitan llevar a cabo la labor de ponderación.

El mayor nivel de abstracción de los principios frente a la mayor especificidad de las reglas nos conduce a la distinción entre la labor de ponderación y de subsunción a cargo de los jueces, que según Atienza determina la distinción entre reglas y principios⁸².

Para el Profesor Schäfer, mientras que una regla distingue de manera clara un comportamiento legal de otro ilegal, un estándar es una norma jurídica difusa, no del todo diáfana, que requiere interpretación judicial⁸³ (Schäfer 2006: 116).

Es este entonces el valor de la calificación de la doctrina de los actos propios como un principio de derecho (sin perjuicio de que su aplicación concreta dé lugar a una regla que solucione el caso analizado): la posibilidad de llevar a cabo un examen caso por caso, tal como se haría cuando median nociones difíciles de definir de antemano, como “culpa” o “abuso de derecho”, por ejemplo.

La mayor dosis de ponderación a cargo de los jueces, propia de la aplicación de estándares de comportamiento, da lugar a la calificación de la doctrina de los actos propios como un principio del derecho, sin que para ello, como ya se ha mencionado respecto de la buena fe, sea necesaria una formulación legal expresa.

“Huelga mencionar que la fuerza de esta regla o doctrina, en sí misma, no estriba en la presencia o existencia de una norma jurídica, o de un determinado precepto normativo, por cuanto su temple y linaje no emergen del Derecho positivo, sino de la lógica, en primer término, y de su conexión con principios generales del Derecho, como la buena fe, en segundo lugar, fuente de indiscutidos deberes de conducta, entre otros el apellidado *deber de coherencia*” (Jaramillo 2010: 48).

⁸² Alfonso García Figueroa sostiene, no obstante, que el modelo de principios no es incompatible con el ideal de la subsunción, dado que subsunción y ponderación tienen una recíproca relación (García Figueroa 1998: 199).

⁸³ Según Schäfer, en países de ingresos bajos es recomendable tener un sistema legal basado en reglas, que simplifican la actuación y limitan la discrecionalidad de los jueces. Ello porque la opción entre un sistema de reglas o uno de estándares depende del capital humano con que cuente el país correspondiente (Schäfer 2006: 114). Se trata de una proposición controversial, que en mi opinión debe ser matizada con una permanente aspiración a que, independientemente del desarrollo institucional de los países, estos procuren que sus cortes judiciales estén preparadas para ponderar adecuadamente los principios a través de la remisión a estándares. Esto es un desafío, pues como señala Posner, el control del comportamiento mediante una norma general supone costos de particularizar inicialmente la norma y de revisar las reglas para adaptarlas a las condiciones cambiantes; Posner añade que una norma específica se volverá obsoleta con mayor rapidez que una norma general. No obstante, a menudo los beneficios de particularizar superan a los costos. Esos beneficios se obtienen a tres niveles: en la guía de los propios tribunales, en la guía de comportamiento de las personas sujetas a la regla y en la guía de comportamiento de las partes en las disputas reales. La existencia de reglas específicas limita el alcance y por ende el costo de la búsqueda judicial (Posner 1998: 509-510).

Añade Posner que si una ley no es clara, “los violadores potenciales descontarán el costo de castigo de la violación no sólo por la probabilidad de ser atrapados, sino también por la probabilidad significativamente menor que uno de que la ley se considere aplicable a su conducta. Por tanto, se reducirá el efecto de disuasión de la ley. De igual modo, la vaguedad de la ley generará un riesgo de que se decida que una conducta legítima la viola” (Posner 1998:510).

Ahora bien, la calificación de la doctrina de los actos propios como un principio de Derecho no excluye que su aplicación concreta dé lugar a una regla que solucione el caso analizado. Puede sostenerse entonces que la doctrina de los actos propios es una noción compleja que comprende tanto principios como reglas. Es un principio que opera de manera subsidiaria y que supone llevar a cabo una labor de ponderación, pero terminada esta, da lugar a una regla que soluciona el caso concreto.

Y es que el Derecho, más que un conjunto de normas positivas, “es algo subyacente que se contiene en diversos principios a partir de los cuales se aplican las reglas” (Rubio 2008: 88).

En efecto, ante un caso concreto en que se reclama por la variación ilegítima de una conducta, debe revisarse las circunstancias de hecho, el pacto y las normas aplicables, y en caso no se encuentre una respuesta clara, deberá ponderarse los principios para así dar lugar a una regla. Es pues la regla resultante la que provee la solución al caso concreto, pues como propone Atienza, la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*; es decir, antes de analizar minuciosamente los elementos del caso.

En otras palabras, los principios sirven de pauta o criterio para dar lugar a una regla aplicable a un caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas.

No le falta razón a Atienza cuando señala:

“La predilección por los principios frente a las reglas que se atribuye a los neoconstitucionalistas (más principios que reglas) presupone aceptar una opción (que también afectaría a los positivistas), entre principios o reglas, que no es, en mi opinión, otra cosa que una modalidad de la falacia de falsa oposición. En el Derecho, en nuestros Derechos, no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas” (Atienza 2017: 138).

Así, “la distinción (entre principios y reglas) tiene un carácter gradual, puesto que las condiciones de aplicación pueden ser más o menos abiertas o cerradas, de manera que pueden presentarse perfectamente casos de vaguedad: normas respecto de las cuales puede ser dudoso si debemos calificarlas como reglas o como principios” (Atienza 2017: 150).

En otras palabras, los principios no determinan directamente una solución, sino que sirven de pauta o criterio para dar lugar a una regla aplicable a un caso concreto, que teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto, veta una conducta contraria a la buena fe.

Así, bajo esta premisa, podría señalarse que si bien la doctrina de los actos propios tiene la condición de principio de derecho, para su aplicación a un caso concreto es necesario que dé lugar a una regla que aborde la situación específica.

Jaramillo adhiere a una noción “eclectica” de la doctrina de los actos propios, de modo que, además de calificarla como una regla, admite que tiene también la condición de “principio jurídico”, aunque no un “principio general” (Jaramillo 2014: 205).

La doctrina de los actos propios es un concepto basado en la confianza, que por tanto es flexible y se adapta a las circunstancias del caso. El hecho que sea un principio de derecho genera entonces como ventajas para su aplicación: (i) un alto margen de adaptabilidad a las circunstancias del caso; (ii) su invocación aunque no haya un texto normativo que la enuncie expresamente y con precisión; y, (iii) su aplicación residual en caso no haya ninguna regla que se adapte con mayor precisión a las circunstancias del caso. Todo esto permite a la doctrina de los actos propios ocupar las rendijas que el ordenamiento jurídico no haya cubierto de forma expresa para remediar aquellas situaciones en las cuales la confianza razonable ha sido traicionada como consecuencia de una contradicción inaceptable.

Ahora bien, parece contradictorio que tratándose de un principio de derecho y que por tanto su aplicación deba ser dúctil, al mismo tiempo se exija prolijidad en la revisión de sus requisitos. Sin embargo, no hay paradoja alguna, pues la elasticidad de esta doctrina es compatible con la rigurosidad en la revisión de las circunstancias que motivan su aplicación. Una dosis adecuada de flexibilidad y de rigor solo puede encontrarse con una cuidadosa revisión de los hechos.

Es precisamente esta combinación de maleabilidad y rigurosidad es lo que ha hecho de la doctrina de los actos propios o del estoppel, herramientas decisivas para la solución a los problemas de los comerciantes sobre la base de la *lex mercatoria*.

2.14 Ideas finales.

Creo en una concepción que reconoce al Derecho como el resultado de la interacción humana y por tanto como “funcional”; no como una “creación” por un orden superior (el “Derecho Natural” o un orden preconcebido). Ello no excluye nociones de moralidad, dado que esta es resultante de la interacción humana, como consecuencia del ejercicio de discernimiento previo a la toma de decisiones. La noción de moralidad que corresponde a la reducción de la incertidumbre y la protección de la confianza, es pues la buena fe.

La confianza es crucial para garantizar operaciones contractuales seguras, con instrumentos jurídicos que incentiven la suscripción de contratos como medio de generación de bienestar a través del respeto a las promesas realizadas. Es en este punto que la buena fe cumple un rol fundamental, puesto que es expresión de la coherencia en el actuar y de la protección de las expectativas razonables generadas por la conducta de las partes en determinado sentido, las cuales se ven defraudadas por la contradicción no justificada en el pacto o en la ley.

La buena fe y la necesidad de proteger la confianza razonable corresponden a un estado psicológico, que asume como natural y razonable actuar en el futuro sobre la base de lo que ha ocurrido en el pasado. Los sujetos tienen pues el

derecho a cambiar de opinión –sin que medie incumplimiento-, de modo que la invocación de la doctrina de los actos propios debe ser excepcional. Esta excepción debe estar amparada no solamente en un estado mental con el cual el afectado justifica su propia creencia, sino que debe acreditar que su expectativa está fundada en razones contundentes y que además, la alteración de la conducta de su contraparte motivó una actuación que le ocasionó perjuicio.

Nótese que la exigencia de que la confianza invocada como fuente de la doctrina de los actos propios sea razonable, se sustenta en la necesidad de balancear la protección que esta herramienta ofrece a las dos partes involucradas. Así, de un lado, la doctrina de los actos propios protege a aquel que confió en que el comportamiento del otro sujeto no se alteraría, pero de otro lado, no basta con que se produzca un estado mental de confianza para conferir la protección, sino que es indispensable que dicha confianza sea razonable; es decir, que quien alteró su conducta haya estado en condiciones de prever que ese cambio podía afectar las expectativas del otro sujeto.

La manera más equilibrada de balancear la flexibilidad que es propia de la doctrina de los actos propios por tratarse de un principio de Derecho, con la seguridad y predictibilidad de los intercambios, es exigir la acreditación de ciertos presupuestos para que opere. A dichos requisitos y a las consecuencias de su aplicación me referiré en el capítulo que sigue.

Es el doble filo de la protección conferida por la herramienta de los actos propios -proteger tanto a quien confía como a quien se contradice- lo que justifica que, como se dijo al inicio, la “alteridad” es una de las notas esenciales de la justicia (Bianchi e Iribarne 1984: 856).

CAPÍTULO III

DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: REQUISITOS PARA OPERAR Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN

“Mesura, tacto, y suma cautela, son pues virtudes que el juzgador debe observar, pues reconociendo su singular magnetismo, la magia que la rodea, el *iudex* no se puede dejar envolver o seducir por sus avasalladores encantos, ante los cuales no debe rendirse, so pena de esclavizarse y, por ende, esclavizar la justicia, como quiera que, mal entendida, mal aplicada, antes que bienhechora, puede convertirse en una institución erosiva, y paradójicamente injusta”⁸⁴.

3.1 Introducción. La doctrina de los actos propios como expresión del deber de coherencia.-

En el capítulo primero concluí que los tribunales que analizan controversias comerciales sobre la base de la *lex mercatoria* reconocen que la doctrina de los actos propios existe. Esta afirmación, aunque parezca evidente, es importante, pues más allá de que sea invocada o no correctamente, ninguna de las decisiones analizadas desestima su aplicación por considerarla inexistente o inexigible.

Dado que la *lex mercatoria* es el resultado de la interacción entre los comerciantes, lo cual coincide con la concepción de Derecho a la que adhiero, encuentro relevante proseguir este análisis teniendo en cuenta que para resolver buena parte de los conflictos comerciales se admite la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios. Curiosamente, ello ocurre sin que dichas controversias se deban resolver bajo el mandato de normas estatales obligatorias sino más bien de “*soft law*”.

Esto último –que la doctrina de los actos propios se aplique en las controversias comerciales sin que ninguna norma imperativa lo ordene- es una buena razón para ser amigable con su aplicación también en controversias cuya ley aplicable es el propio ordenamiento jurídico formal y no la *lex mercatoria*. Ello, si concebimos el Derecho como el resultado de la interacción y no la causa de ella.

En efecto, el punto de partida de este trabajo es una concepción que reconoce al Derecho como el resultado de la interacción humana y por tanto como “funcional”; no creo que el Derecho sea una “creación” articulada desde un orden superior (el “Derecho Natural” o un orden preconcebido). Entender el Derecho como expresión de las relaciones entre las personas no excluye nociones de

⁸⁴ (Jaramillo 2014: 400).

moralidad, pues las normas morales impuestas en una comunidad son resultado de la interacción entre sus integrantes. El instrumento jurídico para canalizar la noción de moralidad en las relaciones contractuales es la buena fe, que, entendida y aplicada con corrección, sirve para reducir la incertidumbre y proteger la confianza suscitada entre los sujetos involucrados.

La contradicción en el comportamiento para obtener una ventaja y como contrapartida ocasionar una desventaja en la otra parte, es una situación frente a la cual el Derecho puede presentar distintas soluciones. Una de ellas es calificar a la conducta contradictoria como un incumplimiento. En tal caso podría concluirse, con meridiana claridad, que el remedio aplicable sería el previsto contractualmente para ello: intimación en mora, aplicación de penalidades, resolución por incumplimiento, reclamo por daños y perjuicios, entre otros mecanismos de satisfacción de los intereses del afectado.

Sin embargo, no en todas las ocasiones puede concluirse que la actuación de una de las partes de manera contraria a la que razonablemente se hubiera esperado de ella como consecuencia de su comportamiento anterior, supone la calificación de tal situación como un incumplimiento del contrato, y a pesar de ello, sin que medie entonces incumplimiento, la variación del comportamiento que genera incoherencia, puede ser considerada injusta y no protegible.

Cabe preguntarse qué ocurre en esos casos. ¿Hay algún mecanismo distinto a los remedios derivados del incumplimiento contractual que sea aplicable? La buena fe y el deber de coherencia derivado de ella generan que cuando ni el pacto ni la ley justifican la contradicción de la conducta desplegada por una de las partes, que hizo confiar razonablemente a la otra que se mantendría el curso de dicha actuación, se puede usar la doctrina de los actos propios para evitar que la variación genere una desventaja injusta.

Puede tomarse como ejemplo en este punto, la situación descrita en el capítulo primero, que dio lugar a soluciones opuestas por parte de un tribunal alemán y uno español (Díez-Picazo 2014: 254-256). Una finca rústica fue arrendada y se pactó una renta anual, pagadera en una fecha determinada. El primer año la renta se pagó puntualmente. En el segundo año, el arrendatario pidió al arrendador que le permitiese pagar la renta tres meses después de la fecha inicial, luego de recogida la cosecha. El arrendatario accedió expresamente a la solicitud. El siguiente y sucesivos años, sin mediar pedido expreso ni respuesta del arrendador, el arrendatario pagó la renta luego de la cosecha. Finalmente, varios años después de que esta conducta se hubiera repetido, el arrendador demandó al arrendatario la resolución del contrato por incumplimiento y la devolución de la posesión de la finca.

Ambos países compartían similares regulaciones civiles: la fuerza obligatoria de los contratos, la posibilidad de demandar por desalojo y la obligación de actuar de buena fe.

Los jueces alemanes desestimaron la demanda y alegaron que la tolerancia de la repetida impuntualidad en el pago había originado en el arrendatario una confianza fundada, que en todo caso debió ser liquidada mediante una

advertencia por parte del arrendador, lo cual no ocurrió. La advertencia a futuro no habría supuesto una modificación de la fecha de pago original, sino que hubiera servido para ratificar que nuevos retrasos no serían tolerados en los períodos sucesivos. Es decir, la decisión que amparó al arrendatario se sustentó en la doctrina de los actos propios.

El arrendatario demandado venció sobre la base de la doctrina de los actos propios, sin que haya habido incumplimiento de su contraparte. En otras palabras, el arrendador no incumplió su contrato al pretender cobrarle en la fecha indicada de manera expresa en el documento. Es más, el texto le permitía reclamar el pago en una fecha determinada. Sin embargo, los hechos generaron una expectativa protegible: que la fecha de pago estaría acoplada a la fecha de la cosecha.

La decisión de invocar la doctrina de los actos propios no supone una modificación de la fecha de pago, de la fecha prevista en el contrato a una fecha posterior a la cosecha. Es más, estrictamente hablando, si el contrato se mantiene vigente después del litigio, el arrendatario no podría pretender que en el futuro el pago se realice después de recogida la cosecha, pues la protección de su confianza estaría agotada. El pago, en adelante, tendría que hacerse de acuerdo a los términos originalmente pactados, pues técnicamente no hubo una modificación contractual.

En efecto, el “acto que se estigmatiza aquí no es la infracción de un deber, el incumplimiento o la contravención de una obligación, el desconocimiento de un derecho o la violación de una relación jurídica” (Díez-Picazo 2014: 173), pues en efecto si ese fuera el caso, los remedios aplicables al incumplimiento de los contratos quedarían vaciados de contenido.

En buena cuenta, la doctrina de los actos propios, conectada con el principio de la buena fe y con el deber de coherencia en el actuar, sirve para evitar aquella desventaja injusta que no califica como incumplimiento, pues si calificara como tal, no sería necesario invocarla, sino que bastaría con aplicar alguno de los remedios contractuales derivados de la inejecución de las prestaciones.

Tiene razón entonces Díez-Picazo cuando señala que “[l]a palabra queda imposibilitada para contrariar los actos, no porque el sujeto haya quedado vinculado por una voluntad negocial declarada a través de ellos, sino porque debe responder de las consecuencias de la confianza suscitada. Se requiere que la coherencia sea exigible conforme a la buena fe, de modo que no pueda tolerarse la frustración de la confianza suscitada” (Díez-Picazo 2014: 162).

La buena fe y la necesidad de proteger la confianza razonable corresponden a un estado psicológico, que asume como natural y razonable actuar en el futuro sobre la base de lo que ha ocurrido en el pasado. Dado que en principio los sujetos tienen derecho a cambiar de opinión –siempre que no medie incumplimiento–, la invocación de la doctrina de los actos propios debe ser cuidadosa, para lo cual se debe acreditar que la expectativa está fundada en razones contundentes y que, además, la alteración de la conducta de la contraparte motivó una actuación que ocasionó un perjuicio.

Para determinar qué tan amigables podemos ser frente a la doctrina de los actos propios, en este capítulo presento lo que es necesario acreditar para invocarla con éxito en un caso concreto, y cuál es la consecuencia de su aplicación. Por cierto, el grado de apertura y de hostilidad hacia la doctrina de los actos propios varía entre los autores consultados.

Para llegar a este punto, ha sido indispensable que en los capítulos anteriores se haya sido expuesto la doctrina de los actos propios con una óptica histórica, con sensibilidad por lo que de ella piensan las cortes comerciales bajo la *lex mercatoria*, y partiendo de una concepción del Derecho que confiere importancia a los principios por su carácter flexible y adaptativo. Esta triple perspectiva, histórica, filosófica y práctica, es el andamiaje conceptual necesario para responder a la pregunta de qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios en el Derecho Contractual peruano.

3.2 Normas que reconocen el deber de coherencia.-

La doctrina de los actos propios es una manifestación de la necesidad de proteger la confianza suscitada en el marco de una relación jurídica. Esa necesidad de protección es inherente a diversas normas que el Derecho Civil ha previsto para resolver conflictos derivados de la falta de coincidencia entre la realidad y lo que se dice de ella. Como consecuencia de lo anterior, el deber de coherencia y protección de la confianza, que dan sustento a la doctrina de los actos propios, opera a dos niveles.

En un primer nivel, existen normas que recogen soluciones precisas para los casos en los que una parte no cumple su deber de coherencia y pretende traicionar la confianza generada por su comportamiento. Haciendo un trabajo de subsunción, se insertan los hechos en el supuesto previsto y se genera una consecuencia prevista por la norma. El rol de la ponderación es pues limitado.

En un segundo nivel, la doctrina de los actos propios opera por sí misma, con los requisitos y consecuencias que son materia de este trabajo. En este segundo nivel, la doctrina de los actos propios da lugar a un camino independiente para cuestionar la incoherencia en el actuar. Es decir, sin que se haya establecido normativamente una regla específica en la cual encuadrar los hechos, puede invocarse la doctrina de los actos propios para detener una conducta contradictoria con otra anterior que generó confianza en que la primera conducta se mantendría. Su condición de principio de derecho es consistente con la operación de la doctrina de los actos propios en este segundo nivel, pues la actividad de ponderación es esencial para determinar su aplicación.

Antes de presentar cómo funciona la doctrina de los actos propios en el segundo nivel de operación del deber de coherencia, a continuación se mencionan algunas reglas recogidas en el ordenamiento jurídico que se inspiran en el mismo deber de comportarse de manera coherente. Estas normas revelan que, a pesar de regular situaciones diversas, están conectadas por el mismo hilo conductor: la necesidad de proteger la confianza suscitada por las señales que emite el comportamiento.

3.2.1 Primer nivel.- reglas que llevan implícito el deber de coherencia.-

La protección de la confianza razonable opera como sustento de aquellas reglas que, en caso de conflicto entre intereses protegibles, le dan prioridad al sujeto que podría sufrir una desventaja si su contraparte actúa de modo inconsistente con un compromiso previo. En este primer nivel, la discusión sobre los alcances de la doctrina de los actos propios puede calificarse hasta de irrelevante en términos prácticos, pues el conflicto se resuelve de acuerdo con lo que establezca la norma correspondiente.

Usemos nuevamente el ejemplo del contrato de arrendamiento de finca rústica mencionado en el capítulo primero, en el cual se había previsto una fecha de pago fija, pero en los años sucesivos el arrendatario pagó, sin que el arrendador haya reclamado, luego de recogida la cosecha⁸⁵. Recuérdese que para las cortes alemanas el arrendatario tenía razón al pretender pagar luego de la cosecha, mientras que para las cortes españolas el arrendador tenía derecho a que se le pague en la fecha prevista en el contrato.

Si se quisiera asumir la defensa del arrendatario, una posibilidad sería alegar que, en realidad, la voluntad de las partes fue modificar tácitamente la fecha de pago, de modo que en lugar de que la renta deba pagarse en un momento preciso como se previó en el contrato, con su conducta las partes aceptaron que el pago de la renta estaba asociado al momento de la cosecha. Desde luego, para asumir esta posición con solidez debería acreditarse, a partir de la correspondencia entre las partes, por ejemplo, que fue voluntad de estas modificar la fecha de pago por todo el plazo restante del contrato.

En el ejemplo anterior, el arrendatario no necesitaría invocar la doctrina de los actos propios, pues le bastaría con alegar que el contrato fue modificado para que el pago de la renta esté asociado al momento de la cosecha, y que por tanto la contradicción en la conducta del arrendador era en el fondo un incumplimiento del contrato.

En este primer nivel operan las reglas que comparten con la doctrina de los actos propios el mismo sustento. De hecho, las reglas que fijan consecuencias al incumplimiento, desde el pago de intereses hasta la resolución del contrato, se inspiran en la necesidad de proteger la confianza a la que recíprocamente se obligaron las partes. Como la doctrina de los actos propios, en el fondo lo que estas normas sancionan es la vulneración de la confianza generada por la palabra empeñada.

⁸⁵ El primer año la renta se pagó puntualmente. En el segundo año, el arrendatario pidió al arrendador que le permitiese pagar la renta tres meses después de la fecha inicial, luego de recogida la cosecha. El arrendatario accedió expresamente a la solicitud. El siguiente y sucesivos años, sin mediar pedido expreso ni respuesta del arrendador, el arrendatario pagó la renta luego de la cosecha. Finalmente, varios años después de que esta conducta se haya repetido, el arrendador demandó al arrendatario la resolución del contrato por incumplimiento y la devolución de la posesión de la finca.

En tales casos no hay necesidad de invocar la doctrina de los actos propios, pues basta con insertar los hechos del caso en el supuesto contemplado en la norma –incumplimiento del contrato- para luego aplicar sus consecuencias, como el pago de intereses, por ejemplo.

Ello es así porque hay reglas específicas contenidas en el Código Civil que comparten con la doctrina de los actos propios el mismo sustento, de modo que es innecesario invocarla. En el ejemplo anterior, son las normas que señalan que los contratos son obligatorios y que establecen los efectos de las obligaciones⁸⁶.

Hay otros ejemplos de reglas que se inspiran en la protección de la confianza razonable, que es el sustento de la doctrina de los actos propios, y que por tanto se encuentran en el primer nivel. Así, el artículo 194 del Código Civil señala que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente⁸⁷. Por ejemplo, si A y B celebran un contrato de transferencia por el que el primero vende al segundo un vehículo, pero dicho contrato es absolutamente simulado, en caso que a su vez B hubiese vendido el mismo vehículo a C, este último se encuentra protegido, pues la nulidad de la primera venta no le es oponible, incluso si no mediara registro y protección al amparo del artículo 2014 del Código Civil⁸⁸.

El legislador ha preferido proteger a los terceros que adquirieron derechos sobre la base del contrato anterior, que “aparentemente” le confirió título al transferente. Nótese que la simulación absoluta genera nulidad, y que esta no puede convalidarse por tratarse del vicio más severo del Derecho Civil, razón por la cual, en principio, el tercero de buena fe no tendría que ser protegido, pues su transferente carecería de título.

Sin embargo, el legislador decidió protegerlo pues la simulación tiene como requisito esencial para que se produzca, la existencia de un acuerdo simulatorio

⁸⁶ De manera equivocada, un sector de la doctrina asocia la idea de la doctrina de los actos propios al cumplimiento de las obligaciones, limitando su campo de acción al terreno negocial. Así, se ha señalado que “el propósito de la regla es mantener la relación jurídica como fue creada, no permitiendo su voluntaria contravención” y que por tanto “la teoría de los actos propios es la teoría de la fuerza de obligar en materia de obligaciones”. López de Haro, RDP. Citado por Díez-Picazo, p. 171. Como es evidente, en su primer nivel de operación los valores que subyacen a la doctrina de los actos propios inspiran también a las normas que consagran la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, en este nivel la doctrina de los actos propios carece de utilidad práctica, pues no es necesario invocarla para proteger los intereses afectados con el incumplimiento. Como se verá más adelante, la doctrina de los actos propios sí puede ofrecer un aporte a la solución de problemas prácticos cuando opera en un segundo nivel, con mayor autonomía.

⁸⁷ Es curioso que (salvo el artículo 2014, también basado en la apariencia generada por el registro) esta sea la única norma que, frente a actos jurídicos nulos, y que por tanto no pueden ser convalidados, protege a los terceros subadquirentes de buena fe.

⁸⁸ “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

del que son parte los mismos sujetos que celebraron el contrato simulado. Así, si son ellos los que deliberadamente generaron una apariencia que indujo a un tercero a adquirir del titular aparente, en el balance de intereses protegibles es mejor atender a quien actuó sobre la base de la confianza, aun si eso supone en los hechos una suerte de convalidación de un acto nulo por ser simulado.

Hay más ejemplos de reglas que comparten el mismo sustento que la doctrina de los actos propios, de modo que hacen innecesaria su invocación. El artículo 152 del Código Civil dispone que la revocación de la representación debe comunicarse también a quienes intervengan o tengan interés en el negocio jurídico. En caso que se comunique solamente al representante, no podrá ser opuesta a terceros que hayan contratado ignorando la revocación, a menos que esta haya sido inscrita, quedando a salvo los derechos del representado contra el representante.

Si A confiere a B un poder de representación, pero luego lo revoca sin haber inscrito la revocación o sin haber informado a C, que era el futuro contratante, A se verá obligado frente a C por el acto realizado por B, sin perjuicio de reclamarle por los daños generados. Esta norma comparte el fundamento de la doctrina de los actos propios, pues es una regla que protege la confianza. Sin embargo, en caso de una eventual negativa de A a cumplir con su obligación, C no necesita invocar la doctrina de los actos propios, sino el artículo 152 del Código Civil⁸⁹.

Tampoco puede protegerse a quien impide de mala fe el cumplimiento de la condición cuando su realización no le sea conveniente, en cuyo caso la condición se entiende cumplida. Así lo dispone el artículo 176 del Código Civil⁹⁰. Por ejemplo, si A se obligó a transferir a B acciones de una compañía en caso una autoridad administrativa emita la autorización necesaria para operar, se entenderá cumplida la condición, aunque la autorización no haya sido emitida, en caso que A hubiera entorpecido el trámite con el propósito que no se emita.

Otra regla que rechaza las conductas incoherentes es el artículo 226 del Código Civil, según el cual, “Cuando hubiere más de un sujeto que integre la misma parte, la capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 de uno de ellos no puede ser invocada por la otra parte que integre la misma parte, salvo cuando es indivisible la prestación o su objeto”⁹¹. Así, por ejemplo, si A y B se obligan frente a C a adquirir un bien determinado y B tiene restringida su capacidad de ejercicio, A no podrá invocar esta circunstancia frente a C para cuestionar la

⁸⁹ “Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que esta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante”.

⁹⁰ “Artículo 176.- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento”.

⁹¹ Este artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1384. Con una redacción difícil de comprender, el artículo 226 anterior señalaba que “La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra, en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible, el objeto del derecho de la obligación”.

validez del contrato. De nuevo, es incoherente obligarse conjuntamente con una persona para luego evadir la responsabilidad alegando restricciones a la capacidad de ejercicio del co-contratante.

Hay más reglas que obligan a ser coherentes. El artículo 181 indica en qué circunstancias el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo. El numeral 2 señala que ello ocurre cuando las garantías disminuyen por acto propio del deudor. Esta regla es muy interesante, pues deja un espacio para la discusión de qué “acto propio” del deudor que genere una disminución de las garantías puede conducir a la pérdida de su derecho al plazo.

Así, por ejemplo, si el deudor hubiese dado en garantía acciones emitidas por una sociedad de la que además de accionista es director o gerente, y si el valor de las acciones disminuyera por mala gestión, podría intentar alegarse, bajo determinadas circunstancias, que un “acto propio” del deudor –mala gestión– ocasionó la disminución de las garantías y por tanto la pérdida del plazo. No es el propósito de este trabajo profundizar en la aplicación correcta de la norma, pero lo que sí puede sostenerse es que la regla allí establecida, qué duda cabe, comparte el espíritu que subyace a la doctrina de los actos propios.

El artículo 231 del Código Civil señala que “El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma parcial o total, si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”. Esta regla complementa a aquella que permite confirmar los negocios jurídicos anulables, reconociendo la confirmación expresa con la propia conducta.

Si A indujo a B a error, B no puede pretender la anulación del contrato si, luego de advertido el error, ejecuta una de las prestaciones a su cargo. Ello sería incoherente y contradictorio con su propia conducta, pero en tal caso, A no necesitaría invocar la doctrina de los actos propios, pues hay una regla que califica la conducta de B como una renuncia a su derecho de pedir la anulación del contrato.

Otra regla inspirada en el deber de coherencia es el artículo 1275 del Código Civil, según el cual “No hay repetición de lo pagado en virtud de deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito [...]”. Si A le debe a B una suma de dinero, pero ha prescrito el plazo para el cobro, A sigue manteniendo una deuda, aunque B no esté legitimado para cobrarla. Si A paga a pesar de la prescripción, la razón por la que no tiene derecho a recuperar lo pagado es porque el derecho de B no se ha extinguido. Se trata entonces del mismo deber de coherencia emanado de los contratos.

Otra regla contenida en la norma citada es que no hay derecho a repetir lo que se pagó para obtener un fin inmoral o ilícito. Imaginemos que A paga a B una cantidad de dinero para que B soborne a C con el propósito de que este celebre un contrato con A. El acuerdo entre A y B es ilícito, y la consecuencia de ello tendría en principio que ser la restitución de las prestaciones derivada de la

nulidad, pero lo que dispone el artículo 1275 es que A no tiene derecho a la restitución. No hay expectativa ni confianza protegible en A que justifique una devolución de lo pagado.

La vinculación con la doctrina de los actos propios es todavía mayor en el artículo 1524 del Código Civil, según el cual el transferente en una compraventa está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto.

“La fundamentación del saneamiento por hecho propio del transferente en la doctrina de los actos propios justifica que esta doctrina haya cobrado, en este aspecto, aplicación legislativa al ser incorporada a nuestro ordenamiento legal a través de la regulación de dicho saneamiento como una institución que cubre todo el actuar del transferente, en el sentido que no se limita a los casos de evicción, sino que comprende, además, todos sus hechos personales” (De la Puente 2003: 360).

Por cierto, podría replicarse que no siempre el ordenamiento jurídico condena la contradicción, sino que expresamente la permite. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 1384 del Código Civil, la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación. Algo parecido ocurre con las arras de retractación previstas en el artículo 1480 del Código Civil, que permiten a las partes cambiar de opinión, pero asumiendo un costo por ello⁹².

No hay razón para sorprenderse por ello, porque el ejercicio de la libertad está acompañado de la posibilidad de cambiar de opinión. El hilo conductor de las normas que no toleran la contradicción es que el comportamiento inicial ha generado confianza razonable en las propias partes o en terceros, que debe ser protegida. De allí que la norma citada en el párrafo anterior permita el retiro de la oferta siempre que no hubiese llegado a conocimiento del destinatario. No hay confianza o expectativa que proteger, de modo que es posible contradecirse.

La intolerancia a la contradicción también opera fuera del espacio contractual. Así, por ejemplo, el artículo 285 del Código Civil señala que el matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe. Una vez más, el legislador civil ha tomado la decisión de priorizar la confianza de los terceros frente a la realidad jurídica. Así, se tiene por válida una relación conyugal y por tanto el consiguiente divorcio, cuando en realidad el matrimonio nunca tuvo validez y por tanto no debió producir efectos. Esto puede ser sumamente relevante si, por ejemplo, el divorcio generó una liquidación patrimonial que pretende cuestionarse.

Otro ejemplo que revela que el sustento de la doctrina de los actos propios

⁹² “Artículo 1480.- La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos”.

subyace a distintas reglas específicas adoptadas para proteger la confianza suscitada por la apariencia, también fuera del ámbito contractual, es el primer párrafo del artículo 944 del Código Civil, según el cual, cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de esta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. La regla es equitativa, pues obligar al invasor a destruir lo construido implicaría pasar por alto la omisión del propietario afectado, y de otro lado, mantener la edificación sin pagar por el terreno invadido sería confiscatorio.

Lo que las normas antes citadas revelan es que el deber de actuar coherentemente no solamente tiene fundamento en el principio de la buena fe, sino que además tiene racionalidad económica.

“[...] donde radica el fundamento o soporte económico más saliente de la protección de la coherencia conductual, en adición de la preservación de la confianza de los actores y agentes económicos, es en el tema relativo a los costos: la coherencia comportamental, expresado en términos realistas, es sustancialmente menos costosa que la incoherencia y, en esa medida, económicamente se alcanza una mayor y sostenida eficiencia. Al fin y al cabo, los comportamientos abruptos, sorpresivos y contradictorios, minan la confianza e incrementan las erogaciones asociadas a cada actividad. La coherencia, por el contrario, estimula las relaciones, mitiga la necesidad de adoptar ciertas precauciones adicionales y reduce la aversión, con lo cual, naturalmente, se reducen costos y se aumentan utilidades. De hecho, como se anticipó, la propia medición econométrica, devela que la incoherencia es más costosa que la coherencia, lo cual, entre otras proyecciones más, no solamente se irradia en el ámbito microeconómico, sino también en el macroeconómico” (Jaramillo 2014: 84).

Como puede apreciarse, en este primer nivel de análisis, el sustento de la doctrina de los actos propios –la protección de la confianza razonable- subyace a diversas normas que en caso de conflicto dan prioridad a quien podría sufrir una desventaja como consecuencia de que su contraparte actúa de forma inconsistente con su conducta previa. Presentado el supuesto de hecho de la norma, puede exigirse su consecuencia, sin tener que invocar la doctrina de los actos propios.

Por ejemplo, quien contrata por error no puede alegar la invalidez del contrato si con su conducta lo ha confirmado⁹³. En tal caso no necesita alegar la doctrina de los actos propios, sino la regla específica que así lo determina, que por cierto se sustenta también en el deber de coherencia.

Ahora bien, el deber de coherencia puede plantearse en un segundo nivel de análisis, pues una parte puede contradecirse o ser incoherente sin violar aquello a lo que se comprometió expresamente o sin vulnerar una regla específica. De ahí la importancia de distinguir, aunque estén conectados, el deber de coherencia de la fuerza obligatoria del contrato, pues mientras esta última

⁹³ “Artículo 230.- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa en contrario”.

constríne a las partes a ser fieles a su compromiso, el primero obliga a las partes a ser fieles con ellas mismas y a tener constancia y uniformidad en su comportamiento, para no defraudar a quienes hayan confiado en el mantenimiento de dicha situación (Bernal 2013, pp. 83-84).

3.2.2 Segundo nivel.- el deber de coherencia en la doctrina de los actos propios.-

Como ya se ha dicho, la doctrina de los actos propios debe aplicarse sin invocar una infracción contractual directa. Y ello es así porque no deriva de la fuerza obligatoria de los contratos, sino que comparte con ellos una fuente común: el deber de coherencia del comportamiento para no frustrar las expectativas razonables generadas en otras personas.

Ambos, tanto la doctrina de los actos propios como el principio de obligatoriedad de los contratos, son inhibidores de las conductas contradictorias, pero cada uno genera ese efecto dentro de su propio marco de acción.

Esta investigación se concentra en el estudio de la doctrina de los actos propios en un segundo nivel, aquel en el cual opera como remedio frente a una situación para la cual no existe norma positiva que prevea una solución específica. Es decir, la doctrina de los actos propios opera en caso que un sujeto sufra una desventaja como consecuencia de que su contraparte actúa de manera inconsistente con su conducta previa y pretende obtener una ventaja a partir de ello, lo cual es contrario al principio de la buena fe⁹⁴.

Ahora bien, el deber de coherencia no es absoluto, pues es exigible mientras sea razonable. De allí que el deber de coherencia no excluya la posibilidad de cambiar de opinión, aunque sí la limite, al exigir que se tenga en cuenta la confianza legítima que se hubiese generado. Por eso, el ordenamiento jurídico permite los cambios de comportamiento de una parte en la medida que no se lesione la confianza depositada en la otra, o que en todo caso se asuma los costos por ello (por ejemplo, la revocación de la oferta o las arras de retractación, respectivamente).

Es en este segundo nivel donde se presentan los problemas de mayor complejidad, y donde se cuestiona tanto la posibilidad de aplicarla como los alcances de la aplicación.

Puede notarse en este punto la conexión con las conclusiones alcanzadas al analizar la doctrina de los actos propios de cara a la *lex mercatoria*, pues las cortes invocan con soltura su aplicación independientemente de lo que dispongan los ordenamientos jurídicos de las partes de las controversias, de modo que la doctrina de los actos propios opera como una suerte de comodín, que se adapta a situaciones de hecho de la más diversa índole. Así, lo que se “escapa” del Derecho positivo se resuelve por la vía de la doctrina de los actos propios.

⁹⁴ Según Bernal (2013: 84), algunos autores franceses separan la buena fe del deber de coherencia; sin embargo, ambas figuras son indisolubles, pues el deber de coherencia es un deber colateral de conducta derivado de la buena fe.

Ahora bien, es importante fijarle límites para evitar la pérdida de predictibilidad y de seguridad jurídica. Para ello no solamente es necesario recordar que la doctrina de los actos propios opera de manera excepcional, sino que debe fijarse con la mayor precisión posible –a pesar de su ductilidad- cuáles son los requisitos para que opere, cuáles son sus consecuencias, y sobre todo, de qué figuras se distingue. Es decir, tan importante como saber qué es la doctrina de los actos propios, es saber qué no es esta útil herramienta jurídica. “Se trata de una idea simple: nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro” (López Mesa 2009: 191).

La idea parece simple, pero su aplicación práctica no lo es. La contradicción es humana, y esa es la premisa de la libertad. De ahí que la aplicación de la doctrina de los actos propios, como ocurre con la teoría del error, no sea tarea sencilla. A continuación, se verá cuáles son los requisitos necesarios para que opere.

3.3 Presupuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios.-

Los presupuestos para que opere la doctrina de los actos propios son tres. En primer lugar, una conducta desplegada por un sujeto en el marco de una relación jurídica, que sea relevante, inequívoca y objetiva. En segundo lugar, una conducta posterior contradictoria con la primera. En tercer lugar, que los sujetos involucrados en ambos momentos sean los mismos. La clave para determinar la posible invocación de la doctrina de los actos propios es la generación de confianza razonable en el sujeto pasivo de la conducta, en que el primer comportamiento se mantendría en el tiempo.

3.3.1 Conducta relevante, inequívoca y objetiva.-

La doctrina es unánime al indicar que el primer elemento para la aplicación de la doctrina de los actos propios es la existencia de una conducta con relevancia jurídica que haya generado confianza razonable en que se mantendría en el tiempo. Debe tratarse de una conducta relevante, pertinente, idónea, en otras palabras, calificada para influir en el entendimiento de otra persona. Este requisito es indispensable, pues sin una conducta anterior o previa no puede producirse un acto posterior incoherente o contradictorio.

Para concluir en qué casos es posible dotar a la conducta previa de la aptitud de generar confianza y por tanto permitir al afectado con la contradicción invocar la doctrina de los actos propios, es necesario tomar posición sobre qué estándar de buena fe debe aplicarse. En otras palabras, para decidir si la conducta relevante que es contradicha es idónea para generar confianza protegible, debe optarse por un estándar de buena fe subjetiva o por uno de buena fe objetiva. He optado por lo segundo.

3.3.1.1 Conducta vinculante bajo el prisma de la buena fe objetiva:

Estimo como Jaramillo que la conducta “debe ser valorada desde un ángulo esencialmente objetivo, carente de toda coloración subjetiva, vale decir que la

intentio de que quien la ejecuta (actor o emisor), no desempeña un *rol* especial, toda vez que lo decisivo, más allá de que exista intencionalidad, es el hecho concreto que la confianza suscitada en el destinatario a raíz de la citada conducta inicial, detonante de la protección que brinda el ordenamiento [...]” (Jaramillo 2014: 334).

Como se señaló en el capítulo primero de este trabajo, la buena fe objetiva es un patrón de referencia que consiste en un parámetro flexible, cuya determinación concreta queda a discreción de las partes, y a falta de acuerdo, del juez. Por su lado, la buena fe subjetiva o buena fe-creencia alude al estado de ánimo de quien está persuadido de ejercer de manera legítima un derecho propio, sin lesionar un derecho ajeno.

La buena fe objetivamente considerada es pues un estándar jurídico, un modelo de conducta social, una conducta considerada socialmente como arquetipo.

En tal sentido, si la finalidad de la doctrina de los actos propios es repudiar las conductas que vulneran la confianza razonable generada por el propio comportamiento, quien alega el cambio de conducta en perjuicio suyo debe sustentar precisamente por qué es razonable sostener que su confianza fue traicionada. No le basta invocar un estado psicológico que le generó una ferviente expectativa, sino que tiene la carga de probar en qué medida se le dio a entender que la contraparte actuaría de una forma concreta, y en qué medida es razonable esperar que otra persona, en sus circunstancias, hubiera esperado lo mismo, para lo cual será necesario un estándar de buena fe objetiva.

A la misma conclusión llega Héctor Mairal:

“El fundamento de la doctrina de los actos propios parece así bifurcado. Por una parte, se invocan en su apoyo los principios de buena fe, lealtad y probidad, poniendo así de resalto consideraciones valorativas que parecerían enfocar la intención de las partes. Por la otra, se sostiene que la conducta produce efectos independientemente de la intención del actor, ya que debe protegerse la confianza que los terceros puedan haber depositado en la apariencia creada por tal conducta: de allí la necesidad de hablar, en estos casos, de buena fe *objetiva* [...]” (Mairal 1988: 14).

Sin embargo, no hay coincidencia absoluta sobre este asunto en la doctrina. De hecho, para Manuel de la Puente, la doctrina de los actos propios cabe en la concepción subjetiva de la buena fe, “pues quien ha tenido una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz debe, por un lado, adecuar su conducta posterior a la observada anteriormente y, por otro lado, crea en la contraparte la confianza de que continuará conduciéndose de la misma manera, salvo que las circunstancias cambien” (de la Puente 2003: 357).

En el fondo, esas razones pueden ser invocadas para sostener la posición contraria y concluir que la perspectiva de buena fe es la objetiva. De hecho, este estándar exige que, de un lado, la conducta posterior se adecúe a la anterior, y que se haya creado confianza en la contraparte de que se actuará de la misma manera, como propone de la Puente.

Usemos una vez más el ejemplo del arrendatario de la finca, que según las cortes alemanas permitía invocar la doctrina de los actos propios para amparar el pago de la renta anual en la época de la cosecha y no en la fecha precisa establecida en el contrato. En el ejemplo que ya se ha explicado, lo relevante no es analizar si la reiterada anuencia del arrendador a que se le pague una vez que el arrendatario percibiera los fondos provenientes del aprovechamiento de la cosecha, generó confianza en el arrendatario de que su contraparte mantendría la misma posición en el futuro, sino que lo pertinente es analizar si cualquier persona razonable, en sus circunstancias, habría pensado lo mismo. Es en este punto donde se encuentra la importancia de definir si el estándar de buena fe es objetivo o subjetivo.

El hecho que el estándar de buena fe sea objetivo conduce a dos resultados. De un lado, la expectativa de la parte afectada por el cambio de conducta debe ser compartida por cualquier persona razonable en las mismas circunstancias. De otro lado, no es relevante la intención de quien cambió de opinión.

Así, en el ejemplo del arrendamiento de la finca, bajo un estándar de buena fe debe verificarse si una persona razonable, en las circunstancias del arrendatario, habría tenido buenas razones para confiar en que el pago de la renta seguiría vinculado al momento de la cosecha, a pesar de que el contrato previó una fecha diferente.

Propongo entonces que el punto de referencia en el análisis de la doctrina de los actos propios bajo un estándar de buena fe objetiva no sea solo la parte que cambia de conducta, sino también la parte que confió en que no cambiaría. Desde luego, este análisis debe efectuarse a partir de un estándar abstracto y no concreto; es decir, al determinar si el sujeto pasivo de la conducta tenía razones para confiar en que se mantendría en el tiempo, se debe emplear un estándar de razonabilidad.

El hecho que la contradicción haya sido deliberada o incluso dolosa es irrelevante para determinar la aplicabilidad de la doctrina; puede serlo, en todo caso, para un eventual análisis de daños. Es más, la conducta puede ser vinculante, aunque no haya voluntad sobre sus consecuencias, las cuales debieron preverse o conocerse por el protagonista del comportamiento repetido, bajo un estándar abstracto de razonabilidad.

Por el contrario, poner el acento en el análisis en la contraparte, es decir, en el afectado por la alteración del comportamiento, permite deslindar la ingenuidad o incluso el aprovechamiento -lo que es inaceptable- de una verdadera y razonable expectativa en que la conducta primigenia se mantendría.

Así, el estándar objetivo no sirve para analizar si el sujeto que cambió de comportamiento actuó o no deliberadamente, pues ello es irrelevante a efectos de determinar si es aplicable la doctrina de los actos propios (en todo caso, podría ser relevante para definir un asunto de daños). Lo significativo es procurar que la confianza de la contraparte sea protegida. Y para saber si debe serlo, dicha confianza debe responder a un estándar objetivo de buena fe, que nos

permita concluir que otra persona razonable, en sus circunstancias, hubiera esperado lo mismo.

Como consecuencia de lo anterior, haya habido o no mala intención de quien altera la conducta, lo pertinente para analizar si es aplicable la doctrina de los actos propios es que la contraparte haya confiado razonablemente en que el comportamiento inicial se mantendría, bajo un estándar de buena fe objetiva. Sostener lo contrario generaría incentivos para el descuido y la inseguridad jurídica, y lo que es peor, comprometería las bases filosóficas del Derecho Contractual, que es la libertad, la libertad incluso para contradecirse.

Manteniendo el eje del análisis en la parte afectada por el cambio de conducta y no en quien la cambia, como propongo en los párrafos anteriores, se podría intentar sostener que la buena fe subjetiva juega un rol en la doctrina de los actos propios. De hecho, así lo ha hecho Salah Abusleme al decir que:

“[...] [L]a única función razonable que la buena fe subjetiva puede tener en la aplicación de esta doctrina aparece como la de desechar aquellos casos en que ha existido mala fe de quien pretende invocarlas en su beneficio. Como lo señala Ducci, la protección de la buena fe trae como consecuencia el castigo de la mala fe. En ese sentido, no podrán invocar las doctrinas de la protección a la apariencia o de los actos propios, respecto de quienes se acredite la mala fe” (Salah 2008: 199).

Nótese que en el fondo, la autora citada aboga por un sistema binario de buena fe, que es lo mismo que sostengo en el capítulo segundo de este trabajo, puesto que siempre que no hay buena fe, hay mala fe. Lo mismo sostiene De Trazegnies, pero a la inversa: la buena fe es la ausencia de mala fe.

También estoy de acuerdo con la autora en que el eje del análisis no es quien modifica su conducta, sino quien se ve afectado por el cambio. En lo que no estoy de acuerdo con ella es en que la medida de ese análisis sea la buena fe subjetiva.

Cuando alguien alega la aplicación de la doctrina de los actos propios, su expectativa se debe cotejar, a través de un estándar objetivo, con la que se esperaría de otra persona razonable en su lugar y circunstancias. En tal sentido, si quien invoca la doctrina actúa de mala fe (subjetiva), entonces carece de buena fe (aplicando el sistema binario que propongo y que la autora reconoce). Ello puede cotejarse con lo que se esperaría de una persona razonable en su lugar y circunstancias. Si una persona razonable en su lugar y circunstancias no hubiera confiado en que la conducta inicial se mantendría, entonces quien invoca la doctrina de los actos propios debería fracasar en el intento.

Por ejemplo, en el caso del arrendamiento de la finca rústica, si el arrendatario actúa de mala fe (subjetiva) al pretender pagar luego de la cosecha y no en la fecha indicada por el contrato, a pesar de que la anuencia del arrendador no fue contundente, debería cotejarse esa actuación con la que tendría otra persona razonable en las mismas circunstancias. Este contraste o cotejo es resultado precisamente de la aplicación de un estándar de buena fe objetiva.

De nuevo, para determinar si es sensato o no confiar en que se mantendría la conducta desplegada durante la ejecución del contrato, no es indispensable preguntarse si quien la alteró actuó de mala fe o no, porque perfectamente podría haber obrado de buena fe y aún así soportar las consecuencias de la doctrina de los actos propios.

El eje del análisis es entonces la expectativa generada en la contraparte. Para definir si esta confió razonablemente en que la conducta inicial continuaría en el tiempo, debe acudirse a un estándar objetivo de conducta, que permita confrontar su expectativa con la de una persona razonable en su lugar y circunstancias. Si coinciden, entonces no puede haber mala fe; en otras palabras, sostener que hay mala fe sería contradictorio porque no es lo que se esperaría de una persona razonable en sus circunstancias.

Nótese que el estándar de buena fe objetiva aplicado exitosamente sobre quien invoca la doctrina de los actos propios en el fondo purga toda posible alegación de mala fe de su parte, pues si la tuviera, no podría demostrar que cualquier persona razonable en sus circunstancias también habría visto frustrada sus expectativas. Y esto es importante teniendo en consideración que, como consecuencia de que la libertad para contradecirse es la premisa, la carga de demostrar que se aplica la doctrina de los actos propios es de quien la alega.

En todo caso, si la “víctima” de la contradicción tuviera mala fe, su acreditación por la contraparte sería complicada, dado que, en su defensa, aquella podría alegar que cualquier persona razonable en sus circunstancias también habría confiado en que la conducta inicial se preservaría.

En efecto, “[...] 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” (Corral 2010a: 103). Uno no debe confiar en que las personas no cambian de opinión, pero cuando el cambio inesperado produce un efecto desproporcionado, será el sujeto que incurrió en inconsistencia quien debe asumir el riesgo.

De allí que estén excluidas las meras opiniones o expresiones circunstanciales que no tienen posibilidad de generar expectativas y que por tanto no son conductas vinculantes. Son vinculantes “cuando expresan objetivamente una actitud actual frente a una situación jurídica, pero no cuando son simple manifestación de un propósito o perspectiva de un cambio futuro” (Díez-Picazo 2014: 261).

El profesor Díez-Picazo pone como ejemplo de una conducta que no genera expectativa, la del arrendador que comenta informalmente su intención de derribar el local al final del arrendamiento. Debido a ello, el arrendatario no cumple su deber de dejar en buen estado el local, pues asume que no sería necesario. El arrendador puede exigir el cumplimiento sin que se invoque la

doctrina de los actos propios, pues la simple manifestación de un propósito no es una conducta vinculante (Díez-Picazo 2014: 261)⁹⁵.

La doctrina de los actos propios, como demuestran las decisiones emitidas al amparo de la *lex mercatoria*, se aplica revisando minuciosamente los hechos de cada caso, de modo que no es una herramienta que opera automáticamente una vez verificado un supuesto y consecuencia. Esto último es muy importante de cara a la definición del estándar de buena fe y justifica que sea la buena fe objetiva el patrón relevante.

Por ejemplo, en el caso del contrato de arrendamiento sobre la finca rústica, al que ya se ha hecho referencia, es posible que el arrendatario, en buena fe, hubiese creído que la autorización del arrendador de pagar después de la cosecha y no cuando el contrato decía, era suficiente para que durante los años sucesivos los pagos se realizaran de la misma manera. Si se aplicase un parámetro de buena fe subjetiva, bastaría con acreditar que ese fue el real entendimiento del arrendatario.

No obstante, cualquier persona razonable en las mismas circunstancias no tendría por qué creer que una autorización específica para un período de renta anual determinado debería extenderse a períodos sucesivos. En tal sentido, aplicando el patrón de buena fe objetiva, la invocación de la doctrina de los actos propios por parte del arrendatario no podría prosperar. Para que, en buena fe objetiva, la demanda sea amparada, tendría que probarse que además de la autorización específica para un período de renta determinado, la conducta permisiva del arrendador se fue extendiendo en el tiempo conforme los pagos se recibían sin objeción alguna.

Ello es así porque, como se ha señalado, un estándar objetivo de buena fe exige a quien invoca la doctrina de los actos propios, demostrar que su expectativa es la misma que habría tenido otra persona razonable en sus circunstancias.

3.3.1.2 Funciones de la buena fe en la doctrina de los actos propios:

Habiendo asumido que es la buena fe objetiva la que define el prisma con el cual se analiza si la conducta es vinculante, la siguiente pregunta pertinente es ¿cuál de las funciones de la buena fe deja espacio para la aplicación de la doctrina de los actos propios?

La buena fe contractual se expresa en la interpretación del contrato, en su ejecución y en su integración. Es tentador concluir que la doctrina de los actos propios es expresión de la función integradora de la buena fe, considerando que ella es la fuente de los llamados “deberes de protección”, noción acuñada por la doctrina jurídica alemana.

Efectivamente, ante las discusiones que se produjeron sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad generada por los daños a la persona o a los bienes de la contraparte en ejecución del contrato, lo cual tenía un impacto en la presunción o no de la culpa, tanto la jurisprudencia alemana

⁹⁵ En el ámbito del *estoppel* se diría que la conducta debe haber creado una *representation*.

como la francesa concluyeron sistemáticamente que se trataba de responsabilidad derivada del contrato⁹⁶. Para ello, la doctrina alemana construyó la noción de los “deberes de protección”.

“En la doctrina moderna se debe a la obra de Stoll una completa elaboración de tal categoría, cuyo pensamiento, a continuación, será brevemente sintetizado. Cuando se instaura una relación contractual las partes exponen sus esferas jurídicas al peligro de que la actividad de una pueda generar un daño a la persona o al patrimonio de la otra; es entonces aquí donde interviene el principio de la buena fe para regular el comportamiento de los sujetos, creando una serie de deberes dirigidos a la protección de los intereses que pudiesen ser perjudicados por aquella actividad. Estos deberes vienen definidos, en razón del objetivo al cual tienden, como deberes de protección (*Schutzpflichten*)” (Benatti 1960: 355-356).

Paralelamente, en Francia surgió la teoría de las *obligations de sécurité*, por primera vez propuesta por la Corte de Casación, mediante una decisión adoptada en 1911 a propósito de un contrato de transporte (Benatti 1960: 357).

Ambas teorías, la alemana y la francesa, fueron elaboradas a partir de decisiones jurisprudenciales, inspirándose en el deber de buena fe en su dimensión integrativa.

¿Es esta dimensión, la de integración del contrato, la que da lugar a la doctrina de los actos propios? Estimo que no. La dimensión integradora del contrato no es necesaria para concebir la doctrina de los actos propios, como tampoco lo es su perspectiva interpretadora.

La doctrina de los actos propios puede aplicarse por los juzgadores porque es una herramienta permitida por el ordenamiento jurídico, considerando que emana de la buena fe y que esta es un principio de derecho. En algunas ocasiones el conflicto puede resolverse interpretando o integrando las estipulaciones contractuales, en cuyo caso no sería necesario hacer uso de la doctrina de los actos propios. En otros casos será la propia ley la que arroje la solución, al encuadrar los hechos como una situación de abuso de derecho, o al calificar la contradicción como un incumplimiento puro y simple, por ejemplo.

Si hubiera entonces que encuadrar la doctrina de los actos propios en alguna de las tres facetas de la buena fe que se han mencionado (interpretación, integración y ejecución), correspondería hacerlo en la dimensión de la buena fe para la ejecución del contrato, que brinda un remedio para las situaciones en las cuales cualquier persona razonable en circunstancias similares habría confiado en que una conducta primigenia se mantendría en el tiempo de ejecución del contrato.

⁹⁶ Por ejemplo, en una taberna, una bola de billar lesiona a un jugador de ajedrez ubicado a poca distancia; se discutió si el dueño del negocio incurrió en responsabilidad contractual; se concluyó que sí, pues uno de los deberes emanados del contrato es el de proporcionar seguridad y protección a los clientes (Benatti 1960: 355).

3.3.1.3 Frecuencia de la conducta vinculante:

Por supuesto, existe la tentación de preguntarse cuántas repeticiones deben producirse para generar confianza razonable en que la conducta va a mantenerse. Pues bien, no es posible determinarlo porque ello dependerá de un sinnúmero de circunstancias, como la periodicidad de las prestaciones, la duración del contrato, el grado de especialización o sofisticación de las partes, el nivel de fluidez de sus comunicaciones, la existencia o no de formalidades, entre otras circunstancias.

A pesar de la dificultad para predeterminar cuál debe ser la frecuencia de la primera conducta vinculante para obtener protección, parecería a primera vista que una sola expresión en un determinado sentido no es suficiente para generar confianza razonable. Sin embargo, el ejemplo que se reseña a continuación demuestra que el análisis debe realizarse caso por caso.

Como es de público conocimiento, se produjo una controversia entre la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el Arzobispado de Lima en relación con la herencia de José de la Riva Agüero y Osma, quien dejó varios testamentos a favor de la PUCP. El propósito fue transferirle la propiedad de diversos bienes, uno de los cuales es el inmueble en el cual opera la Universidad.

Los testamentos no son claros. Si bien se estableció la necesidad de contar con una Junta Administradora de los bienes materia de la herencia, se produjo una disputa sobre los alcances de las potestades de esta Junta para intervenir en el gobierno de la PUCP, a pesar de que la propiedad a su favor se transmitió expresamente de manera “perpetua”.

No es el propósito de este trabajo mencionar todos los argumentos que ambas partes aportaron en los procesos judiciales en los cuales participaron; sin embargo, uno de los argumentos ofrecidos por la PUCP se fundamentó en la doctrina de los actos propios.

La PUCP sostuvo que, en la sesión del 13 de agosto de 1994 de la Junta Administradora, el representante del Arzobispado votó a favor de que la PUCP ejerza la administración de los bienes adquiridos, de modo que más de doce años después (este argumento se planteó aproximadamente en el 2007) el representante del Arzobispado no podía alegar que dicho acuerdo era inválido. “Dichas alegaciones, entonces, por aplicación de la Doctrina de los Actos Propios, deben considerarse inadmisibles o improcedentes” (Bullard 2007a: 153)⁹⁷.

Como ya se ha dicho, el primer requisito para invocar la doctrina de los actos propios es que exista una primera conducta que genere confianza razonable en

⁹⁷ Desde luego, esta afirmación de la Universidad se vincula con diversos temas que, para el punto que pretendo destacar, no son relevantes. Así por ejemplo, la PUCP también alegó que el voto del representante del Arzobispado en la sesión de 1994 configuró una renuncia de derechos (lo que haría innecesario invocar la doctrina de los actos propios). La PUCP sostuvo además que el acuerdo cuestionado por el Arzobispado no adolecía de invalidez, y que en todo caso, la acción para invocar la nulidad ya había prescrito.

que no se alteraría. Analizar si en efecto había buenas razones para confiar no supone fijar de antemano un número mínimo de comportamientos en un período de tiempo, sino que se debe tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Como ya se dijo, en el ya citado ejemplo del contrato de arrendamiento de una finca rústica se aplicó la doctrina de los actos propios puesto que, en los hechos, la fecha de pago de la renta se alteró debido a sucesivos pagos después de la cosecha. Las cortes no suelen indicar un número mínimo de circunstancias para concluir que se generó confianza protegible; sin embargo, suele tratarse de una conducta repetida en el tiempo.

La razón por la que se menciona el caso de la herencia de José de la Riva Agüero y Osma en este punto es que la PUCP no articuló su defensa sobre la base de una serie de conductas desplegadas por el Arzobispado durante un período de tiempo, sino respecto de una en concreto: el voto del representante del Arzobispado en la sesión de la Junta Administradora del 13 de agosto de 1994 para que la PUCP continúe administrando los bienes que heredó, y para que la Junta Administradora se concentre en las mandas y demás encargos contenidos en el testamento.

Para la PUCP, el referido acto generó certeza de que el Arzobispado prestó su anuencia a la administración por la Universidad de los bienes que heredó y de que por tanto se encuentra impedida de contrariar esa conducta. Con mayor razón, por no haber cuestionado dicho acuerdo durante más de doce años.

Otro interesante caso, pero en materia societaria, es ilustrativo respecto a que el análisis de la frecuencia que configura la primera conducta (el acto propio), debe hacerse caso por caso. Así, aunque a primera impresión podría señalarse que una sola expresión en un determinado sentido no es suficiente para generar confianza razonable, el siguiente ejemplo demuestra que sí es posible⁹⁸. En el caso hubo conductas contradictorias; una primera, que suscitó confianza en que la posición se mantendría en el tiempo; y una conducta que apuntó en dirección contraria, que revela un cambio de postura sobre el mismo asunto. Se trataba de dos empresas económicamente vinculadas, una dedicada a la actividad textil y la otra a la actividad inmobiliaria. Tenían objetos sociales distintos, pero ambas empresas se apoyaban mutuamente en sus actividades económicas dado que pertenecían al mismo grupo económico. Una empresa constituyó garantías a favor de la otra y viceversa, a fin de brindarse mayor cobertura financiera. Ninguna de las dos compañías tenía como parte de su objeto social, otorgar garantías para respaldar operaciones de terceros.

Un accionista minoritario (que no pertenece al grupo económico) de la empresa inmobiliaria era a su vez director de dicha empresa. Un tiempo antes había aprobado la decisión de que la empresa inmobiliaria otorgase garantías para una operación realizada a su favor para un crédito personal, por la cual la empresa dio en hipoteca uno de sus inmuebles.

⁹⁸ El caso es real, y tomé conocimiento de él pero sin haber accedido a la identidad de las partes ni a los documentos de sustento.

En el último directorio de la empresa inmobiliaria, al que el accionista-director no asistió por estar fuera del país, se aprobó un paquete de hipotecas a favor de la empresa textil, garantías que comprometían buena parte del patrimonio de la empresa inmobiliaria.

La empresa textil entró en crisis y las garantías fueron ejecutadas, dejando a la empresa inmobiliaria en mala situación patrimonial. El accionista-director ausente demandó la nulidad de los acuerdos adoptados para otorgar el último paquete que garantías, así como la responsabilidad de la sociedad inmobiliaria y de sus directores por haber realizado operaciones que iban más allá del objeto social. Sostuvo que el objeto social de la empresa no tenía previsto otorgar colaterales a terceros.

La empresa garante se opuso a la acción de impugnación del acuerdo alegando la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues la aprobación previa, autorizada por el propio demandante, había generado una confianza razonable en que la interpretación adecuada del objeto social sí permitiría llevar a cabo ese tipo de operaciones, de modo que el cuestionamiento formulado suponía la alteración de una conducta previa que, habiendo defraudado la confianza suscitada, debía ser rechazada.

Como puede apreciarse, un primer requisito para la aplicación de la doctrina de los actos propios es la existencia de una conducta vinculante con aptitud de generar una expectativa razonable, para lo cual el número de actuaciones necesarias dependerá de las circunstancias de cada caso concreto.

3.3.1.4 Legalidad de la conducta vinculante:

Independientemente de cuál es la frecuencia necesaria para que la conducta genere confianza razonable, dicha actuación debe además ser legítima para que la contradicción posterior sea inadmisibles y por tanto para que pueda activarse la doctrina de los actos propios.

Dicho a la inversa, no existen “actos propios” en contravención de normas pues no cabe aplicar la doctrina de los actos propios cuando la primera conducta es contraria a la ley. “Dicho en otras palabras llanas, es indudable que los actos propios ilegales, antijurídicos o inmorales, carecen de efectos vinculantes” (López Mesa 2013: 181).

La doctrina de los actos propios solo puede invocarse cuando la conducta inicial es:

“[...] jurídicamente relevante y plenamente eficaz, nunca para validar la transgresión a un dispositivo de orden público. No debe olvidarse que el referido principio constituye una derivación de la buena fe, y que el rechazo a la conducta contradictoria se fundamenta en la legítima expectativa que pudo despertar la conducta anterior” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. Sentencia de 22 de febrero de 1995. KA, 1996-II. 434) (citada por Jaramillo 2014: 539).

Exigir que la conducta original posteriormente contradicha sea lícita equivale a sostener que “los actos propios son aplicables cuando el sujeto activo de esta teoría tiene un legítimo derecho para ejercer una pretensión lícita” (Padilla 2013: 151).

Imaginemos que A se obliga frente a B a hacer pagos periódicos como contraprestación por un servicio financiero, incluyendo una comisión prohibida por la ley. Si después de un número considerable de pagos periódicos, A excluye el monto que corresponde a la comisión, B no podría invocar la doctrina de los actos propios alegando que el pago reiterado de la comisión le generó confianza suficiente en que seguiría cobrándola. Efectivamente, la pretensión sería ilícita si B exige que A mantenga la conducta original, que infringía la ley.

Finalmente, además de haber generado una confianza razonable y de no contravenir la ley, la conducta que posteriormente se contradice debe ser válida, con los matices que se comentan a continuación.

3.3.1.5 Validez de la conducta vinculante:

Como ha podido apreciarse, un primer requisito para la aplicación de la doctrina de los actos propios es la existencia de una conducta vinculante, con aptitud de generar una expectativa razonable bajo un estándar objetivo de buena fe. Sin embargo, dicha conducta debe además ser legítima para que la contradicción posterior sea inadmisibile.

Cabe preguntarse entonces cómo resolver aquellos casos en los cuales está viciada la conducta sobre la base de la cual se produce la contradicción posterior que podría dar lugar a la doctrina de los actos propios. Las vicisitudes que pueden restar validez a dicha conducta inicial son la anulabilidad y la nulidad.

3.3.1.5.1 Conducta derivada de un contrato anulable por error

No es tarea sencilla determinar si se puede invocar la doctrina de los actos propios cuando el cambio de conducta obedece a la rectificación de un error inicial. El Derecho no solo se construye a partir de la interacción de las personas, sino que, además, específicamente en el ámbito civil, sirve para informar a los agentes contractuales sobre la necesidad de comportarse diligentemente. En otras palabras, el Derecho Civil lanza señales al mercado que incentivan a los agentes a actuar eficientemente.

Sobre esta premisa se ha construido buena parte de las reglas, tanto imperativas como supletorias, del Derecho Contractual. Por ejemplo, el artículo 1430 del Código Civil⁹⁹ es un claro incentivo para prever con anticipación las causales de resolución que hacen innecesaria la intervención judicial. La posibilidad de pactar el daño ulterior, prevista en el artículo 1341¹⁰⁰ debería alentar a los acreedores

⁹⁹ “Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

¹⁰⁰ “Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento

a que, sin perjuicio de fijar de antemano la indemnización por incumplimiento, se admita el resarcimiento que exceda la suma prevista por anticipado. El artículo 1321¹⁰¹ incentiva a no incurrir en un factor de atribución de responsabilidad de alto calibre, como el dolo o la culpa grave, pues si se incumple mediando sólo culpa leve, el resarcimiento se limita al daño previsible. Y así, puede mencionarse numerosas reglas que propician que las partes sean diligentes y que no se premie el aprovechamiento de una parte de las desventajas de la otra.

Ello ocurre precisamente con las reglas del error como causal de anulación de los negocios jurídicos, cuando el artículo 201 del Código Civil impone como requisitos para invocarlo, que la equivocación sea esencial y conocible por la otra parte¹⁰². Sobre el requisito de que sea esencial no me voy a detener, porque es evidente que, siendo la posibilidad de que un contrato sea anulado la sanción más extrema que prevé el Derecho Civil, la concreción de esta medida debe ser excepcional. De ello dan cuenta las reglas de nulidad parcial previstas en los artículos 223¹⁰³ y 224¹⁰⁴ del Código Civil, por ejemplo.

Lo pertinente en este punto es detenerse en el requisito de que el error, además de esencial, sea conocible por la otra parte para que aquel que lo comete pueda solicitar que el negocio jurídico sea anulado.

Esta regla, contenida en el artículo 201 del Código Civil, es una de las normas centrales en la regulación de la invalidez del negocio jurídico. Esta regla tiene implícitos varios mensajes. El primero es evidente, y es que la posibilidad de anular un negocio jurídico no es tarea sencilla, y quien así lo pretende debe soportar la carga de demostrarlo.

a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá para el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

¹⁰¹ “Artículo 132.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

¹⁰² “Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”.

¹⁰³ “Artículo 223.- En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias”.

¹⁰⁴ “Artículo 224.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando estas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal”.

El segundo mensaje está centrado en aquel que se equivoca, pues se exige que el error sea esencial¹⁰⁵. Es decir, no cualquier equivocación puede dar lugar a la anulación del contrato, sino solamente aquella que, de no haberse producido, hubiera arrojado un resultado distinto, al punto que quien se equivocó no hubiera contratado si no hubiera cometido el error, o lo hubiera hecho en otros términos. En otras palabras, la invocación del error no puede ser frívola, pues de lo contrario la seguridad jurídica se vería seriamente comprometida. Por ejemplo, si A compra un vehículo a B, y el color mencionado en el contrato no es aquel que se imaginaba al planear la compra, aunque sí se ubique en la gama de tonalidades de dicho color, difícilmente podrá acreditar que el error cometido era de tan importancia, que de haberlo advertido antes de la compra, esta no se hubiera realizado.

Finalmente, el tercer mensaje, que es el relevante en ese punto, está centrado en la contraparte de quien se equivoca, es decir, en quien se vería afectado con la alegación de anulación. Así como el Derecho es un resultado de la interacción de las personas, el Derecho Civil es creador de incentivos para lograr conductas eficientes y un mecanismo de conciliación de intereses contrapuestos, para poner a las partes, en el inicio del programa contractual, en igualdad de condiciones. Es decir, ambas partes empiezan su relación en igualdad de condiciones, desde el punto de vista jurídico, y ambas cuentan con herramientas para satisfacer sus intereses. Poner a ambas partes en el mismo partidor es un antídoto contra el oportunismo contractual.

La teoría del error no escapa de esta visión del Derecho como mecanismo de armonización de los intereses de las partes. Así como a quien comete el error se le permite anular el negocio si su error es esencial, se le exige también que la otra parte haya tenido la posibilidad de conocer que el error existió¹⁰⁶. De lo contrario, el equilibrio inicial entre las partes, que es lo que el Derecho Civil procura resguardar, se vería seriamente comprometido, pues quien se equivoca podría revertir la situación de manera unilateral –anular el contrato- aun cuando la otra parte no hubiera tenido la posibilidad de negarse a celebrarlo.

Es decir, la carga que se impone a quien no se equivoca como consecuencia de la anulación, es proporcional a la diligencia que se le exige como parte de la dinámica del contrato. Si ella hubiera advertido el error, estando en posibilidad de hacerlo, se habría podido negar a contratar. De esa manera se distribuye el riesgo del error cometido y de la consecuente anulación.

El Derecho Civil plantea la teoría del error con parámetros difíciles de conseguir para aquel que se equivoca. En otras palabras, la posibilidad de anular un

¹⁰⁵ De acuerdo con el artículo 202 del Código Civil, el error es esencial:

“1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto”.

¹⁰⁶ De acuerdo con el artículo 203 del Código Civil, el error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

contrato por error es excepcional, y de ello se ocupa el requisito de la cognoscibilidad del error por la contraparte. Ahora bien, si la contraparte estaba en posibilidad de advertir el error, debe soportar la carga derivada de la anulación. Ello no es otra cosa que un incentivo lanzado por el Derecho Civil para propiciar la diligencia y la seguridad jurídica.

Traída la teoría del error al espacio de la doctrina de los actos propios, cabe preguntarse si quien se comporta de cierta manera sobre la base de una apreciación equivocada, puede cambiar su conducta con el objetivo de corregir el error en que incurrió, sin que la contraparte pueda invocar la doctrina de los actos propios para repeler esa contradicción.

El problema es difícil y la respuesta no es sencilla, y de hecho la doctrina no es unánime en este punto. De un lado, Díez-Picazo sostiene que, en general, si la conducta inicial del sujeto fue errada, ello es irrelevante, pues de lo que se trata es de proteger la confianza y seguridad que su conducta generó en la contraparte, independientemente de cualquier daño sufrido. Así, señala que en base al principio de auto-responsabilidad se debe proteger a los terceros que confiaron en la validez de la declaración equivocada (2014: 272).

Sin embargo, en ciertas circunstancias, el mismo autor señala que:

“El carácter erróneo o equivocado de la conducta puede, en cambio, ser tomado en consideración y, por tanto, la conducta no poseerá valor vinculante, ni impedirá la pretensión contradictoria, cuando el error era conocido del adversario o cuando era de naturaleza tal que cualquier persona razonable debía suponer su existencia. El fundamento de esta conclusión radica en que es inicuo aprovecharse del error sufrido por otro y en que, cuando el error era conocido por el adversario o debió ser razonablemente inferido, no puede hablarse de protección de una confianza suscitada objetivamente y de buena fe por la conducta del sujeto” (Díez-Picazo 2014: 272).

En esta línea, López Mesa sostiene que la existencia de un vicio de la voluntad de cierta significación en el primer actuar impide la aplicación de la doctrina (López Mesa 2013: 173)¹⁰⁷.

López Mesa sustenta su punto de vista en que la ley establece un sistema de anulación de los actos viciados “y no podría indirectamente, por aplicación de una doctrina pretoriana, hacerse tabla rasa con dicho sistema y terminar convalidando actos viciados gravemente. El acto viciado es nulo o anulable, según el caso; pero lo importante de destacar es que un acto viciado no puede ser el primer peldaño de la escalera que lleva a la doctrina de los actos propios” (López Mesa 2013: 174)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Esta coincidencia ocurre a pesar de que el artículo 1266 del Código Civil español no contiene de manera expresa el requisito de que el error deba ser conocible para dar lugar a la anulación. En cambio, al igual que el Código Civil peruano, el Código Civil argentino en cambio, tanto en su versión anterior (artículo 929) como en la actual (artículo 26), exige para la anulación por error, que este sea conocible por la parte que no se equivocó.

¹⁰⁸ Castillo y Sabroso también sostienen que la doctrina de los actos propios no puede ser invocada cuando la conducta previa que posteriormente se modifica está viciada por error.

Por cierto, la jurisprudencia española ha tomado consistentemente esta posición; es decir, cuando los actos fueron realizados por error los jueces suelen no aplicar la doctrina de los actos propios porque no es inadmisibles venir contra ellos (Díez-Picazo 2014: 269).

Esta es la posición asumida también por Tur, cuando señala:

“En el ámbito del negocio jurídico, es cierto que el error al llevar a cabo una determinada conducta que manifiesta una declaración de voluntad integrante de un negocio no puede vincular a quien la realiza, permitiéndose, posteriormente, ir contra ella. Esto se debe a que el error es un vicio que puede dar lugar a la ineficacia del negocio jurídico, aunque podrá también ser este subsanado. En este sentido, puede decirse que ante la conducta errónea no se le permite a la otra parte de la relación jurídica oponerse a la conducta posterior por ser esta contradictoria con la primera, pues se admite la posibilidad de rectificación y convalidación del negocio y, por tanto, de la declaración de voluntad inicial- por quien sufrió el error” (2011: 39-40).

La razón por la cual la doctrina de los actos propios no puede invocarse cuando la conducta inicial proviene de un error, es que el régimen que regula los vicios de la voluntad permite a quien se equivoca (siempre que su error sea esencial y conocible), corregir la situación¹⁰⁹. En otras palabras, el conocimiento del error excluye la buena fe de quien pretende impedir la contradicción en quien se equivoca. Si se pudiera invocar la doctrina de los actos propios frente a esa voluntad de corregir el equívoco, la teoría del error se vaciaría de contenido.

La manera de conciliar ambos mundos –el de los vicios de la voluntad y el del rechazo de la contradicción- es distribuir la carga de comportarse diligentemente. Así, si el error es conocible, quien lo comete sí puede modificar su conducta sin que la contraparte pueda alegar la doctrina de los actos propios. Al contrario, si el error no es conocible, quien lo comete no puede alterar su conducta, pues, dado que la contraparte no tenía posibilidad de saberlo, su confianza debe ser protegida.

“El acto propio vincula, pero sólo *ceteris paribus*. Si se mantiene en T2 [un segundo momento] el estado de cosas que se cristalizó en T1 [un primer momento], es ilegítimo volver sobre la propia conducta [...] una diferencia de *status* entre T1 y T2 existe también cuando el acto concluyente inicial resultó ser una conducta negocial fundada en un error o dolo que permiten la impugnación del compromiso, pero sólo si la otra parte provocó o contribuyó de alguna manera al estado de cosas que llevó a emitir el consentimiento (viciado), pues no cabe anular el propio consentimiento frente a una contraparte contractual a la que no le es imputable el vicio y que se *comprometió* con coste en el negocio, entregando algo o renunciando a otras opciones” (Carrasco 2016: 509).

Estoy de acuerdo con esta posición, con algunos matices que explico a continuación.

¹⁰⁹ No hay precisión sobre cuál es el intervalo de tiempo que debe operar entre una conducta y otra. Este asunto parte de un análisis de cada caso concreto, puesto que si hay una rectificación inmediata, no opera la doctrina de los actos propios (por ejemplo, un extorno bancario). Sin embargo, el hecho de actuar precipitadamente no es necesariamente un atenuante cuando de lo que se trata es de proteger la confianza razonable que generó la conducta primigenia.

En aras de la seguridad jurídica, el regulador civil ha decidido que la alegación exitosa del error sea excepcional; es decir, sólo si, además de recaer sobre un asunto muy importante (al punto que de haberse advertido el error el contrato no se hubiera celebrado o se hubiera celebrado en otros términos), la contraparte de quien se equivoca estuvo en posibilidad de advertir el error.

Nótese que este requisito es difícil de acreditar, y ello no es casual. El mensaje implícito es que los errores no permiten anular el contrato a menos que la contraparte haya decidido seguir adelante pese a saber o haber estado en posibilidad de saber que se cometió una equivocación.

Siguiendo la misma lógica, la doctrina de los actos propios puede ser invocada si se ha cambiado la conducta con el propósito de corregir una equivocación inicial, solamente si tal error no es esencial y conocible; es decir, puede recurrirse a la doctrina de los actos propios cuando la conducta a ser corregida no configura una “equivocación calificada” o un error como causal de anulación del contrato.

En el fondo, debe trasladarse la lógica de la teoría del error que incentiva la diligencia, al espacio de la doctrina de los actos propios. Si el afectado por el cambio de conducta tenía cómo conocer que la conducta inicial partía de una equivocación, no puede beneficiarse luego con la posibilidad de recurrir a la doctrina de los actos propios.

“Cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que este vaya contra su propio acto. Pero ello no se funda en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta” (Borda 2017: 62). Al revés, si el receptor de la conducta no tenía cómo saber del error –es decir, el error no era conocible- sí debería estar en condiciones de aplicar la doctrina de los actos propios, dado que el contrato no está viciado por no haberse cumplido el requisito de que el error sea conocible.

Véase un ejemplo. A se obliga frente a B a entregarle periódicamente productos de características X, y así lo hace durante un tiempo determinado; sin embargo, luego de diversas entregas, A abastece a B con productos de características Y, pues advirtió el error que cometió al celebrar el contrato. B invoca la doctrina de los actos propios frente al cambio de conducta. Asumiendo que el error es esencial, hay dos escenarios posibles para determinar si dicha invocación prosperaría.

De un lado, si B sabía o razonablemente podía saber que A se equivocó al contratar la entrega del producto X, ello significa que el contrato estaba viciado con error y por tanto, la contradicción de la conducta inicial de A es legítima. En tal caso, el riesgo es asumido por quien no se equivoca, pues antes de contratar pudo haber advertido a su contraparte del error cometido y no lo hizo. De otro lado, si B no tenía cómo saber que A se obligó a entregar X pensando que debía entregar Y, el cambio del producto por parte de A es ilegítimo y por tanto B estaría amparado en la doctrina de los actos propios. En tal caso, el riesgo es asumido por la parte equivocada.

Aunque la doctrina de los actos propios no opera cuando los actos fueron realizados por error, admito que este es un problema complejo. Es más, por haber adherido a la tesis de la buena fe objetiva como base de la doctrina de los actos propios, se podría intentar acusar que existe una incoherencia en mi posición.

En esta línea de razonamiento, si se asume la tesis objetiva de la buena fe, en virtud de la cual la intención no es lo relevante, la protección de la confianza debería ser independiente del error sufrido por quien se contradice; en otras palabras, se tendría que aplicar la doctrina de los actos propios para evitar que quien cometió el error contradiga su conducta, aunque lo haga con ánimo de corregirla.

Sin embargo, este cuestionamiento no puede ser exitoso, pues olvida que para que una mera equivocación se eleve a error como causal de anulación, es necesario que la contraparte haya conocido del error o haya estado en posibilidad de hacerlo. En tal caso no habría confianza protegible y por tanto no habría sustento en la buena fe.

En el ejemplo anterior, si B conocía o podía conocer que A se equivocó al contratar el suministro de X, no puede oponerse a que A le entregue Y, porque no habría confianza que proteger.

Solo así puede conciliarse el derecho de una parte a enmendar una conducta fundada en un error con el derecho de la otra parte de invocar la doctrina de los actos propios.

Esta posición fue compartida por el Tribunal Supremo Español, que resolvió una disputa relativa a un contrato de compraventa bastante complejo respecto del cual una de las partes solicitó su nulidad por error. El Tribunal concluyó que no había error y, por tanto, declaró el contrato válido y eficaz. Además, estimó aplicable la doctrina de los actos propios y afirmó que actúa contra sus propios actos quien pretende la nulidad de cláusulas que aceptó con total conocimiento y libertad (Tur 2011: 50).

Nótese que el ejemplo anterior es similar al antes mencionado, del suministro por parte de A a B del producto X. A cambia el producto X por el Y aduciendo que su primera conducta estaba viciada por error. Ante el cambio de conducta, B podría invocar la doctrina de los actos propios con éxito solo si quedaba demostrado que el contrato no estaba viciado por error.

Tur cita esta sentencia como un caso en el que el Tribunal Supremo hizo una suerte de confirmación de un acto ineficaz, pero en realidad, la razón por la que admitió la doctrina de los actos propios fue precisamente la contraria, es decir, que el contrato era válido.

Esta distinción es importante, pues cuando alguien ejecuta un contrato, pero luego exige su anulación por error, su contraparte tiene varios caminos para defenderse. El primero es alegar que el contrato fue confirmado tácitamente; el

segundo es invocar la doctrina de los actos propios. Se trata de caminos conceptualmente distintos.

Un contrato anulable puede confirmarse expresa o tácitamente¹¹⁰. La confirmación tácita ocurre si, conociendo la causal, quien la invoca ha ejecutado el contrato sin objeción alguna¹¹¹. Usando el mismo ejemplo, B podría oponerse al cambio de conducta de A –entregar el producto X y luego el producto Y- alegando que la entrega por parte de A del producto X supuso una confirmación tácita del contrato inválido. Bajo la ley peruana, B tendría que demostrar que (i) A entregó el producto X a pesar de saber que podía pedir la anulación; o, que (ii) hubo hechos que revelaban la renuncia a la acción de anulación.

Además de alegar la confirmación tácita del contrato anulable por error, B podría también invocar la doctrina de los actos propios. Este camino, a diferencia de la confirmación, supone acreditar primero que el contrato no era anulable y que, por tanto, la primera conducta generó confianza protegible en que se mantendría en el tiempo, de modo que su posterior contradicción debe ser rechazada.

No puede haber entonces interferencias o yuxtaposiciones entre la teoría de la anulación por error y la doctrina de los actos propios. Esta última ha ocupado espacios que hoy corresponden a la teoría general del negocio jurídico y, por tanto, su ámbito de actuación se ha visto reducido a lo largo del tiempo, hasta convertirse en un remedio residual. En efecto, como señala Díez-Picazo, no debe perderse de vista que “la teoría general del negocio jurídico es una construcción dogmática relativamente reciente y que es, por tanto, relativamente reciente la idea de la confirmación tácita del negocio ineficaz” (Díez-Picazo 2014: 239).

El hecho que la doctrina de los actos propios haya ocupado espacios que hoy corresponden a la teoría general del negocio jurídico contribuye a generar confusiones sobre su función y la de la confirmación tácita de un acto anulable.

“La prohibición de ir contra los propios actos representa un límite a la facultad de impugnar un negocio jurídico ineficaz, pero esta idea nos conduce de forma directa a la figura de la confirmación tácita, pudiéndose afirmar que la prohibición de ir contra los propios actos es el antecedente histórico inmediato de la figura de la confirmación tácita del negocio ineficaz. [...] Tras la formulación de la categoría de la confirmación tácita [...], no se puede invocar ya esta regla del Derecho para estos casos. [...] Dicha doctrina únicamente se podría aplicar en los casos en que faltara alguno de los requisitos de la confirmación expresa, pudiéndose llegar a resultados similares a los que se obtendrían con la confirmación tácita del negocio ...” [Tur 2011: 50-51].

Como puede apreciarse, la doctrina de los actos propios es residual respecto a los espacios que puede ocupar la teoría del negocio jurídico. En tal sentido, la

¹¹⁰ “Artículo 230.- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

¹¹¹ “Artículo 231.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”.

prohibición de impugnar un negocio anulable que ha sido confirmado no deriva de la posible aplicación de la doctrina de los actos propios, sino de que ese acto viciado ha adquirido plena eficacia y es obligatorio gracias a la confirmación.

3.3.1.5.2 Conducta derivada de un contrato anulable por dolo

Como se ha señalado en el acápite anterior, debe conciliarse el derecho de una parte a enmendar una conducta fundada en un error con el derecho de la otra parte de invocar la doctrina de los actos propios.

Cabe preguntarse si lo mismo puede decirse si la causal de anulación es el dolo. Si se celebra un contrato viciado con dolo, cuando la parte afectada descubre el engaño, está legitimada a solicitar su anulación. Sin embargo, puede decidir confirmarlo expresa o tácitamente.

En el ejemplo utilizado a propósito del error, A suministra a B el producto X, pero luego decide suministrar Y, alegando que por haberse equivocado puede enmendar su conducta inicial. Ante el cambio de conducta de A, B podría invocar la doctrina de los actos propios, siempre que quede demostrado que el contrato era válido por no haber error protegible y que por tanto la contradicción es ilegítima.

En el ejemplo anterior, A cambia de conducta (empieza a entregar Y) al advertir su equivocación. Si logra demostrar que en efecto el error era esencial y conocible, A estará legitimada para enmendar la ejecución. Por su parte, si el contrato es válido, B podría invocar la doctrina de los actos propios.

Ahora bien, en caso que la confusión de A hubiese sido inducida por B; es decir, en caso de dolo, A tendría varios caminos. El primero sería solicitar la anulación del contrato. El segundo camino sería, advertido el engaño, confirmar expresa o tácitamente el contrato. El tercer camino sería cambiar la dirección de la ejecución del contrato.

En esa línea, siguiendo con el ejemplo, si A suministra a B el producto X habiendo sido engañado por B, A debería seguir entregando X en caso que hubiera confirmado el contrato expresa o tácitamente. Si luego de advertir el engaño, A decide más bien no confirmar ni pedir la anulación, sino suministrar Y, B podría recurrir a la doctrina de los actos propios. Sin embargo, la única posibilidad de aplicarla con éxito es que quede acreditada la validez del contrato; es decir, que se concluya que B no engañó a A. En tal caso, si no hubo dolo y por tanto el contrato es válido, A no tendría razón que justifique alterar la ejecución del contrato, pues en caso de hacerlo, B podría alegar que la conducta inicial le hizo confiar que se mantendría en el tiempo.

3.3.1.5.3 Conducta derivada de un contrato nulo

La reflexión anterior partió de la premisa que la anulación de un contrato por error no es tarea sencilla, y que aquel que lo alega debe acreditarlo. En tal sentido, si quien supuestamente se ha equivocado se considera legitimado para corregir su conducta anterior porque su voluntad ha estado viciada, deberá demostrar que su error era esencial y conocible por su contraparte. Como contrapartida, quien

pretende invocar la doctrina de los actos propios para cuestionar el cambio de comportamiento, deberá demostrar que se cumple con los requisitos para su aplicación. Como puede apreciarse, en el balance del peso probatorio, quien invoca la doctrina de los actos propios parte de una premisa que le alivia la carga: se presume que la conducta inicial, luego de modificada inesperadamente, es válida.

Desde esta perspectiva es que debe analizarse si cabe aplicar la doctrina de los actos propios como respuesta a la alegación de una de las partes de que el contrato es nulo y que por tanto no puede ejecutarse. Si se sigue la misma lógica, la doctrina de los actos propios no podría ser invocada con éxito cuando el contrato es nulo, como tampoco puede serlo cuando el contrato está viciado con un error esencial y conocible, o con dolo. En estos casos debemos partir de la premisa de que el contrato es válido y es quien alega su nulidad quien debe acreditar la existencia de una causal.

“En principio no debe considerarse como aplicable la regla cuando lo que hemos llamado “ineficacia del negocio” sea una nulidad radical y absoluta por contravención del Derecho legal de carácter imperativo donde nada puede impedir al autor de tal negocio impugnarlo, y debe entenderse, además, que el ordenamiento prefiere erradicar los actos radicalmente nulos antes que dejarlos surtir alguno de sus efectos. Por eso se ha dicho que la máxima que impide venir contra los propios actos, solo se aplica a contratos impugnables por defecto de capacidad de una de las partes” (Díez-Picazo 2014: 149).

Ahora bien, hay una distinción relevante al estudiar cómo opera la doctrina de los actos propios frente a las causales de nulidad absoluta, que, a diferencia de la nulidad relativa proveniente de un vicio de la voluntad, no admite confirmación.

Cuando se exige que el primer requisito de la doctrina de los actos propios es la existencia de una conducta válida, deben excluirse, en principio, los actos basados en contratos anulables por haber vicios de la voluntad y los actos basados en contratos nulos por no existir los elementos esenciales del negocio jurídico o por presentarse cualquier otra causal de nulidad.

El hecho que el punto de partida sea el mismo para los casos de nulidad absoluta y relativa frente a la invocación de la doctrina de los actos propios, no enerva que haya diferencias relevantes ante una aproximación más cercana. El eje de estas diferencias es que la nulidad absoluta contiene una dosis más alta de interés público, al punto que no admite confirmación alguna, puede ser declarada de oficio, goza de un plazo de prescripción más largo, y puede ser alegada por cualquiera con interés e incluso por el Ministerio Público.

Estimo que el análisis para compatibilizar la doctrina de los actos propios con la teoría del error es más sencillo que la evaluación que corresponde cuando nos encontramos frente a casos de nulidad absoluta. La razón es que, en el primer caso, la distribución de la carga de soportar la anulación o de verse impedido de corregir la conducta equivocada, se consigue a través del requisito de la cognoscibilidad del error. Es decir, si el error es conocible, la parte que debió conocerlo debe soportar la consecuencia de que el contrato sea anulable; es

decir, se ve impedido de alegar la doctrina de los actos propios frente a la variación de la conducta inicial viciada con error.

En cambio, cuando nos encontramos ante una conducta desplegada sobre la base de un contrato que adolece de nulidad absoluta, el deslinde necesario para determinar cuál es la parte que debe soportar la alegación de su contraria (nulidad o doctrina de los actos propios) es más complicado, como consecuencia del interés público que rodea la regulación de la nulidad de pleno derecho.

Siguiendo con el ejemplo del contrato de suministro, A se compromete frente a B a suministrar el producto X, pero el contrato adolece de una causal de nulidad por tener un objeto indeterminable (no es posible determinar la cantidad de producto a suministrar). Imagínese que A suministró el producto X a B por un período considerable de tiempo, en una cantidad determinada. Al cabo de entregas repetidas, decide variar la cantidad entregada. B podría replicar invocando la doctrina de los actos propios, y por su parte, A podría negarse a la futura ejecución alegando la nulidad del contrato porque el objeto no puede ser determinado.

Ante esta dualidad de caminos –que prevalezca la nulidad o que prevalezca la doctrina de los actos propios- numerosos autores dan preeminencia al carácter público de la nulidad y trasladan la carga de soportar la consecuencia del cambio de conducta a aquel que pretende aplicar la doctrina de los actos propios. En el ejemplo mencionado, bajo esta premisa, B se vería impedido de alegar la doctrina de los actos propios frente al cambio de conducta de A.

Sin embargo, este presupuesto se ve retado cuando la contradicción de la conducta de quien alega la nulidad se realiza de mala fe.

“En materia de las nulidades como límite para la doctrina de los actos propios, será el juez quien determine si se presenta abuso o no al alegar la nulidad, pues una cosa es alegar una nulidad por un acto viciado, y otra si después de celebrado un acto nulo o viciado, con la conducta se ratifica el mismo y después se pide la nulidad cuando, por ejemplo, se ha sacado provecho de ese acto. En consecuencia, la doctrina no aplica para los actos que adolezcan de nulidad absoluta, por tanto insubsanables” (Bernal 2010: 266).

La cita mencionada deja en claro que para la autora no se puede invocar la doctrina de los actos propios cuando el contrato a partir del cual se desplegó la conducta inicial que generó confianza, adolece de nulidad absoluta. La autora además deja entrever, aunque con poca claridad, que si quien alega la nulidad se comportó como si ella no hubiera existido, deja espacio para que el juez admita la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Este asunto no es una materia sencilla de resolver. Desde mi punto de vista, debe rechazarse la alegación de la doctrina de los actos propios cuando esta es esgrimida para oponerse a quien modifica su comportamiento inicial alegando que el contrato del cual emanaba adolece de nulidad. Por supuesto, ambas partes tienen una carga probatoria difícil de remontar: quien altera su conducta debe demostrar una causal de nulidad absoluta, lo que no es una tarea fácil, y

quien alega que su confianza fue traicionada debe demostrar que se cumplen todos los requisitos para aplicar la doctrina de los actos propios.

Asumiendo que ambas partes han hecho un buen trabajo probatorio y han puesto en evidencia que sus planteamientos son válidos (de un lado, que el contrato es nulo, y de otro lado, que se afectó la confianza razonable cuando la conducta inicial se modifica alegando la nulidad), cabe preguntarse qué alegación debe preferirse.

Sostengo que, en principio, debe darse preferencia a quien acredita que el contrato es nulo y que por esa razón su conducta inicial no puede sostenerse en el tiempo, por emanar de un negocio jurídico que no tiene valor. El soporte de dicha conducta es frágil, debido a que deriva de un contrato nulo. En otras palabras, sostengo que debe mantenerse con firmeza el sistema de nulidades, cuyo carácter público es evidente.

“Por ello si, por ejemplo, unos contratos no son válidos por estar atacados de nulidad, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, pues ella no establece una obligación de mantener actos jurídicos con finalidad ilícita, sino de actuar coherentemente cuando se presentan manifestaciones de voluntad válidas, pero contradictorias entre sí. El principio de los actos propios no puede amparar actos ilícitos” (Espinoza 2011: 184-185).

Hasta allí parece sencillo adherirse a esta posición, pero la realidad es más rica que la teoría, de modo que la coherencia conceptual puede verse desafiada en situaciones extremas. Así, en principio la doctrina de los actos propios no tiene la fuerza suficiente como para impedir que una persona solicite la declaración de nulidad de un negocio jurídico celebrado por ella; sin embargo, debe admitirse que el análisis es más complicado cuando quien alega la nulidad del contrato lo ejecutó como si hubiera sido válido y luego decide cuestionarlo, contradiciendo lo que su comportamiento había revelado. Entonces, sobre la base de la buena fe, cuando el peticionario de la nulidad ha tenido un comportamiento contradictorio con su propia alegación, debe determinarse si se aplica o no la doctrina de los actos propios.

Para encontrar una solución propongo que es indispensable analizar la causal de nulidad involucrada y determinar qué se quiso proteger con ella. Por ejemplo, el interés que subyace a una causal de nulidad que opera si el contrato adolece de fin ilícito es distinto al interés que justifica establecer una nulidad por falta de formalidad.

La buena fe es la premisa sobre la cual se basa la interacción de los agentes económicos y por tanto es la premisa sobre la cual se ha construido el sistema jurídico que regula los contratos. Por eso, es contra-intuitivo permitir que se alegue la nulidad de un negocio cuando quien lo hace lo ha ejecutado voluntariamente o ha brindado su anuencia a la ejecución por su contraparte. En casos así parece natural que el afectado con la alegación de nulidad se defienda invocando la doctrina de los actos propios.

Decidir si dicha defensa puede prosperar o no, dependerá, como siempre, de los hechos del caso, pero dependerá también de la causal de nulidad alegada. “Así,

por ejemplo, se pregunta si puede el cedente de un crédito, cuando es nula la cesión hecha por él, pedir la nulidad contraviniendo sus propios actos” (Díez-Picazo 2014: 236). La respuesta doctrinaria no es clara sobre esto. Se dice, por ejemplo, que sí es lícito ir contra los propios actos cuando el contrato es absolutamente nulo por haber sido celebrado contra la prohibición de una ley imperativa (Díez-Picazo 2014: 236).

Por el contrario, se ha sostenido que debe aplicarse la doctrina de los actos propios para desestimar una acción de nulidad cuando la actora había vendido las mismas acciones que adquirió en virtud de un contrato que ahora reputa nulo, lo cual implica una conducta contradicha con su comportamiento actual (Romero Seguel 2010: 71).

No hay uniformidad en la doctrina sobre si debe admitirse un comportamiento claramente contradictorio cuando la excusa para el cambio de conducta es la nulidad del contrato por falta de manifestación de voluntad. Es decir, no queda claro que, luego de haber ejecutado un contrato, se pueda después alegar su nulidad para evitar su sucesiva ejecución. En principio, dado que el sistema de nulidades tiene carácter público, debería permitirse dicha alegación contradictoria. Sin embargo, hay situaciones en las que esa tolerancia parece ser excesiva.

Favorece la tesis que permite alegar la existencia de nulidad, aunque ello sea contradictorio con la propia celebración y ejecución del contrato, el hecho que la nulidad pueda ser alegada por cualquier persona con interés, lo que incluye por supuesto a las propias partes¹¹².

Sin embargo, dicha regla no impide sentir rechazo cuando una parte ha ejecutado o tolerado la ejecución del contrato para luego, a su conveniencia, alegar la existencia de nulidad. En situaciones como esa es fácilmente perceptible el propósito de aprovechar la existencia de un camino legal que permite liberarse del cumplimiento, a pesar de que la voluntad de ejecución se mantuvo cuando las circunstancias eran convenientes.

Así como la premisa debe ser que una parte está legitimada para pedir la nulidad del contrato celebrado por ella, no es menos cierto que hay situaciones extremas en las cuales puede rechazarse esa posibilidad bajo el amparo de la doctrina de los actos propios. Si en cualquier situación quien alega la aplicación de esta doctrina debe soportar la carga de acreditar el cumplimiento de sus requisitos, la tarea probatoria es más compleja todavía cuando la contradicción que se acusa se justifica en un contrato nulo.

El sistema de nulidades no ha sido creado con un propósito unívoco. De hecho, el legislador ha debido completar la tarea de identificar cuáles son las circunstancias que ameritan la máxima protección diseñada por el Derecho Civil frente a las irregularidades negociales. El legislador ha debido identificar distintos

¹¹² “Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación”.

tipos de remedios para situaciones cuya gravedad no es la misma. Estemos o no de acuerdo, el legislador civil ha establecido prioridades o grados de gravedad de las anomalías contractuales.

Así, para definir que el incumplimiento se sanciona con resolución, que el error se sanciona con anulabilidad y la lesión con rescisión, el legislador ha tomado decisiones en función de los intereses afectados. Algo parecido debe hacer el decisor en una controversia en la cual la alegación de nulidad se confronta con la invocación de la doctrina de los actos propios. Lo que debe hacer es preguntarse por qué el legislador decidió que determinada circunstancia configure una causal de nulidad, precisamente porque el Derecho tiene carácter funcional y debe responder a las necesidades que resultan de la interacción.

Recordemos que las nulidades reconocidas en el Derecho Contractual peruano tienen que ver con la falta de manifestación de voluntad, irregularidades en el objeto, finalidad ilícita del contrato, simulación absoluta, falta de formalidad prevista bajo sanción de nulidad, nulidad dispuesta por la ley, o vulneración del orden público¹¹³.

En el primer caso, una alegación de nulidad por falta de manifestación de voluntad difícilmente va a prosperar si quien la alega ha desplegado conductas que reflejan su consentimiento. En tal sentido, invocar la doctrina de los actos propios no sería necesario, pues bastaría con demostrar que quien niega haber manifestado su voluntad para celebrar el contrato, en los hechos ha consentido, y que por tanto no ha logrado evidenciar su pretensión de nulidad.

Aunque la causal de nulidad basada en defectos de capacidad ha sido eliminada, el artículo 226 del Código Civil señala que cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 de uno de ellos no puede ser invocada por la otra que integre la misma parte, salvo cuando es indivisible la prestación o su objeto¹¹⁴. Esta regla es interesante

¹¹³ “Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. [Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358]. Este inciso fue derogado por Decreto Legislativo N° 1384.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

¹¹⁴ “Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciseis y menores de dieciocho años de edad.
2. [Los retardados mentales] (derogado).
3. [Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad] (derogado).
4. Los pródigos.
5. Los que incurrir en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad (añadido)”.

porque revela que el rol del legislador civil, como ya se ha dicho, es el de conciliar intereses, de modo que las partes se encuentren en el mismo punto de partida al inicio de la ejecución contractual.

Por ejemplo, si dos personas adquieren un bien determinado y una de ellas adolece de incapacidad relativa, el otro adquirente no puede pretender la anulación del contrato.

Así, de un lado, en coherencia con el espíritu de que la nulidad debe ser lo menos invasiva posible (lo que se traduce en la norma de nulidad parcial, por ejemplo), la regla permite mantener la validez del negocio haciendo que el riesgo derivado de la capacidad restringida de un sujeto sea asumido por aquel que se encuentra en el mismo polo de la relación jurídica. En tal sentido, si son dos los obligados y uno adolece de capacidad restringida, el otro sujeto obligado no podrá alegar la anulación del contrato, sino que deberá ejecutar lo que le corresponde de la prestación.

De otro lado, el legislador decidió conciliar la necesidad de restringir la alegación de nulidad con el hecho que esta es inexorable. Es decir, no puede negarse que la capacidad restringida puede motivar que quien adolece de ella la invoque en su beneficio.

La solución conciliatoria diseñada por el legislador es permitir que la nulidad sea alegada por el sujeto que adolece de capacidad restringida, mas no por la persona obligada junto con aquél. La única excepción es que la obligación sea indivisible¹¹⁵.

Como puede apreciarse, el artículo 226 del Código Civil acoge, de manera limitada, el espíritu que subyace a la doctrina de los actos propios, al impedir alegar la nulidad del contrato a quien se obliga junto con un sujeto de capacidad restringida (a menos que la obligación sea indivisible).

La pregunta que cabe formularse también es si quien adolece de capacidad restringida puede alegar esa limitación para solicitar la declaración de nulidad. La respuesta es que sí puede porque el artículo 226 implícitamente lo permite al restringir la prohibición al otro sujeto obligado¹¹⁶.

No obstante, hay una razón adicional, de fondo, por la cual quien adolece de capacidad restringida sí puede invocar la nulidad. Para encontrar esa razón el legislador evaluó la importancia del interés protegido con la causal de nulidad. Y esa misma razón es la que se debe tener en cuenta para evaluar si el afectado con la nulidad puede impedir su declaración invocando la doctrina de los actos propios.

¹¹⁵ De lo contrario, tendría que asumir la carga de ejecutar lo que corresponde a quien adolece de capacidad restringida.

¹¹⁶ El artículo 229 del Código Civil, hoy derogado por el Decreto Legislativo N° 1384, ratificaba dicha conclusión, al indicar que, si la incapacidad había sido ocultada de mala fe, no se podía invocar la nulidad:

[“Artículo 229.- Si el incapaz ha procedido de mala fe al ocultar su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad”].

La razón por la cual quien adolece de capacidad restringida puede solicitar la declaración de nulidad y su contraparte no puede alegar que ha vuelto contra sus propios actos, es que el interés protegido con las reglas referidas a la capacidad de las personas es doble. De un lado, el hecho que la capacidad de una persona esté afectada por alguna vicisitud que arroje dudas sobre la claridad de su voluntad impide que las partes del negocio se encuentren en el mismo punto de partida al comienzo de la relación jurídica. Además, esa falta de claridad puede generar un impacto frente a terceros, como los herederos de la persona cuya capacidad está comprometida.

Así, para el legislador es más importante que un contrato celebrado por persona con capacidad restringida sea anulado a solicitud de quien celebró el contrato, pese a que es evidente que ha ido contra sus propios actos, y perjudicar así a su contraparte, que tolerar la afectación de los intereses de quien no se encontraba en igualdad de condiciones al celebrar el contrato por no gozar de plena capacidad.

Veamos qué ocurre con otras causales de nulidad. De acuerdo con el artículo 219 numeral 3 del Código Civil, el negocio jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

La razón por la cual el legislador dotó de la máxima sanción civil a la imposibilidad del objeto o de su determinación es que dicha circunstancia niega la viabilidad de que el contrato sea ejecutado. Si el objeto del contrato es imposible es entonces imposible que sea ejecutado. Y en este punto el interés público es evidente. El sistema de justicia no tiene como función proteger alegaciones que carecen de un interés real. No puede pues protegerse un contrato que es impracticable.

Si la causa de la anulación que se discute es la imposibilidad del objeto o de su determinación, es difícil imaginar que la parte contra la cual se alega se defienda invocando la doctrina de los actos propios, pues no habría conducta previa que haya generado confianza protegible. En efecto, si el objeto del contrato es imposible, en principio no podría haberse ejecutado, y sin ejecución en los hechos no habría conducta posible que sea contradicha con la acción de nulidad. En todo caso, si hubiera habido ejecución por la parte que luego alega la causal de nulidad, la contraparte afectada tendría dos caminos, de un lado, negar la existencia de causal de nulidad, pues los hechos desplegados por la parte que la invoca demostrarían que el objeto sí era posible, y de otro lado, invocar la doctrina de los actos propios.

Siguiendo el ejemplo antes mencionado, A se compromete frente a B a suministrar el producto X, pero el contrato incurre en una causal de nulidad porque no es posible determinar la cantidad de producto a suministrar. Si A suministró el producto X a B por un período considerable de tiempo, en una cantidad determinada y luego varía la cantidad entregada, B podría invocar la doctrina de los actos propios.

El juzgador a cargo de ese caso tendría que balancear el interés público de considerar nulo un contrato cuyo objeto no puede determinarse con claridad, con el derecho de una parte de exigir coherencia a la otra. Dado que el juez debe poner fin a la controversia a través de la interpretación adecuada del contrato, deberá declararlo nulo en caso no sea posible desentrañar su significado. La razón es que el juez es intérprete de la voluntad, no creador de ella. Alterar este principio supondría una seria amenaza al sistema contractual, estructurado sobre la base de la autonomía privada.

En relación con la causal de fin ilícito, imagínese un contrato en el que ambas partes tienen un propósito ilícito, como por ejemplo un contrato de arrendamiento por el cual el inmueble alquilado sirve como espacio para llevar a cabo una actividad ilícita, como la elaboración y comercialización de sustancias prohibidas. Es más, la renta podría ser mucho mayor que la de mercado, de modo que el arrendador también se beneficiaría de la actividad económica a realizarse.

No cabe duda de que el contrato sería nulo. Tampoco cabe duda de que la razón de la nulidad, o mejor, dicho, el interés que se quiere proteger con ella, es un interés público, que trasciende a las partes. En buena cuenta, el fin ilícito como causal de nulidad es la válvula que permite el ingreso de los valores de la sociedad en el mundo de los contratos.

En el ejemplo mencionado, imagínese que el contrato es ejecutado con normalidad y que al cabo de un tiempo el arrendatario del inmueble deja de pagar la renta alegando la finalidad ilícita. Aunque el arrendador no tendría cómo negar la ilicitud de la causa del contrato, su reacción intuitiva sería cuestionar el cambio de conducta. ¿Podría traducirse esta reacción en la invocación de la doctrina de los actos propios para evitar la declaración de nulidad?

La respuesta es negativa, pues al cotejar los intereses que se contraponen entre ambas alegaciones, lo que corresponde es que el juez dé prioridad a las razones que justifican la causal de nulidad. Aun cuando parezca inaceptable que quien ejecutó el contrato con normalidad se niegue a seguir haciéndolo por una razón que conocía al momento de celebrarlo, al juez no le queda alternativa que anularlo. Sostener lo contrario supondría avalar una actividad que el ordenamiento jurídico no tolera.

De otro lado, cuando la causal de nulidad es la simulación absoluta, el interés deja de ser solamente público, como ocurre en el caso de la causa ilícita, para poner en el eje de protección al interés de los terceros que podrían verse afectados con el acto simulado.

A diferencia de las otras causales, el legislador ha sido más específico al señalar en el artículo 193 que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, de ser el caso. Queda poco margen de acción entonces para aquel que celebró el acto simulado, para cuestionar el pedido de declaración de nulidad de su contraparte sobre la base de la doctrina de los actos propios. De hecho, el acuerdo simulatorio (llamado informalmente “contradocumento”), que es un elemento indispensable para la existencia de la simulación, revela cuál es el propósito real

de las partes al llevar a cabo el contrato simulado. Un acuerdo simulatorio es pues el antídoto contra cualquier supuesta confianza defraudada, de modo que invocar la doctrina de los actos propios terminaría siendo inviable.

Por ejemplo, se firma un contrato de arrendamiento en virtud del cual A arrienda a B un inmueble de su propiedad. B está obligado a pagar una renta R. El acuerdo simulatorio revela que se trata de una simulación relativa, pues el propósito real es que A dé el bien a B en comodato. Si B sostiene que en realidad no está obligado a pagar la renta, A no podrá defenderse alegando la doctrina de los actos propios, pues el propio acuerdo simulatorio evidencia su conformidad con que el uso del bien sea gratuito. No habría confianza defraudada que proteger si B demanda la nulidad del contrato de arrendamiento con el propósito de lograr la eficacia del comodato¹¹⁷.

Sobre este tema, el 15 de marzo de 2018, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú emitió la Casación N° 1722-2017 Áncash, en la que se refirió a la doctrina de los actos propios a propósito de un caso de nulidad de acto jurídico por simulación absoluta.

El demandante, Heinrich Bosshard Isler, era propietario los lotes 6, 7 y 9 ubicados en el Barrio de Pedregal, distrito y provincia de Huaraz (los “Lotes”). A la fecha de los hechos, únicamente el lote 9 se encontraba registrado.

En el año 2008, a raíz de una deuda con SUNAT, el demandante decidió simular una transferencia de los Lotes a favor de María Cristina del Pilar Bracesco Uribe, hija de la señora Elvira Uribe Tueros, la cual se llevó a cabo mediante Escritura Pública de compraventa del 19 de mayo de 2008. El demandante indica que a raíz de esta transferencia no recibió monto alguno y pese a ella, continuó poseyendo.

El 30 de abril de 2009, la demandada, María Cristina del Pilar Bracesco Uribe, transfirió los Lotes a la demandada Clara Katya Álvarez Vargas, a cambio de lo cual tampoco se pagó precio alguno ni hubo traspaso de posesión.

Finalmente, el 10 de enero de 2011, la Sra. Álvarez transfirió el lote 9 a los padres de Elvira Uribe Tueros, los demandados Pedro Antonio Uribe Ponce y María Luz Tueros Taype de Uribe. Al igual que en las dos ocasiones anteriores, tampoco se pagó precio alguno ni hubo traspaso de posesión.

El 16 de agosto de 2014, el demandante interpuso demanda, entre otras personas, contra las antes mencionadas, y solicitó que se declare la nulidad de los sucesivos contratos de compraventa de los Lotes, por la causal de simulación absoluta recogida en el inciso 5 del artículo 2019 del Código Civil, así como por los incisos 3, 4 y 8 del mismo artículo.

¹¹⁷ Siendo la protección de los terceros una preocupación del legislador en caso de simulación, el artículo 194 se ocupa del problema al impedir que la simulación sea opuesta por las partes o por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.

Los demandados señalan que el demandante estaba conforme con al menos una de las transferencias, dado que suscribió una escritura pública de rectificación de medidas. También indican que la señora Elvira Uribe Tueros fue conviviente del demandante y que él tenía una deuda con ella para la cual, como parte de pago, entregó los Lotes en 1999, hecho que fue formalizado recién en el 2008.

En primera y en segunda instancia, la demanda fue declarada infundada en todos sus extremos, entre otros argumentos, por no haberse acreditado la existencia de un acuerdo simulatorio y porque los instrumentos públicos materia de nulidad se realizaron con consentimiento del demandante.

En casación, la Corte Suprema concluye que lo alegado por el demandante no permite concluir la existencia de una simulación, ni de las otras causales de nulidad alegadas.

Como un argumento adicional, la Corte considera que el actuar del demandante sería contrario a la teoría de los actos propios, respecto de la cual se cumplen los tres requisitos: (i) la conducta vinculante es el comportamiento inicial del demandante fue el de transferir los Lotes mediante la escritura pública del 2008 y reconocer la segunda transferencia del 2009 mediante su intervención en la escritura pública; (ii) la pretensión contradictoria es que el demandante señale que la primera compraventa que él realizó fue efectuada con el fin de evitar un posible embargo, y luego intervenga en un segundo acto jurídico mediante el cual se siguen transfiriendo los bienes en su propio perjuicio y sin justificación alguna; y, (iii) hay identidad de sujetos porque es el mismo demandante quien realiza ambos actos.

Por los argumentos expuestos, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante.

En un caso de simulación absoluta la aproximación a la doctrina de los actos propios puede producirse de dos maneras: invocando o no el artículo 194 del Código Civil.

Como se recordará, el artículo 194 del Código Civil impide que la simulación sea opuesta por las partes o por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente. En la casación mencionada, la Corte Suprema no necesitó aplicar dicha norma, puesto que la regla supone que el contrato cuestionado incurra en causal de nulidad, pero que esta no es oponible a los terceros adquirentes. En el caso citado, la Corte descartó la existencia de simulación.

La otra forma de relacionar la nulidad por simulación absoluta con la doctrina de los actos propios es como la Corte Suprema lo hizo, analizando los dos temas de manera independiente. Así, de un lado, concluyó que no se acreditó la causal de nulidad por la falta de acuerdo simulatorio. Con ello hubiera bastado para resolver el caso, pero de otro lado, como argumento adicional planteó que la pretensión del demandante supone una vulneración de la doctrina de los actos propios.

Independientemente de que el resultado del proceso sea o no justo, debe destacarse que la decisión de la Corte Suprema contiene un traslape de argumentos. Al analizar los requisitos para invocar la doctrina de los actos propios señala, de un lado, que el demandante participó en las transferencias posteriores a la suya para luego cuestionarlas, y que ello es contradictorio. Sin embargo, este razonamiento parece descartar la existencia de simulación pues no se demostró que hubo acuerdo simulatorio. De nuevo, ello revela que bastaba con descartar la nulidad para resolver el caso, sin necesidad de acudir a la doctrina de los actos propios.

La siguiente causal de nulidad es también interesante: cuando el negocio jurídico no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Luego de una ejecución constante en el tiempo, tal como habría ocurrido con un contrato formalizado, una de las partes suspende o paraliza la ejecución, o solicita la reversión de lo ejecutado alegando la falta de la formalidad exigida por la ley. ¿La otra parte puede defenderse sobre la base de la doctrina de los actos propios?

Para contrastar esta causal de nulidad con una posible alegación de la doctrina de los actos propios, hay que preguntarse cuál es la razón que subyace a la imposición de formalidades legales. Una aproximación inmediata a este asunto nos llevaría a concluir que este ejercicio no es necesario, puesto que, dado que es la propia ley la que establece la formalidad que se omite, no hay espacio para discutir si la declaración de nulidad puede evitarse. Bajo esta línea de razonamiento se diría que, aunque la parte que alega la nulidad es la que contribuyó a que no se formalice el contrato, puede solicitar la anulación invocando la doctrina de los actos propios¹¹⁸.

Una lógica similar subyace a aquellas situaciones en las cuales la causal de nulidad es que la ley así lo disponga o que el contrato afecte el orden público. Usemos como ejemplo el artículo 1398 del Código Civil, que en los casos de contratación en masa señala que no son válidas las cláusulas que establecen exoneraciones de responsabilidad a favor de quien las ha redactado¹¹⁹. Si se emplea el mismo razonamiento, en caso la parte que no redactó el contrato alegue que algunas de sus cláusulas son nulas, no podrá argumentarse para impedirlo que quien solicita la nulidad suscribió válidamente el contrato o que incluso lo ejecutó en la práctica.

Probablemente lo que el juez resolvería es que la cláusula cuestionada es en efecto inválida y que la contraparte no puede impedir la anulación alegando la doctrina de los actos propios. En efecto, siguiendo esta línea de análisis, si se confronta una razón de interés público para proteger determinados derechos,

¹¹⁸ Más adelante se volverá a esta discusión a propósito de las cláusulas contractuales que exigen una modificación por escrito o bajo ciertas formalidades. La discusión es distinta porque en el caso que ahora analizamos la formalidad la impone la ley, no las partes.

¹¹⁹ "Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlos o de resolverlos; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".

como los de los consumidores, con la confianza que se habría vulnerado con la conducta contradictoria –celebrar el contrato para luego sostener que tiene cláusulas nulas- deberá preferirse la protección legal.

El acercamiento a esta discusión en doctrina pasa por la teoría de la “propia culpa o torpeza”, o *Allegans propriam turpitudinem non auditur*: “Esta regla impide que una persona trate de obtener un resultado favorable para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el beneficio” (Díez-Picazo 2014: 104).

Bajo esta perspectiva, por ejemplo, quien ha cometido fraude en perjuicio de sus acreedores estaría impedido de dejar sin efecto el contrato que celebró, de modo que la acción pauliana está reservada exclusivamente para el acreedor afectado. De hecho, el artículo 195 del Código Civil confiere dicha acción al acreedor¹²⁰.

Un ejemplo de la aplicación del *nemo auditur* que recoge la doctrina es cuando “Según Santo Tomás, las ganancias de las meretrices proceden de un contrato inmoral, pero las partes acuerdan el precio voluntariamente, y privar de este a la ramera es grave injusticia, por lo que se establece la imposibilidad de repetir lo pagado [...]” (Miguel Cerdá Olmedo citado en Jaramillo 2014: 313).

La teoría de la propia culpa o torpeza está reflejada en el artículo 1305 del Código Civil español, según el cual, cuando la nulidad proviene de causa u objeto ilícitos, si el hecho es delito o falta para ambos contratantes, carecen de acción entre sí. El artículo 1306 añade que si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: (i) si la culpa es de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido; y, (ii) cuando la culpa sea de un solo contratante, este no podrá repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido; la parte extraña a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Esta teoría ha sido citada por la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia T-213/08 del 28 de febrero de 2008, según la cual, es una regla contraria a la buena fe el aprovechamiento del propio error, dolo o culpa, de quien por su desidia resulta afectado: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Jaramillo 2014: 309).

Tal pronunciamiento se emitió en un proceso de responsabilidad civil extracontractual iniciado por la señora A contra el Banco B. En el marco de este proceso, el Banco B fue representado por su gerente general, quien a su vez otorgó poderes a dos personas: (i) poder general a un representante; y, (ii) mandato de representación a un abogado en los términos siguientes:

¹²⁰ Algo parecido ocurre con el artículo 140 de la Ley General de Sociedades, según la cual, la impugnación de los acuerdos societarios puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En otras palabras, quienes votaron a favor del acuerdo no pueden impugnarlo.

“...manifiesto al Despacho que para la diligencia de conciliación otorgo poder especial, amplio y suficiente, al doctor X, abogado que coadyuva el presente escrito, para que me asista en la audiencia de conciliación de que trata el art. 101 del C. de P.C, modifique la solicitud de pruebas reclamadas con la contestación de la demanda y solicite las que considere convenientes. Señor Juez ruego se conceda personería”.

El abogado actuó en la audiencia de conciliación y ejerció los siguientes actos procesales: (i) solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial; (ii) objeción por error grave contra el dictamen pericial; (iii) presentación del recurso de reposición contra la providencia de 6 de marzo de 2006 en la que se corrió traslado para alegar; y, (iv) alegatos de conclusión. Además, apeló de la sentencia de primera instancia.

La demandante solicitó que se declare ejecutoriada la sentencia alegando que el abogado no contaba con facultades para apelar. El Juzgado no concedió dicho pedido por considerar que durante toda la primera instancia el juez y las partes tuvieron como apoderado a dicho abogado. Posteriormente, ante la solicitud de la demandante, el Banco presentó un escrito donde ratificaba todas las actuaciones hechas en su nombre por el abogado.

El Tribunal Superior declaró bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia al considerar que la preclusión había operado para el Banco.

Contra esta sentencia, el Banco interpuso un recurso de acción de tutela¹²¹ que fue revisado en primera instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual ordenó al Tribunal que deje sin efecto su providencia. Argumentó que, si bien cuando un abogado actúa sin poder ello acarrea la nulidad de la actuación, se trata de una nulidad subsanable, lo cual sucedió mediante la ratificación del Banco a las actuaciones de su abogado. Finalmente, argumenta la Corte Suprema que, no procede que, si a lo largo del trámite del proceso, el Juzgado, luego de autorizar que el abogado que representaba los intereses del Banco presentara varios escritos, ninguno de los cuales le fue rechazado, precisamente frente al derecho de impugnar la sentencia, le reproche la carencia de facultades.

En segunda instancia se revocó la decisión y se declaró improcedente la acción de tutela. Por un lado, argumentó la improcedencia del recurso para controvertir providencias judiciales. Por otro lado, señaló que el abogado había excedido sus facultades y que, reconocérselas, supondría ir contra una norma sustantiva que propone que no se puede estar representado en un proceso civil por más de un apoderado al mismo tiempo.

¹²¹ Acción de amparo, según la regulación peruana.

La Corte Constitucional analizó la procedencia de la acción de tutela contra resoluciones judiciales¹²². También analizó la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* frente a la administración de justicia, la cual sostiene que está prohibido pretender aprovecharse del propio error, dolo, culpa o desidia.

Para la Corte Constitucional, no puede remediarse el error del Juzgado al tolerar que el abogado haya actuado como representante a pesar de que ello excedía el mandato otorgado. Reconocer al abogado como apoderado para interponer la apelación de la sentencia de primera instancia implicaría desconocer la norma por la cual en un proceso solo puede actuar un apoderado al mismo tiempo (salvo para los casos de audiencias en los que se podrá designar a un apoderado diferente antedicha norma). Añade que existe un plazo para apelar por quien funge válidamente como mandatario judicial, lo cual no ocurrió.

Por otro lado, refiere la Corte Constitucional que resulta contrario al principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* el que el Banco pretenda aprovecharse de su propia culpa (el contar con un apoderado sin habilitación expresa) para alegar la oportunidad y pertinencia de un recurso de apelación que para la ley procesal es como si nunca se hubiese presentado. Admitir la apelación, aunque su presentación haya sido irregular vulneraría el principio de igualdad procesal y seguridad jurídica.

Finalmente, en relación con la confianza legítima, la Corte Constitucional señala que esta regla se funda en el principio general de la buena fe y que las actuaciones ajustadas al ordenamiento generan expectativas basadas en la legalidad y legitimidad. En ese sentido, señala que los actos del abogado del Banco son irregulares e ilegítimos al no contar con poder suficiente, por lo cual no generan confianza o expectativa. Añade que de ninguna manera se podrían ratificar los actos del abogado por tratarse de una causal de nulidad.

Por lo anteriormente mencionado, la Corte Constitucional confirmó la sentencia de segunda instancia que revocó la decisión que concedió la acción de tutela.

Hubo un voto discrepante que revela la complejidad del asunto, según el cual el que un juez tolere que un abogado actúe de buena fe en el proceso en diversas etapas puede generar una situación de confianza legítima (además cuestiona que se haya hecho una interpretación formalista de la ley poniendo en juego el derecho a apelar una sentencia desfavorable).

El caso antes descrito revela que la preferencia por la legalidad como escudo protector frente a la doctrina de los actos propios puede conducir a conclusiones que, contrastadas con los hechos, podrían parecer injustas, como, por ejemplo, el hecho que la parte que ejecuta un contrato se niegue después a hacerlo alegando el incumplimiento de formalidades esenciales que ella misma ha omitido. Sin embargo, dado que la clave para determinar la aplicación de la doctrina de los actos propios es la confianza generada, la ilegalidad

¹²² Según la jurisprudencia colombiana, para que esto ocurra la resolución judicial debe configurar una vía de hecho, lo cual es equivalente a decir que debe adolecer de un defecto que vulnere derechos fundamentales por tratarse de una decisión arbitraria.

(incumplimiento de los elementos de validez del contrato) no genera confianza protegible.

En esta línea, también es relevante la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 1 de marzo de 2012 (434/2009), según la cual, para un sector de la doctrina, la regla "*nemo propriam causam turpitudinem allegare potest*" es una manifestación de la doctrina de los actos propios e impide que invoque la nulidad quien la ocasionó.

La sentencia recayó en un proceso en el que participó una empresa Z, titular de un porcentaje mayoritario (aproximadamente el 70%) de las acciones emitidas por la empresa X. Ambas celebraron un contrato de compraventa mediante el cual Z vendía a X las acciones de su titularidad emitidas por X a cambio de 9,000 euros y cuatro naves industriales que, luego de levantar la hipoteca que las gravaba, tenían un valor de 349,357 euros. La controversia surge porque la empresa X (la compradora) rechazó el otorgamiento de la escritura de adquisición de sus propias participaciones sociales.

La vendedora (empresa Z) demandó la ejecución de lo pactado, mientras que la compradora (empresa X) demandó la nulidad parcial del contrato de compraventa y, como consecuencia, una indemnización de 9,000 euros más los intereses legales correspondientes. Tanto en primera instancia como en segunda instancia se le dio la razón a la demandada, por lo cual la demandante interpuso recurso de casación.

En el caso existe una discusión sobre la licitud de la causa del contrato de compraventa en tanto la sociedad estaría adquiriendo sus propias acciones. El Tribunal Supremo declaró que la causa efectivamente es ilícita y, como consecuencia, el negocio es nulo por oponerse a las leyes que prohíben la adquisición de acciones de propia emisión.

También existe en el caso una discusión sobre la doctrina de los actos propios. La recurrente afirma que la empresa X (la compradora y, a su vez, la sociedad cuyas acciones se estaban transando) aprobó por unanimidad y con la presencia del 100% de sus socios, la adquisición de las participaciones sociales de propiedad de la empresa Z (la vendedora) y que incluso inició la ejecución del contrato, por lo que argumentar que es nulo, por causa ilícita, supone ir contra sus propios actos.

La Sala, tras valorar este argumento, señaló que la doctrina de los actos propios no era aplicable en este caso por tratarse de uno de nulidad. En ese sentido, indicó que la discusión recaía en "si alguna de las partes está legitimada para oponer la nulidad de lo pactado al cumplimiento del contrato o, pese a ello, prescindiendo de las razones por las que el ordenamiento aplica tan grave sanción a lo estipulado, debe aquietarse en aras al principio que impide actuar contra los propios actos".

La Sala sostiene que, si bien el principio de los actos propios no está reconocido normativamente en el ordenamiento español, constituye una manifestación del principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos. En

segundo lugar, indica que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias, (ii) que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior; y, (iii) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

Para la Sala, un acuerdo ilícito en ningún caso puede generar expectativas razonables, por lo que concluyó que la doctrina de los actos propios no impide invocar la nulidad de lo estipulado. Agrega que esta materia es indisponible por responder a un interés público que excede los de las partes en el contrato e, incluso, de los accionistas y acreedores.

En general, la jurisprudencia española no avala que sobre la base de la doctrina de los actos propios se impida alegar la existencia de nulidad a quien la provocó. Por el contrario, “[e]s indiscutiblemente mayoritaria la corriente jurisprudencial que niega la posibilidad de enervar la legitimación anulatoria del contratante aunque la pretensión de nulidad contradiga sus propios actos” (Carrasco 2016: 562).

Específicamente en un caso de donación que no cumple con las formalidades, Carrasco señala que no corresponde aplicar la regla “*nemo*” (propia torpeza) porque son fuertes las razones por las que se exige legalmente la formalidad. A pesar de lo anterior, el mismo autor señala que en realidad no hay respuesta unívoca.

Considero que, así como a la parte afectada con el pedido de nulidad puede parecerle injusto que su contraparte solicite la anulación del contrato pese a haber consentido, no es menos cierto que la ley se presume conocida por todos, y que, por tanto, la parte afectada con el pedido de nulidad debía conocer que la ley exigía una formalidad que no cumplió. Parece sensato concluir entonces que, en un caso como este, nuevamente debe estudiarse cuál es el interés subyacente a la causal de nulidad. El legislador puede haber tomado la decisión de exigir formalidades de validez por razones distintas, incluso por razones frívolas, pero estas no pueden desestimarse libremente, dado que ello supondría avalar abiertamente el incumplimiento de la ley.

Ahora bien, en casos de nulidades de fondo, distintas a las derivadas de falta de formalidad, se ha sostenido que:

“[t]iene que existir una diferencia en Derecho entre imponer las resultas de la regla *nemo* a quien simplemente ha concurrido a la celebración del negocio nulo o a quien, además de lo anterior, ha ejecutado o empezado a ejecutar la materialidad de las prestaciones que son el contenido de aquél. [...] incluso en este segundo caso, puede existir una justificación para distinguir entre quien ejecuta las prestaciones nulas del negocio del que *no* es el disponente (vgr, el heredero que cumple el testamento nulo) y quien es al mismo tiempo el disponente y el ejecutor del negocio afectado por la nulidad” (Carrasco 2016: 565).

El citado autor considera que, en todo caso, debe distinguirse aquellas situaciones en las que la intervención de la parte que reclama la nulidad se limita a la celebración del contrato nulo, de aquellas en las que lo ejecuta sin observaciones durante un tiempo en el cual la contraparte confió en que la nulidad no se alegaría.

Reconozco que esa distinción es válida, pero incluso la segunda situación, digámosle “calificada”, conduce a que en principio se declare la nulidad, al menos en el ordenamiento jurídico peruano, que no contempla la regla de propia culpa o torpeza. Sin embargo, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto se puede activar otros remedios, como el enriquecimiento sin causa, para obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados.

Como puede apreciarse, habiendo revisado las causales de nulidad y los intereses que se protegen con ellas, se mantiene la premisa inicial, según la cual, el ordenamiento jurídico peruano permite la alegación de nulidad por la parte que prestó su consentimiento y que incluso ejecutó el contrato. Ahora bien, esto último, que lo haya ejecutado generando en la contraparte la confianza de que la irregularidad estructural del contrato no le afectaba, si bien no activa la aplicación de la doctrina de los actos propios, sí puede gatillar la teoría del enriquecimiento sin causa.

De hecho, el artículo 220 del Código Civil señala que la nulidad la pueden alegar todos los que tengan interés y el Ministerio Público, sin restringir esa posibilidad a las partes del contrato. La Comisión Reformadora del Código Civil, conformada por Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS y presidida por el Profesor Jorge Avendaño Valdez, propuso la modificación del artículo 220 del Código Civil, en los siguientes términos:

- “1. La nulidad a que se refiere el artículo 219^[123] puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. **No obstante, en los casos de los incisos 1, 2 y 6 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes, que, encontrándose en aptitud de conocer el vicio, hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.**
2. Si el juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el juez puede declarar la nulidad de oficio.
3. La nulidad no puede subsanarse por confirmación” [énfasis agregado].

¹²³ “Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

[2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 1358º]. [Derogado]

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

4.- Cuando su fin sea ilícito.

5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.

6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7.- Cuando la ley lo declara nulo.

8.- En el caso del Artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

La Exposición de Motivos señala que el segundo párrafo del numeral 1 está justificado en la necesidad de no permitir que alegue la nulidad quien se ha aprovechado del acto, sin afectar, por supuesto, la posibilidad de que la nulidad la postule un tercero o la otra parte. Añade que esta propuesta recoge la tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea.

Nótese que este planteamiento impide la “alegación de la propia torpeza” y por tanto permite invocar la doctrina de los actos propios en casos de nulidad, cuando las causales se refieren a la falta de manifestación de voluntad, de restricciones a la capacidad y el incumplimiento de formalidades. En otras palabras, cuando median causales en las cuales habría un interés público involucrado, la doctrina de los actos propios no puede oponerse a la invocación de nulidad.

Ahora bien, dicha propuesta no ha prosperado, de modo que nuestro Código no acoge el modelo del artículo 387 del Código Civil y Comercial de Argentina, según el cual la nulidad absoluta puede ser alegada por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. Tampoco tiene una regla similar a la del artículo 1683 del Código Civil chileno, según el cual la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Como puede apreciarse, “la estructuración del régimen jurídico de las acciones de nulidad y de rescisión, ha reducido el campo de aplicación del principio según el cual nadie puede venir contra sus propios actos, precisamente porque, al impugnar como ineficaz el propio negocio jurídico, a través de una acción concedida por el ordenamiento jurídico, se viene lícitamente contra los propios actos” [Díez-Picazo 2014: 237-238].

La acotación del espectro de acción de la doctrina de los actos propios no debe ser materia de preocupación, no solamente porque en determinadas circunstancias puede quedar habilitado el camino del enriquecimiento sin causa, sino porque, además, la riqueza de esta doctrina se encuentra en que sea aplicada únicamente en los espacios que le son permitidos. Invocarla fuera de esos límites, lejos de fortalecerla, la debilita, pues tiñe sobre ella más dudas que certezas.

Ahora bien, dado que la parte que invoca la nulidad y que consigue que sea declarada, contribuyó con su propio comportamiento a que el contrato con finalidad ilícita se celebre y ejecute, cabe preguntarse si su contraparte podría formular algún otro tipo de reclamo. Aunque la pregunta excede los alcances de esta investigación -pues la doctrina de los actos propios no sería en principio un escudo apropiado para defender sus intereses- es válido cuestionarse si a la parte vencida con la acción de nulidad le quedaría alguna alternativa de defensa, como la de enriquecimiento sin causa¹²⁴.

¹²⁴ “Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

Carrasco Perera responde a esta pregunta. Considera que tratándose de contratos que no cumplen con las formalidades necesarias para su validez, como la donación o la hipoteca, en caso se pida la declaración de nulidad por defectos de forma que la parte ha provocado, el camino que puede plantear la contraparte es el enriquecimiento sin causa (Carrasco, pp. 470-471). Para dicho autor, la parte afectada con el pedido de nulidad planteado, en principio no puede defenderse sobre la base de la doctrina de los actos propios, sino alegando el enriquecimiento sin causa, siempre que con esta acción no se remunere el precio del contrato. Añade que se puede preferir la doctrina de los actos propios solo si hay dolo muy cualificado, o una ausencia de intereses institucionales relevantes.

Nuestro ordenamiento jurídico difícilmente toleraría la aplicación preferente de la doctrina de los actos propios por sobre el régimen de nulidad, considerando que este último es de orden público.

Sin embargo, como demuestra la propuesta de modificación del Título Preliminar del Código Civil antes mencionada, no todas las causales de nulidad presentan el mismo grado de trascendencia para el interés público. Así, no es lo mismo un caso de simulación absoluta que uno en el cual ha mediado fin ilícito.

El caso de la falta de formalidad como razón para anular un contrato es interesante porque es el que presentaría mayor ductilidad para discutir la posible aplicación de la doctrina de los actos propios como defensa contra la acción de nulidad.

Imagínese un contrato para cuya validez se requiere cierta formalidad. Si ambas partes lo ejecutan y una sucesión de hechos revela que lo tienen por válido, cuesta trabajo entender que, a su conveniencia, ante un cambio de circunstancias que le es desfavorable, una de las partes pretenda que se invalide el contrato.

Aún cuando el artículo 220 del Código Civil¹²⁵ no haga distinciones sobre quiénes están legitimados para pedir la nulidad, en algunos casos podría discutirse la aplicación de la doctrina de los actos propios en el marco del principio de la buena fe, como escudo contra la alegación de nulidad por la parte que brindó su anuencia a la ejecución o que incluso obstaculizó el cumplimiento de las formalidades.

Para admitir la posibilidad de discutir sobre ello, es necesario conocer las circunstancias del caso, como la ejecución en los hechos, confianza en que la formalidad no era importante para las partes, trabas voluntarias para la formalización, etc. Sin embargo, es indispensable además entender las razones por las cuales se impuso la formalidad; es decir, comprender a quién se quiso proteger con ellas.

No es lo mismo el requisito de inscripción registral para la validez de la hipoteca, que la necesidad de contar con escritura pública para la donación, por ejemplo.

¹²⁵ “Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el Artículo 219º puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación”.

En el primer caso, hay terceros a quienes proteger con la oponibilidad del registro. En el segundo, más que proteger al tercero, el interés del legislador ha sido asegurarse que el donante esté convencido de hacer la transferencia de manera gratuita. Ambos intereses son protegibles, pero por razones diferentes. No mediando terceros afectados, ante la inexistencia de escritura pública es posible discutir si un donatario podría oponerse a la pretensión del donante de devolución del bien inmueble invocando la doctrina de los actos propios, si dicha pretensión es contraria a hechos contundentes. Teniendo en cuenta la regulación de este asunto en el Código Civil peruano, las probabilidades de éxito judicial son acotadas, pero ello no enerva la riqueza de la discusión.

Sobre este asunto, vale la pena mencionar un interesante caso en el cual, aunque para resolverlo no fue necesario contrastar la fuerza de la nulidad contra la doctrina de los actos propios, el Tribunal Arbitral se puso en la hipótesis de que lo fuese, en cuyo caso hubiera preferido la aplicación del principio de la buena fe.

En 2010, un Consorcio presentó una iniciativa privada ante una entidad peruana (la “Entidad” o la “Demandada”) para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de nuevas vías urbanas, así como el mejoramiento, operación y mantenimiento de vías urbanas existentes a través de un contrato BOT (*Built, Operate, Transfer*) autofinanciado. Esta iniciativa privada fue declarada de interés mediante un acuerdo adoptado por la Entidad. El Proyecto fue adjudicado a un consorcio en el 2012. Para la celebración del Contrato de Concesión (el “Contrato”) con la Entidad a inicios del 2013, las empresas integrantes del consorcio constituyeron una empresa (la “Concesionaria” o la “Demandante”).

En 2018, la Demandante inició un arbitraje en el cual reclamó la ejecución de una penalidad pactada en el Contrato y, en su defecto, la indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de la Entidad que le impidió percibir los ingresos por pago de peajes previstos.

La Demandada alegó que el Contrato es nulo porque para su celebración no se contó con la opinión favorable de otra entidad pública (la “Autoridad”). La norma que sanciona con nulidad el no contar con la opinión favorable es posterior a la celebración del Contrato, pero el ordenamiento jurídico peruano permite la nulidad virtual. En este sentido, en su opinión, incluso para el momento de la firma del Contrato el requisito de la opinión favorable ya era una norma de orden público que luego fue positivizada. Por lo tanto, al tratarse de nulidad, no puede ser convalidada a través de la doctrina de los actos propios.

La Demandante sostiene que al momento de suscripción del Contrato la Entidad no consideró necesario requerir la opinión de la Autoridad y que, en cualquier caso, era obligación de la Entidad comprobar que se había cumplido con todos los procesos legales y administrativos necesarios para otorgar la Concesión. Además, en el propio Contrato, la Entidad declaró y garantizó que había cumplido con todo lo necesario para la validez y el carácter vinculante de los acuerdos previstos en el mismo.

En relación con la nulidad virtual alegada por la Demandada, la Demandante refiere que el principio constitucional de la irretroactividad de la ley impide la aplicación al presente caso de la ley posterior al Contrato bajo la cual se sanciona con nulidad el no contar con la opinión favorable de la Entidad y que, en todo caso, este no era un requisito de orden público. Señala también la Demandante que desde la fecha en que se firmó el Contrato de Concesión, hasta el inicio del arbitraje, el Contrato de Concesión se había ejecutado en forma pública, sin que la Entidad hubiera pedido su nulidad.

En relación con la nulidad del Contrato por falta de la opinión favorable de la Autoridad, el Tribunal indica que (i) no es controvertido que la versión de la ley aplicable al Contrato es aquella que no contempla la falta de opinión favorable bajo sanción de nulidad y (ii) que la obligación impuesta por la norma fue incumplida. Corresponde entonces analizar si la disposición sobre el requisito de la opinión favorable es una norma de orden público y si, como consecuencia, su incumplimiento es causal de nulidad.

El Tribunal Arbitral concluye que no toda norma imperativa necesariamente es de orden público. La cuestión a resolver es por lo tanto definir el criterio jurídico legal que permite identificar las normas imperativas que interesan al orden público. Esta calificación supone que se identifique el interés que el ordenamiento estima necesario tutelar bajo el concepto de orden público. El Tribunal no se encuentra de acuerdo con la Demandada según la cual una norma que interese el régimen presupuestal del Estado necesariamente es de orden público, en el sentido del artículo V del Título Preliminar y del artículo 219 del Código Civil.

El Tribunal considera que el concepto de orden público debe definirse con respecto a los principios fundamentales del Estado y sobre los cuales se basan la organización y estructura de la sociedad. Está claro para el Tribunal Arbitral que dichos principios fundamentales están limitados a valores esenciales sobre los cuales se erige la sociedad. La Demandada no ha demostrado por qué la opinión favorable previa de la Autoridad es parte de esos valores. Dicho requisito parece por el contrario constituir una formalidad que, si bien puede ser imperativa, no tiene razón de ser considerada como un principio fundamental de la organización de la sociedad peruana. En ese sentido, al no ser dicha norma de orden público, no corresponde la nulidad virtual y, en consecuencia, el Contrato es válido.

Ahora bien, en lo que a la doctrina de los actos propios se refiere, el Tribunal Arbitral añade que, en el supuesto negado que la norma mencionada fuera de orden público, no se le podría permitir a la Entidad, sin quebrar gravemente el principio de buena fe, invocarla para solicitar que se declare la nulidad del Contrato. En efecto, no solo es que la Entidad tuviera la responsabilidad con respecto a la formalidad prevista por la norma, sino que ella misma confirmó en el mismo Contrato el cumplimiento regular de cualesquiera formalidades previas a su suscripción, y además lo ejecutó sin hacer reparos o actuar para tutelar el interés público supuestamente afectado. Sería por lo tanto totalmente contrario al principio fundamental de buena fe y a la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos permitir a la Entidad ampararse en la falta de realización de una

formalidad que estaba a su cargo para escapar a sus obligaciones contractuales, en directa contradicción con las representaciones dadas a Concesionaria y en contra de la tutela que merece el contratante en buena fe.

Como puede apreciarse, para el Tribunal Arbitral, incluso asumiendo que la falta del requisito de opinión favorable se sancionara con nulidad virtual (por contravenir el orden público), la Entidad no podría invocar la invalidez del Contrato sin contrariar el deber de buena fe. Un factor esencial para dicha conclusión es que la propia Entidad ejecutó el Contrato en los hechos, sin advertir antes el incumplimiento del requisito.

Aunque dicha conclusión no está reñida con un sentimiento de justicia, debe admitirse que es controversial y que es posible que tribunales nacionales hubieran llegado a resultados distintos. Contribuye a que el razonamiento del Tribunal Arbitral haya sido justo, el hecho que la Entidad haya ejecutado el Contrato en la práctica.

Sin embargo, cabe preguntarse qué hubiera pasado si la sanción de nulidad por incumplimiento de la formalidad (opinión favorable) hubiese estado expresamente indicada en la norma aplicable en el momento de celebración del Contrato. Estimo que en tal circunstancia se debilitaría la posibilidad del Concesionario de invocar la doctrina de los actos propios frente al cambio de conducta de la Entidad. En efecto, esta se sostiene en la confianza generada con la primera actuación que luego se contradice, de modo que, habiendo claridad sobre la necesidad de opinión favorable de la Autoridad para la validez del Contrato, difícilmente el Concesionario podría demostrar que su confianza era protegible, dado que la vulneración de las normas aplicables habría sido evidente.

Debe concluirse en este punto entonces que, en principio, la doctrina de los actos propios no puede penetrar una defensa de la contradicción basada en la nulidad de un contrato¹²⁶. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil peruano no establece restricciones para la invocación de la nulidad por parte de quienes celebraron el negocio, a pesar de la iniciativa de reforma antes mencionada. A pesar de ello, el principio general de la buena fe –que en buena cuenta es el sustrato de la doctrina de los actos propios- puede servir para combatir una alegación de nulidad cuando las circunstancias del caso pongan en evidencia que el no hacerlo sería manifiestamente injusto.

3.3.2 Conducta ulterior de carácter contradictorio.-

La contradicción es humana y, por tanto, contradecirse es un derecho que representa el ejercicio de la libertad.

¹²⁶ Castillo y Sabroso sugieren que igual lógica se aplica en el caso de lesión. Ante una demanda de rescisión por lesión, el lesionante no puede invocar la doctrina de los actos propios para sostener que al iniciar el proceso judicial el lesionado contradice su decisión de celebrar el contrato lesivo (Castillo y Sabroso, p. 169). La razón es la misma que la que opera en casos de nulidad: en el momento inicial (firma del contrato) se estaba produciendo una situación ilícita.

Sin embargo, la incongruencia en el actuar deja de ser una prerrogativa cuando se afectan ilegítimamente los derechos de otras personas. Así, por ejemplo, no es válido que en ejercicio del derecho a actuar inconsistentemente se justifique un incumplimiento contractual, pues tal contradicción (comprometerse a cumplir y no hacerlo) es una infracción legal y contractual.

Tampoco es una contradicción legítima aquella que, sin constituir un supuesto de incumplimiento, revela una conducta distinta a aquella que, por su claridad, o que por haberse mantenido durante un tiempo considerable, generó confianza en la contraparte de que se sostendría en el futuro.

Como ya se ha dicho, el estándar para medir si esa confianza es o no protegible es uno de buena fe objetiva, y a su vez, para generar confianza protegible, la conducta inicial debe ser válida, con los detalles analizados en la sección anterior.

“La teoría no pretende dar pie a una especie de congelación de las actuaciones jurídicas, según la cual nadie es libre de enmendar o rectificar una determinada postura o decisión. Esto equivaldría a sugerir la infalibilidad de la especie humana y, de paso, significaría un fuerte recorte a la libertad. La verdadera base de la doctrina de los actos propios se encuentra en las expectativas legítimas y razonables. Hay un valor digno de protección cuando una persona deriva de la conducta racional de otra, expectativas plenamente legítimas y razonables. Expectativas que, por otro lado, se conectan con la necesidad de extraer consecuencias prácticas al principio de la buena fe que es una guía central en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas [...]” (Tribunal de Arbitramento entre Genser General Ltda. y Laboratorios Smart S.A., vs. Camilo Bernal Prieto. Laudo arbitral del 21 de setiembre de 2007, Cámara de Comercio de Bogotá, citado por Jaramillo 558) [énfasis agregado].

En efecto, como destaca el citado tribunal colombiano, negar la posibilidad de enmendar decisiones, al punto de dejarlas congeladas, en buena cuenta supone presumir la infalibilidad de la especie humana. Concebir las soluciones jurídicas bajo esa premisa no se corresponde con el rol del Derecho como resultado de la interacción. En tal sentido, es importante balancear la función de la doctrina de los actos propios de proteger la confianza defraudada, con la posibilidad de los individuos de modificar sus posiciones iniciales. Dicho con otras palabras, la doctrina de los actos propios no tiene como función impedir el cambio de opinión o la corrección de los equívocos.

Es algo similar a lo que ocurre con las decisiones que ha debido adoptar el legislador para construir una teoría del error; ha balanceado el interés de quien se equivoca, permitiéndole lograr la anulación del contrato, con el interés de su contraparte, quien goza del beneficio del requisito de cognoscibilidad del error. Así, a menos que haya tenido posibilidad de conocer el error, en cuyo caso su confianza no ha sido defraudada, el contrato se mantiene válido y ejecutable.

La manera de traducir dicha contraposición de intereses –que un sujeto enmiende una conducta y además se proteja la confianza de su contraparte- es que para discutir si es aplicable o no la doctrina de los actos propios, debe haber dos conductas contradictorias. La primera es una conducta válida que debe

generar confianza protegible en la contraparte de que dicho comportamiento se sostendría en el tiempo. La segunda conducta es aquella que se despliega para enmendar la anterior. “Debe haber entonces, como mínimo, dos conductas objeto de análisis: una primera, manantial de la confianza legítima suscitada, a la par que constitutiva de un estado de regularidad comportamental, y una segunda, de suyo posterior en el tiempo, contraria a la anterior, en sí misma generadora de perplejidad, sorpresa y, muy especialmente, de una lesión a derechos y prerrogativas ajenas” (Jaramillo 2014: 338).

Lo más difícil al analizar si la doctrina de los actos propios se aplica en un caso concreto es determinar si la primera conducta –que puede estar constituida por un conjunto de hechos unívocos- fue suficientemente expresiva, de modo que la contraparte tenía buenas razones para concluir que dicho comportamiento se mantendría en el tiempo.

Es complejo hacer este análisis cuando debe confrontarse la teoría con los hechos del caso, porque sobre la base de lo que ocurrió en el pasado, hay que determinar qué acciones eran predecibles de cara al futuro; debe analizarse si una persona razonable en las mismas circunstancias habría esperado lo mismo que quien invoca la doctrina, y debe concluirse que la conducta que se habría esperado no es la que en efecto ocurrió.

El mayor desafío está en el análisis de la primera conducta; es decir, en el “acto propio”, que alude a lo que ocurrió en el pasado. La complicación se explica no solo en que dicho comportamiento podría haber emanado de contratos inválidos, como se vio en la sección anterior, sino porque además el análisis de la primera conducta pasa por determinar si la confianza de la contraparte ha sido en realidad vulnerada. El hecho que se aplique un estándar de buena fe objetiva y que por tanto la intencionalidad sea irrelevante no atenúa la complejidad del análisis. Por el contrario, la consecuencia de aplicar el estándar de buena fe objetiva es que se debe analizar si la vulneración de la confianza la habría sufrido cualquier otra persona razonable en similares circunstancias.

Si luego de aplicar un estándar objetivo de buena fe resulta que la doctrina de los actos propios es acogida por un tribunal, la consecuencia será impedir a la parte contra quien se aplica la doctrina, realizar un acto contrario a su conducta anterior. En otras palabras, no se admite su “pretensión” contradictoria. Por supuesto, la llamada “pretensión” contradictoria no es técnicamente una pretensión en sentido procesal, sino que se trata del propósito de la parte que se contradice de lograr un resultado basado en su incoherencia. Por ejemplo, en el repetido ejemplo del contrato de arrendamiento de la finca rústica, la “pretensión” contradictoria del arrendador será exigir el pago de la renta, por el período en disputa en la fecha del contrato y no al momento de la cosecha. Este intento sería rechazado por el tribunal.

Otro problema interesante a propósito de la contradicción de la conducta es cómo conciliar la doctrina de los actos propios con el sistema de fe pública, dado que “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” (Romero Seguel 2010: 75).

En otras palabras, cabe preguntarse si es relevante para la calificación de la confianza como protegible, el hecho que alguno o algunos de los instrumentos involucrados en la relación jurídica sean instrumentos públicos. Por ejemplo, si el contrato ha sido elevado a escritura pública y los actos propios (conducta vinculante) han sido expresados en documentos simples, quien se contradice podría negar que hay confianza protegible porque los documentos posteriores al contrato que habrían generado confianza no cuentan con fe pública.

Esto podría entenderse mejor con un ejemplo. Un contrato de suministro de mercadería es celebrado por escritura pública. En él se indica que A debe suministrar a B productos de características X. Durante la ejecución del contrato existen correos electrónicos, comprobantes de pago, guías de remisión, entre otros documentos, que revelan que, debido a circunstancias inesperadas, A entrega a B los productos Y. Ello configura el “acto propio” que luego se pretende contradecir. Para efectos del ejemplo debe asumirse que se cumplen los requisitos para aplicar la doctrina de los actos propios, invocada por B para cuestionar que A pretenda entregar X. A replica alegando que los supuestos actos propios se sustentan en documentos privados, mientras que el contrato, que establece el deber de entregar X, fue celebrado por escritura pública.

En mi opinión, tal línea de razonamiento por sí misma no es concluyente para sustentar la posición de A. En efecto, un instrumento público tiene el propósito de generar seguridad jurídica frente a terceros, o confiere valor probatorio, pero no tiene mayor valor que una declaración sin formalidad, para asegurar que existió la voluntad de celebrar el contrato.

En todo caso, si el contrato señalase que es necesario seguir ciertas formalidades para apartarse de él, la solución se hace más compleja, pero las situaciones en las que ello ocurre serán abordadas más adelante.

Lo importante hasta este punto del análisis es tener en cuenta que los dos primeros requisitos para aplicar con éxito la doctrina de los actos propios son concluyentes. De un lado, debe haber una conducta vinculante –acto propio- que genera en otra persona una confianza protegible y razonable en que el sentido de esa conducta no va a ser alterado. El segundo requisito es que, a pesar de lo anterior, la conducta en efecto sea variada y genere una contradicción inesperada.

Sobre lo segundo, es importante que para analizar si en efecto hay incoherencia, se debe tener en cuenta la conducta inicial y posterior de quien se contradice. Es decir, los puntos de referencia son dos tipos de comportamiento sucesivos en el tiempo, que apuntan en sentido contrario, y que son desplegados por una sola persona.

Para determinar si en efecto las conductas son contradictorias, y teniendo en cuenta que no son simultáneas sino sucesivas, es necesario, en primer lugar, desentrañar el sentido del primer comportamiento. En otras palabras, para saber

si hay contradicción, es indispensable saber a qué dirección apunta la primera conducta. Solo así podrá concluirse si ha sido o no contradicha después.

Omitir el verdadero punto de referencia puede conducir a apreciaciones equivocadas, como en el caso que se menciona a continuación. Se trata de un litigio de tercería de mejor derecho entre dos acreedores (A y B) de una misma sociedad (X S.A.). El acreedor A era además accionista de la sociedad. A votó en junta para que la X S.A. garantice hipotecariamente al acreedor B. La hipoteca no se inscribió de inmediato, y cuando se registró en la partida del inmueble, este último se encontraba embargado por A, el acreedor-accionista. B invocó la doctrina de los actos propios y alegó que su preferencia hipotecaria debía prevalecer sobre el embargo, aunque se hubiese inscrito después, pues A había votado a favor de la constitución de la hipoteca.

Acertadamente, el Tribunal Supremo español desestimó dicha alegación, pues el hecho de haber votado en junta a favor de la constitución de hipoteca no supuso una “renuncia” al derecho que hubiera podido corresponderle en virtud de su crédito. Aunque el sentido de la decisión es correcto, me parece que la alusión a una renuncia no era necesaria, pues como se verá más adelante, la doctrina de los actos propios no tiene cabida cuando el “acto propio” o conducta contradicha es un acto negocial, como una renuncia de derechos.

Lo importante de este caso a propósito del análisis de la conducta supuestamente contradictoria, es que para invocar con éxito la doctrina de los actos propios debe haber claridad que haga visible la contradicción. En este caso, el voto a favor de una hipoteca no es lo suficientemente concluyente como para desestimar los efectos de un embargo preferente.

“La persona no puede contradecirse ni con sus actos ni con las consecuencias inmediatas e ineludibles de sus actos. La persona, puede, en cambio, contradecir todo aquello que es simplemente deducido o interpretado por otros como consecuencia de un acto suyo, pero que no deriva necesariamente de él” (Díez-Picazo 2014: 182). Para calificar a las primeras conductas como “actos propios” y considerar que las conductas posteriores son contradictorias, debe haber entonces razones contundentes.

Es decir, “[...] ha de tratarse de actos inequívocamente contradichos mediante el proceder ulterior; pues si aquéllos fueran susceptibles de dos entendimientos, habría de ser preferido de entre ambos el sentido que los armonizara con el vínculo invocado y con la pretensión deducida. Esto así por aplicación del principio orientado al mantenimiento de los vínculos de derecho [...]” (La Ley 1986: XVII).

Otro caso en materia societaria respecto del cual sí se concluyó que hubo contradicción es el de dos socios minoritarios que impugnaron los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas de la Empresa Eulen S.A., por diversas infracciones a la Ley de Sociedades de Capital (de España) (citado en Gimeno 2017).

Una de las observaciones alegadas por los demandantes fue que, dentro del plazo de cinco días de publicada la convocatoria a junta, uno de los accionistas minoritarios envió un “complemento” de la convocatoria a las oficinas centrales en Madrid, pero no fue recibida alegándose que debió dirigirse a la sede social en Bilbao y no al centro efectivo de negocios. Los asuntos incluidos en el complemento no fueron por tanto abordados en la junta general de accionistas.

Cabe señalar que, bajo la legislación española aplicable al caso, el complemento de la convocatoria permite a quienes lo presentan, la inclusión de uno o varios puntos en el orden del día sin necesidad de nueva convocatoria a junta general, lo que genera un significativo ahorro de costos.

“En consecuencia, amplía los instrumentos de participación de la minoría en la junta general cuyos intereses pueden satisfacerse con ocasión de juntas generales ya programadas, mediante la adición, en el plazo de cinco días desde su publicación, de aquellos puntos cuyo debate o mera exposición consideren oportuna siempre y cuando, como es lógico, no excedan de la propia competencia de la junta” (Gimeno 2017: 9).

Dado que en dos oportunidades anteriores, un año antes de los hechos analizados, la administración de la sociedad había recibido el complemento de la convocatoria en el centro efectivo de negocios de la empresa (Madrid) y no en el lugar de la sede (Bilbao), la Sala Civil del Tribunal Supremo, mediante STS de 24 de noviembre de 2016, señaló que se había vulnerado el principio general de la buena fe previsto en el artículo 7 del Código Civil, y declaró la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general en cuyo orden del día se ignoró la solicitud de complemento planteada. Se señaló que los administradores generaron con su conducta una confianza que debía ser protegida.

También es interesante el caso seguido por Juan Israel Melo Soto con Raúl Edgardo Melo Abarzúa, decidido por la Corte Suprema de Chile mediante sentencia del 13 de diciembre de 2010 (Rol 3.602-2009). Se trataba de un caso que involucró sucesivos contratos de compraventa entre padre e hijo que recayeron sobre un bien inmueble. El padre demandó que se declare la rescisión del contrato por lesión enorme, y obtuvo sentencia favorable en primera instancia. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia invocando la doctrina de los actos propios. La Corte Suprema siguió la línea de razonamiento de la Corte de Apelaciones y desestimó la demanda.

“Que, como es fácilmente advertible [...] los precios de ambas ventas celebradas entre las partes de este juicio, referidas al mismo inmueble -3.500.000, aquella convenida el 10 de mayo de 1995; \$4.000.000, la que se pactó el 24 de agosto de 2001 - guardan entre sí, considerando la valorización levemente superior del bien raíz de la segunda, explicable por el transcurso del tiempo- una notable equivalencia de los montos fijados para cada caso por las partes contratantes. [...] Que, a este respecto, la sentencia recurrida, señaló que, encontrándose establecido que el actor Juan Israel Melo Soto compró al demandado, su hijo Raúl Edgardo Melo Abarzúa [...] sin reparos, no puede ahora en este pleito contradecir su posición jurídica anterior, alegando rescisión enorme del contrato de compraventa [...]”. En este caso, la Corte considera que hay razones para alegar lesión enorme, pero que la pretensión resulta “inaceptable” (Padilla 2013: 167-168).

Al parecer, lo que habría ocurrido en el caso es que, vista de manera independiente, la compraventa cuestionada por el demandante en el proceso judicial, podía haber sido rescindida por adolecer de lesión. No obstante, hubo diversas transferencias sucesivas entre las mismas partes respecto del mismo inmueble y por valores semejantes, de modo que acoger la pretensión planteada en el proceso habría sido contradictorio con la propia conducta del demandante en relación con los contratos anteriores.

Otro caso en el cual una conducta incoherente fue un elemento contundente para invocar la doctrina de los actos propios fue el caso Montenegro Pedreros, Juan A. c/ Urrutia Gamboa, María A., decidido por la Corte Suprema de Chile mediante sentencia del 2 de mayo de 2012 (Rol 3.965-2011). Las partes habían celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble, en virtud del cual el demandante había prometido vender, ceder y transferir a la promitente la propiedad, fijando un precio y forma de pago, lo que incluía la obtención de un crédito hipotecario. Se pactó que el retraso de uno o más de los “dividendos” permitía al vendedor pedir la resolución del contrato y que lo pagado se perdería a título de indemnización.

El demandado omitió pagar las cuotas de dos meses; pero el demandante aceptó los pagos retrasados, aplicando los intereses correspondientes. A pesar de ello, el demandante solicitó la resolución del contrato. La Corte Suprema de Chile desestimó dicha pretensión invocando para ello la doctrina de los actos propios. Señaló que el derecho de pedir la resolución se tornó inadmisibles sobre la base de su propio comportamiento, que fue aceptar los pagos retrasados, de modo que fue su propia aquiescencia la que permitió que el contrato siguiera su normal desarrollo.

Son numerosos los ejemplos en los que se discute el cumplimiento del segundo requisito de la doctrina de los actos propios, que es la existencia de una conducta contradictoria. Así, por ejemplo, se ha señalado que es incongruente haber tolerado duraderamente la conducta del deudor no conforme al contrato y súbitamente intentar la resolución por incumplimiento a partir de esa conducta (Carrasco 494). También se ha considerado que es inconsistente que el comitente, sabiendo que en la parte de la obra ya realizada hay faltas que le permitirían resolver el contrato, tolera que el contratista siga ejecutando; y que es incongruente pedir la nulidad de una junta por defectos de convocatoria, pero impugnar de ella solo los acuerdos que perjudican al actor (Carrasco 496). En estos casos, es indispensable constatar que el punto de referencia de la incoherencia es la confianza generada por la conducta que luego se contradice.

En tal sentido, en relación con el segundo requisito para determinar si se aplica o no la doctrina de los actos propios, estimo que debe analizarse dos cuestiones. En primer lugar, comprobar que las conductas bajo análisis en efecto apunten en direcciones contrarias; y, en segundo lugar, si la respuesta es positiva, verificar que la contradicción sea ilegítima, en el marco de la buena fe.

Sobre el primer punto, en caso de varias interpretaciones sobre el sentido del comportamiento inicial, debe preferirse aquel que sea compatible con la

conducta posterior, pues la libertad para contradecirse es parte de la autonomía privada, siempre que la incoherencia sea legítima. Por supuesto, y acá es pertinente el segundo punto, esta conclusión debe ser soportada por un estándar de buena fe objetiva, que permita examinar si la conducta inicial generó confianza protegible y razonable de que se mantendría en el tiempo bajo las mismas circunstancias. La aplicación de este estándar prima sobre la regla de hermenéutica normativa según la cual lo posterior prima sobre lo anterior.

3.3.3 Identidad de sujetos.-

Los dos primeros requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios son, de un lado, la existencia de una conducta vinculante, y, del otro, una contradicción posterior.

El tercer requisito es que dicha dinámica se presente entre los mismos sujetos. Es decir, la conducta de un sujeto A genera en un sujeto B confianza razonable en que dicha conducta no cambiaría, y luego A altera su comportamiento, ante lo cual B podría invocar la doctrina de los actos propios. Este requisito supone que los sujetos involucrados en las situaciones incoherentes sean los mismos. Es decir, quien alega que una conducta es contradictoria con una anterior debe ser también el destinatario del primer comportamiento. A la inversa, el sujeto que protagoniza la primera conducta debe ser quien figure en la segunda.

En los ejemplos mencionados hasta ahora, este asunto no presenta complejidades, pues la expectativa y posterior contradicción tenían como protagonistas a los mismos sujetos. Por supuesto, no se debe confundir la unidad de personas con la identidad de sujetos, pues en cada polo de la relación contractual pueden haber participado varias personas distintas, pero que forman parte de un solo sujeto. Lo que interesa pues en este análisis es que haya identidad de sujetos o de centros de interés.

Ahora bien, hay circunstancias que hacen complejo determinar si los sujetos involucrados en la primera conducta, aquella que genera confianza protegible, son los mismos involucrados en la contradicción posterior. El deslinde es importante, pues si no se determina con prolijidad quiénes participan en esta dinámica, los resultados pueden ser injustos.

“Jurídicamente, la cuestión ofrece cierta complejidad porque intervienen varios factores que rompen la ecuación “acto propio” = “acto del mismo sujeto”. Y estos factores son, de una parte, los fenómenos jurídicos de la sucesión y de la representación, en su doble aspecto legal y voluntario; y de otra, la existencia de sujetos colectivos dotados de una pluralidad de órganos a través de los cuales actúan” (López Rodó 1952: 13).

Como señala el autor citado, los fenómenos que típicamente desafían la noción elemental de la categoría “sujeto” son la sucesión, la representación, el contrato a favor de tercero y la personalidad jurídica de los sujetos colectivos. En este último caso, el estudio se complica cuando el sujeto es el Estado.

3.3.3.1 Identidad de sujetos en la sucesión

Cuando una persona fallece, su patrimonio no desaparece. Su propiedad no revierte al dueño anterior, sino que se atribuye a un beneficiario que adquiere el dominio. Lo mismo puede decirse de sus responsabilidades. No se extinguen frente a sus acreedores, sino que estos mantienen su derecho a exigir el cumplimiento. Quienes se benefician de la propiedad de quien fallece y responden por sus obligaciones son sus herederos, puesto que la adquisición se produce a título universal. Así lo establecen los artículos 660 y 661 del Código Civil¹²⁷.

La idea clave en el Derecho Sucesorio es pues la continuidad, de modo que el heredero no puede contradecir lo hecho por su causante. Así como es automática la transmisión al heredero de la propiedad de los bienes del causante, la obligación de responder por sus deudas es inevitable, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. “Es por esto por lo que, al devenir titular de unos derechos, el heredero queda vinculado por el sentido que al ejercicio de estos derechos había atribuido el causante” (Díez-Picazo 2014: 290).

Este principio de continuidad que rige el Derecho Sucesorio, en relación con los bienes y con la responsabilidad hereditaria, es pertinente de cara a la doctrina de los actos propios. Esta última puede ser relevante en dos tipos de situaciones que involucran actos del causante.

La primera, cuando el “acto propio” o conducta vinculante es ocasionada por el causante. La segunda situación ocurre cuando el primer comportamiento, que luego es contradicho, es realizado por el heredero en relación con bienes u obligaciones adquiridos del fallecido. Esto se puede entender mejor con ejemplos.

En anteriores secciones de este trabajo se ha usado el ejemplo del arrendador que permite en varias ocasiones que la renta anual sea pagada en fecha distinta a la indicada en el contrato, de manera que el momento de pago se liga con la cosecha. Luego, esta conducta es contradicha por el mismo arrendador, que exige el pago en la fecha indicada en el contrato.

Asumiendo que en tal caso se cumplieran los requisitos para invocar la doctrina de los actos propios, es pertinente en este punto hacer una variación: que la negativa a cobrar en época de cosecha, a pesar de la tolerancia anterior, sea realizada por el heredero del arrendador. ¿Puede el arrendatario alegar la doctrina de los actos propios? Estimo que sí.

Siguiendo con el ejemplo, si bajo un estándar de buena fe objetiva, el arrendador dio al arrendatario buenas razones para considerar que bajo las mismas circunstancias podía seguir pagando la renta anual luego de la cosecha y no en

¹²⁷ “Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

“Artículo 661.- El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando existe inventario judicial”.

el momento previsto en el contrato, el heredero no estaría legitimado para variar inesperadamente dicha conducta. Aunque técnicamente se trate de un nuevo titular de los bienes, derechos y obligaciones materia de la herencia, no es menos cierto que el vínculo con el arrendatario no fue creado por él sino por el causante.

El “nuevo” arrendador podría intentar alegar que, dado que la conducta contradictoria es realizada por él y no por el fallecido, no se cumple el requisito de identidad de sujetos. Sin embargo, en virtud del principio de continuidad que caracteriza el Derecho Sucesorio, el heredero no podría alegar que él es una persona distinta al causante para oponerse a la doctrina de los actos propios. Opera pues una ficción jurídica, que permite sostener que hay identidad de sujetos, aunque se trate de personas distintas.

Debe recordarse que el núcleo de la doctrina de los actos propios es la protección de la confianza razonable, y esta fue creada a partir de las actuaciones de quien en su momento era el legitimado para tomar decisiones sobre el cobro de la renta. Por lo demás, esta conclusión no vulnera los derechos del heredero, pues si la doctrina de los actos propios generase algún tipo de consecuencia patrimonial, esta debe ser cubierta exclusivamente con los bienes de la herencia¹²⁸.

Los ejemplos mencionados corresponden a una primera situación, cuando el “acto propio” o conducta vinculante es ocasionada por el causante. La segunda situación ocurre cuando el primer comportamiento, que luego es contradicho, es realizado por el heredero en relación con bienes u obligaciones adquiridos del fallecido. Nótese la diferencia con el caso anterior. Mientras que en la primera situación fue la persona que fallece quien generó la confianza razonable que no podría ser contradicha de manera inesperada, en esta segunda situación la conducta inicial (acto propio) es desplegada por el heredero.

En este caso, no es necesario blandir como argumento la existencia de una ficción jurídica para crear continuidad entre la conducta vinculante inicial con la contradictoria posterior, pues a diferencia de la situación anterior, ambas son desplegadas por el heredero, en relación con un bien o un derecho que alega tener en virtud de la herencia.

En la segunda situación, cuando el acto propio y contradicción posterior son efectuados por el heredero, sin que haya intervenido el causante, podría replicarse que la situación no es distinta de cualquier otra en la que se invoca la doctrina de los actos propios, independientemente del título de adquisición del derecho materia de controversia. Es decir, el titular de un bien o derecho puede realizar una conducta que luego contradice, exponiéndose a que se aplique la doctrina de los actos propios, sin importar la forma en que adquirió ese bien o derecho. Es irrelevante que haya adquirido a título universal o particular, o a título

¹²⁸ Castillo y Sabroso sostienen que la doctrina no es unánime y que en su opinión no se aplica la doctrina de los actos propios en materia sucesoria, debido a la falta de identidad de sujetos (2017: 111).

gratuito u oneroso; lo importante es que se cumplan los requisitos para la aplicación de la doctrina.

Sin embargo, es pertinente citar en este punto un caso en el cual sí fue relevante que existiera un vínculo sucesorio. En un caso ocurrido en Argentina, se había donado una importante colección de cuadros al Museo Nacional de Bellas Artes con el cargo de que se mantuvieran colgados permanentemente. Los herederos, cincuenta años después de fallecido el causante, pretendieron la revocación de la herencia alegando el incumplimiento del encargo por parte del Museo. El reclamo fue rechazado sobre la base de la doctrina de los actos propios, pues ellos habían tolerado esa situación por muchos años sin haber planteado protesta alguna (Borda 2017: 73).

En el caso mencionado, el acto propio o conducta vinculante fue la tolerancia por parte de los herederos, durante muchos años, al incumplimiento por parte del Museo del cargo instituido por el causante en la donación efectuada. La conducta contradictoria fue la pretensión de los herederos de revocar la herencia.

Como puede apreciarse, en materia sucesoria, para aplicar la doctrina de los actos propios debe haber identidad de sujetos entre la conducta vinculante y la contradicción posterior. La categoría “sujeto” debe entenderse como un polo de la relación jurídica, no como un individuo.

Como se explica a continuación, igual criterio debe seguirse en materia de representación, cuando las conductas contradictorias han sido protagonizadas por el representante y por el representado frente a la contraparte de la relación jurídica.

3.3.3.2 Identidad de sujetos en la representación

Así como la doctrina de los actos propios puede aplicarse en materia hereditaria, pese a que las personas involucradas en las conductas contradictorias no son las mismas, también puede hacerse en materia de representación, aunque representante y representado sean individuos distintos.

De nuevo, lo relevante al analizar el tercer requisito para la aplicación de la doctrina de los actos propios es que exista identidad de sujetos, no de personas o de individuos.

De acuerdo con el artículo 160 del Código Civil, los actos celebrados por los representantes no surten efectos jurídicos ni patrimoniales respecto de ellos, sino de sus representados¹²⁹. Es como si los representantes fueran transparentes, dado que el ejercicio de la representación no repercute en su propia esfera patrimonial, siempre que no excedan ni violen los límites de sus facultades, en cuyo caso el acto celebrado es ineficaz respecto al representado¹³⁰.

¹²⁹ “Artículo 160.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado”.

¹³⁰ “Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros”.

Cabe preguntarse si es necesario, para llegar a dicha conclusión, que las conductas contradictorias deban seguir un orden determinado. Es decir, ¿para que pueda invocarse la doctrina de los actos propios, el comportamiento vinculante debe ser del representado y la pretensión contradictoria debe ser del representante? ¿O a la inversa?

Sigamos con el ejemplo del arrendador que recibe el pago de la renta en momentos alineados con la cosecha y no con la fecha precisa indicada en el contrato. Puede introducirse a este caso un elemento de representación: el arrendador tiene un apoderado con facultades amplias y generales.

Hay dos posibilidades; de un lado, que la conducta vinculante la haya desplegado el arrendador y la contradicción la plantee su representante; y al revés, que el representante, dentro de los límites de las facultades conferidas, haya generado confianza razonable en el arrendatario que su conducta no sería alterada, pero que el representado, o sea, el propio arrendador, contradiga a quien lo representó.

Para Díez-Picazo, es claro que la doctrina de los actos propios opera en el primer caso, cuando el representante ejercita una pretensión contradictoria con la anterior conducta del representado, pero opina que a la inversa no hay claridad en la respuesta (Díez-Picazo 2014: 297-298).

Para simplificar la idea, Díez-Picazo considera que, si el representante contradice la conducta del representado, podría invocarse la doctrina de los actos propios; pero al revés, si el representado contradice los actos del representante, no hay claridad sobre la aplicación de dicha doctrina.

Estimo que la clave para definir en el segundo caso si se aplica o no la doctrina de los actos propios, es que el representante haya actuado dentro del marco de las atribuciones conferidas, pues de lo contrario, sería aplicable el artículo 161 del Código Civil, que restaría eficacia al acto respecto del representado.

En tal sentido, para seguir con el ejemplo, si el representante del arrendador tenía facultades suficientes, él podría haber tolerado que los pagos de la renta anual se produjesen luego de la cosecha, aunque el contrato hubiera fijado una fecha precisa. Para la contraparte, dicha conducta era vinculante, pues había identidad de sujetos, aunque no de individuos, entre el representante y su representado. En tal sentido, si el arrendador cuestiona la oportunidad de dichos pagos y exige el cumplimiento según el texto original, podría invocarse la doctrina de los actos propios, siempre que se cumplan los dos primeros requisitos: de un lado, una conducta que genera confianza razonable en que no se variaría bajo las mismas circunstancias, y del otro, una contradicción posterior e inesperada.

Los párrafos anteriores se refieren a casos en los cuales son varias las personas que expresan la voluntad de uno de los sujetos de la relación jurídica, específicamente, el sujeto que se contradice. Sin embargo, cabe preguntarse si

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

un problema similar puede presentarse en el otro polo de la relación jurídica. Es decir, que las conductas vinculantes y las contradictorias se hayan dirigido a personas distintas que actuaban por cuenta de la parte que invoca la doctrina de los actos propios.

En el mismo ejemplo, podría ocurrir la situación inversa; es decir, que el arrendador actúa directamente, sin representantes, y que más bien el arrendatario es representado por personas distintas. Si el arrendador genera una conducta vinculante frente al representante "x" del arrendatario, pero se contradice frente al representante "y" del arrendatario, este último podría invocar la doctrina de los actos propios si se cumplen los requisitos para ello, pues lo relevante no es saber a través de qué individuos actúa el arrendatario, sino acreditar que se generó una confianza protegible en que la conducta del arrendador se mantendría en el tiempo.

Sea que las conductas vinculantes y contradictorias provengan de diversas personas y se dirijan hacia una sola, o al revés, que las conductas vinculantes y contradictorias provengan de una sola persona y se dirijan a varias, para invocar la doctrina de los actos propios debe asegurarse que un sujeto de la relación jurídica haya generado confianza razonable en el otro, que su conducta no sería contradicha. La doctrina de los actos propios puede aplicarse entonces incluso si son varios los destinatarios de las conductas que generaron la confianza y la contradicción, siempre que actúen en interés de un mismo sujeto.

3.3.3.3 Contrato a favor de tercero

Una situación similar a la anterior, pero en la que los destinatarios de las conductas son sujetos distintos, es el caso de un contrato de seguro. De un lado se encuentra el asegurador, pero del otro, están tanto el tomador o contratante, como el asegurado o beneficiario. El contratante y el beneficiario son sujetos distintos, de modo que, si para proteger el interés de estos se invoca la doctrina de los actos propios, se corre el riesgo de que sea rechazada por no tratarse de los mismos sujetos. Sin embargo, el análisis no es tan simple.

Un contratante C toma un seguro de la compañía S a favor del beneficiario B. En la ejecución del contrato, la compañía de seguros remite a C una serie de comunicaciones en un determinado sentido. Sobre la base de la confianza generada, B espera un beneficio determinado, que es negado por S.

Siendo B el afectado, invoca la doctrina de los actos propios a su favor. S podría argumentar que C y B son sujetos distintos, de modo que no se cumple el tercer requisito. Sin perjuicio del análisis de los hechos de cada caso, no es en este sentido que debe interpretarse la necesidad de que las conductas vinculantes y contradictorias sean protagonizadas por los mismos sujetos.

Lo que se busca al exigir que los sujetos sean los mismos, en el fondo, es garantizar que la dinámica contractual haya permitido generar una situación de confianza, que luego es traicionada. Esta dinámica sí puede presentarse en una relación de aseguramiento, puesto que el contrato de seguro es uno a favor de

terceros. El promitente es la compañía de seguros, el estipulante es el contratante y el tercero es el beneficiario.

Aunque el estipulante o contratante tenga interés propio en la contratación del seguro, el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato¹³¹. El derecho de exigir el cumplimiento del contrato le corresponde tanto al estipulante como al tercero. Con la misma lógica, y aunque la invocación de la doctrina de los actos propios no sea una herramienta para el cumplimiento contractual, no habría inconveniente para aplicarla.

Siempre atendiendo a las circunstancias del caso, podría ocurrir entonces que, ante la negativa de una aseguradora de acceder a un pedido del beneficiario, este invoque la doctrina de los actos propios, señalando que el rechazo es contradictorio con la confianza generada por la aseguradora mediante comunicaciones dirigidas al contratante, sobre la base de las cuales se generó una confianza protegible. Siempre que el beneficiario demuestre que su propia confianza ha sido traicionada, y asumiendo que los hechos permiten soportar la teoría del caso, serían débiles las razones por las cuales rechazar la doctrina de los actos propios.

3.3.3.4 Identidad de sujetos en las personas jurídicas

Lo dicho respecto a la doctrina de los actos propios cuando median actos de representación es aplicable cuando los sujetos que intervienen en la controversia son personas jurídicas.

Las personas jurídicas son ficciones creadas con el propósito de generar un blindaje contra los riesgos de los emprendimientos, a través de la separación de patrimonios y de responsabilidad. Como entidades que adquieren vida propia a partir de la ficción, es necesario convenir, legal y estatutariamente, los mecanismos de expresión de voluntad.

Las personas jurídicas expresan su voluntad y se desenvuelven a través de sus órganos sociales y por un sistema de apoderamiento diseñado para atender sus propias particularidades, que en ciertas circunstancias puede ser sumamente complejo.

Dependiendo pues de las dimensiones y frecuencia de las operaciones realizadas por las personas jurídicas, será más o menos complicado el sistema de representación, que puede comprender varios apoderados. Los actos realizados por estos, siempre que se realicen en el marco de sus facultades, obligan únicamente a la persona jurídica. “De donde resulta que ni los actos del sujeto colectivo tienen el carácter de actos propios para las personas físicas que

¹³¹ “Artículo 1457.- Por el contrato a favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.

El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato”.

“Artículo 1458.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato”.

actúan como titulares o soportes de sus órganos, ni los actos que estas realizan al margen de las funciones que desempeñan al servicio del sujeto colectivo se consideran como actos propios de este” (López Rodó 1952: 15).

Las reglas para la representación conjunta están establecidas por los artículos 147 y 148 del Código Civil¹³². Cuando se trata de personas jurídicas reguladas por la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), es aplicable además la regla por la cual la sociedad se obliga por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades conferidas¹³³.

La aplicación correcta de la doctrina de los actos propios supone una cuidadosa revisión de los hechos del caso, que permita concluir que: (i) una parte se ha comportado frente a otra generando confianza razonable en que su comportamiento se mantendría en el tiempo; (ii) esa conducta es contradicha; y, (iii) los sujetos que intervienen en esa dinámica son los mismos.

Dicho análisis, que de por sí es complejo en los hechos, se vuelve más arduo si las personas involucradas en las conductas, tanto las vinculantes como las contradictorias, son distintas, aunque con facultades de representación debidamente conferidas.

En varias oportunidades se ha mencionado el ejemplo por el cual el proveedor A debe suministrar a B productos de características X, pero en ejecución del contrato entrega productos Y. Cuando se niega a seguir haciéndolo, B invoca la doctrina de los actos propios. Imagínese que A es una persona jurídica, que ha sido representada por diversas personas naturales, debidamente facultadas en las distintas fases de la relación contractual. La persona “m” firma el contrato; “n” dispuso la entrega de los productos de características Y, pero posteriormente “ñ” se niega a hacerlo.

En tal caso, si el adquirente de los productos invoca la doctrina de los actos propios, A podría defenderse cuestionando el cumplimiento de los dos primeros requisitos (conducta vinculante y pretensión contradictoria), pero no puede negar que se trata de los mismos sujetos. La empresa A es el sujeto de la relación

¹³² “Artículo 147.- Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes”.

“Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, estos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común”.

¹³³ “Artículo 12.- Alcances de la representación

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que esta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

obligatoria, sin importar que “m”, “n” y “ñ” hayan sido las personas naturales que la representaron a lo largo del tiempo.

Como ya se ha dicho, para aplicar la doctrina de los actos propios debe distinguirse entre las personas jurídicas y sus órganos o sus representantes. En efecto, “la unidad de atribución hace referencia a la persona jurídica, y no a un órgano específico ni a un funcionario (órgano-persona) de dicha persona jurídica” (Mairal 1988: 64).

Es decir, los actos realizados por los representantes o por los órganos que conforman la sociedad son imputables únicamente a esta. A la inversa, las decisiones individuales que pudieran adoptar las personas que integran los órganos sociales en relación con su propia esfera jurídica, no impactan en el patrimonio de la sociedad.

“Contradice la anterior doctrina la sentencia de 20 de febrero de 1933, según la cual, quien es citado en tiempo y forma como socio para asistir a una Junta general y dejó de asistir sin alegar justa causa que se lo impidiese, no puede luego combatir los acuerdos adoptados por los demás socios por impedimento de la doctrina de los actos propios, que, como expresión del consentimiento, crean, modifican o extinguen los derechos. Esta sentencia considera, pues, como actos propios de cada uno de los socios los acuerdos de la Junta general de una Sociedad, aunque el socio no haya asistido a la reunión; atribuye a la Junta general al papel de autor de “actos propios” frente a los socios y prohíbe a estos impugnarlos, invocando como única razón el principio de que a nadie es lícito volverse contra sus propios actos” (López Rodó 1952: 15).

La decisión citada es claramente equivocada, dado que un socio conserva su personalidad jurídica frente a la de la sociedad; es más, sus intereses pueden ser contrarios cuando se trata de un socio minoritario. Si lo que se quería era evitar que el socio ausente en la Junta de Accionistas impugne los acuerdos adoptados en ella, la única alternativa posible habría sido verificar cuestiones formales, como el cumplimiento del plazo, por ejemplo, pues de lo contrario la invocación de la doctrina de los actos propios sería en realidad un mecanismo para limitar ilícitamente el derecho de los socios de cuestionar los acuerdos sociales.

Ahora bien, cuando se trata de personas jurídicas, el requisito de identidad de sujetos puede presentar desafíos no solamente en asuntos de representación. Como se verá a continuación, debe analizarse si la doctrina de los actos propios podría ser invocada cuando se han producido reorganizaciones societarias.

Hay diversos tipos de reorganizaciones societarias, como las transformaciones, las fusiones y las escisiones, o la combinación de ellas. En relación con la doctrina de los actos propios, las transformaciones no generan impacto alguno, pues se trata de una misma persona jurídica que adopta cualquier clase de forma permitida por la ley.

En cambio, cuando los sujetos involucrados en la aplicación de la doctrina de los actos propios han sido materia de fusiones o de escisiones, estudiar el asunto puede ser intrincado. Sin embargo, para que el análisis sea minucioso hay que

cuidar que, en relación con el requisito de identidad de sujetos, se tengan en cuenta los distintos tipos de atribuciones patrimoniales que resultan de la reorganización empresarial.

La fusión supone que dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, lo cual puede producirse de dos maneras. De un lado, puede constituirse una nueva sociedad que absorbe a dos o más sociedades cuya personalidad jurídica se extingue, pero que transmiten a la nueva sociedad sus patrimonios, en bloque y a título universal. La otra posibilidad es que una sociedad existente absorba a otra sociedad que se extingue, pero asumiendo, a título universal y en bloque, el patrimonio de la absorbida¹³⁴.

La escisión es una forma de reorganización que fracciona el patrimonio de la sociedad en dos o más bloques, para transferirlos íntegramente a otra u otras sociedades, o para transferirlos parcialmente y conservar alguno de ellos. La transferencia puede producirse a una sociedad nueva o a una ya existente. La personalidad de la sociedad escidente se extingue si no conserva ningún bloque patrimonial¹³⁵.

El análisis de la identidad de sujetos para la aplicación de la doctrina de los actos propios presenta mayores dificultades en dos tipos de situaciones, ya mencionadas en los acápites anteriores. De un lado, cuando son varias las personas que han actuado en representación de un sujeto; y del otro, cuando ha mediado una sucesión testamentaria. La combinación de ambas situaciones se presenta cuando el sujeto contra quien se alega la doctrina de los actos propios ha sido materia de una fusión o escisión.

¹³⁴ Ley General de Sociedades, Ley N° 26887. "Artículo 344.- Concepto y formas de fusión.- Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley.

Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso".

¹³⁵ Ley General de Sociedades, Ley N° 26887. "Artículo 367.- Concepto y formas de escisión
Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso".

En efecto, este tipo de reorganizaciones societarias presenta ambos elementos, pues, de un lado, se produce una transferencia patrimonial a título universal – como ocurre con la sucesión testamentaria- y de otro lado, y como consecuencia de lo anterior, las personas que ejercen la representación pueden ser distintas.

Esta combinación de factores hace necesario un análisis más sofisticado y cuidadoso, pero la clave para darle precisión es tener claridad sobre lo que significa la sucesión a título universal y sobre cuál es el alcance de la representación.

En páginas anteriores se ha mencionado el ejemplo en el que A es una empresa que se obliga frente a B a suministrarle productos de características X, pero por circunstancias irrelevantes de cara a este análisis, en los hechos entrega periódicamente el producto de especificaciones Y. Cuando A se niega inesperadamente a seguir suministrando Y, B invoca la doctrina de los actos propios.

Traducir tal esquema simplificado a circunstancias reales, con hechos que pueden ser erráticos, es complicado, pero el asunto puede ser más enrevesado si al ejemplo añadimos que A fue materia de una reorganización societaria. Volviendo al ejemplo, se le pueden incorporar mayores detalles.

El contrato entre A y B para suministrar el producto tipo X se celebró en el 2010; las entregas periódicas del producto tipo Y ocurrieron entre el 2011 y mediados del 2014. En agosto del 2014, A es absorbida por fusión por la empresa C, quien adquiere a título universal el patrimonio de A, lo que incluye la titularidad de la relación jurídica con B.

Cuando B invoque la doctrina de los actos propios contra la negativa inesperada de A de seguir suministrando el producto tipo Y, la réplica podría sustentarse en que no se cumple con el requisito de identidad de sujetos, pues la conducta vinculante la habría generado A, pero la contradicción posterior la habría planteado C, la sociedad absorbente por fusión. A mayor abundamiento, la defensa de C podría añadir que las personas que actuaron en representación del proveedor (A y luego C), son distintas.

B podría rebatir ese argumento e insistir en la aplicación de la doctrina de los actos propios, sobre la base de dos líneas de defensa. De un lado, como ocurre en la sucesión testamentaria, la transferencia patrimonial a título universal supone la transmisión tanto de derechos como de las obligaciones, de modo que la sociedad absorbente debe hacerse cargo de los actos, comunicaciones y expectativas generadas por la sociedad absorbida frente a los terceros. De otro lado, como en cualquier caso de representación, hay transparencia en la gestión de los representantes, en el sentido que, siempre que actúen en el marco de sus facultades, los efectos de sus encargos no se producen en su propia esfera patrimonial sino en la de sus representados.

Bajo esa línea argumentativa, y siempre que se acrediten los requisitos de fondo de la doctrina de los actos propios –confianza razonable que luego es

contrariada-, una reorganización societaria que involucra movimientos patrimoniales no es impedimento para aplicarla.

3.3.3.5 Identidad de sujetos en el Estado

La conclusión más relevante para analizar el requisito de la identidad de sujetos cuando intervienen personas jurídicas es la necesidad de tener claridad sobre los alcances de la representación y sobre la naturaleza de la transmisión de patrimonios a título universal (esto último, cuando median reorganizaciones societarias).

Sin embargo, cuando la persona jurídica forma parte del Estado y son varias las entidades estatales involucradas en la relación contractual, el análisis debe ser todavía más cuidadoso.

En este punto es necesario recordar que este trabajo de investigación se limita a analizar la doctrina de los actos propios en materia contractual entre privados. No se incluye en el objeto de estudio la responsabilidad de los Estados propia del Derecho Internacional Público y como consecuencia de ello, también quedan excluidos los temas referidos al *estoppel* o a la doctrina de los actos propios en materia de arbitrajes de inversión, que merecen ser objeto de estudio independiente.

A pesar de ello, sin pretender profundizar en este asunto, a propósito del requisito de identidad de sujetos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, es pertinente preguntarse si esta puede ser invocada cuando la confianza protegible es ocasionada por una entidad estatal pero la contradicción posterior es dispuesta por una entidad distinta.

Ello ocurrió en Uruguay, cuando un juez de primera instancia desestimó la aplicación de la doctrina de los actos propios porque no se demostró la extensión de la eficacia vinculatoria del comportamiento anterior del Banco Central como ente autónomo hacia el Estado, aunque indicó que, en principio, el Estado es la “persona jurídica mayor que resultaría obligada por decisiones adoptadas por organismos públicos dotados de autonomía jurídica y patrimonial” (Barbieri 1999: 770).

Sin embargo, aunque la segunda instancia insistió en descartar la doctrina de los actos propios, entendió algo distinto en relación con la responsabilidad estatal, indicando que el Banco Central no integra el Estado como persona jurídica mayor, de modo que la autonomía jurídica de ambas impide trasladar automáticamente al Estado las consecuencias perjudiciales de su conducta.

También es pertinente citar el caso Iran-US Claims Tribunal, *Abraham Rahman Golshani v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, YCA 1994, at 421 et seq. (TransLex), mencionado en el capítulo primero de este trabajo¹³⁶.

¹³⁶ El Señor Golshani, ciudadano iraní, demandó al estado de Irán por la expropiación de sus intereses en Tehran Redevelopment Corp. (TRC), una compañía de desarrollo iraní, adquiridos mediante contrato de transferencia celebrado con el Señor Rahman Golzar. De otro lado, TRC

El Señor Golshani, demandante en el proceso arbitral, invocó la doctrina del *estoppel*, señalando que en el proceso judicial seguido en Francia, TRC, una entidad perteneciente al Estado iraní, sostuvo una posición distinta a la que el gobierno iraní sostenía en el arbitraje. En el proceso judicial francés TRC negó la existencia de unas actas de reuniones y alegó la validez de una escritura de transferencia. Sin embargo, argumentó lo contrario en el arbitraje en referencia.

El tribunal arbitral sostuvo que no correspondía aplicar la doctrina del *estoppel* por varias razones, entre las cuales indicó que no se cumplía el requisito de identidad de sujetos, pues no se podía atribuir al Estado de Irán, demandado en el arbitraje, la conducta de TRC, la entidad estatal demandante en el proceso judicial francés.

Amparar o descartar la doctrina de los actos propios cuando son varias entidades estatales las involucradas en las conductas vinculantes y las posteriores contradictorias, es un asunto complejo, pues involucra nociones básicas del Derecho Público. De un lado, el Estado es uno solo, y del otro, está organizado sobre la base de competencias y potestades asignadas a diversas entidades que, gozando de personería jurídica propia, apuntan a conseguir finalidades comunes.

En relación con el primer asunto, el principio de unidad del Estado se encuentra consagrado en el artículo 43° de la Constitución, que señala: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”.

Sobre este asunto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2009-PI/TC, por la cual declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Ministerio de Justicia, en representación del Poder Ejecutivo, contra la Ordenanza Municipal N° 029-GPH que dispuso el cambio de denominación de la Municipalidad Provincial de Huaraz a la de Gobierno Provincial de Huaraz.

El Tribunal menciona que la forma de Estado “unitario descentralizado” asumida por la Constitución se proyecta a la organización del gobierno en tres niveles: nacional, regional y local, cuyos órganos se encuentran dotados de autonomía política, económica y administrativa. Sin embargo, la división de funciones no determina de manera alguna la fragmentación del poder, sino que constituye una premisa necesaria para el mejor desempeño del Estado, dado que este es uno e indivisible (Tribunal Constitucional 2010: fundamentos 6 y 9).

En relación con el segundo asunto; es decir, sobre las competencias de las entidades públicas y de los órganos que las integran, cabe señalar que no solamente son determinadas en función de la jerarquía normativa y de la separación de los tres poderes del Estado, sino además en función de la materia.

demandó en Francia a los Señores Golshani y Golzar cuestionando una transferencia realizada entre ellos.

Si bien confluyen las nociones de unidad del Estado y de competencia funcional, no debe perderse de vista que cuando ambos conceptos se encuentran a propósito de un caso donde se invoca la doctrina de los actos propios, la idea clave para resolver el caso sigue siendo la existencia de confianza razonable y protegible en la contraparte.

Por ejemplo, la empresa privada A contrata con el Estado a través de la entidad B, pero en la ejecución del contrato interviene además la entidad C. A sostiene que C realizó actuaciones que apuntaban a una dirección, pero posteriormente B las desacredita. A invoca la doctrina de los actos propios alegando el principio de unidad del Estado. El Estado, a través de las entidades B y C, replica diciendo que los actos de una no vinculan a la otra, a pesar de tratarse de organismos estatales.

La ponderación de ambos argumentos tiene sentido cuando se aduce la doctrina de los actos propios, siempre que no se pierda de vista un elemento esencial para resolver el caso: la generación de confianza razonable sobre la vinculación que produce la primera conducta.

Volviendo al caso citado, ¿tenía A buenas razones para confiar en que C podría vincular a B con la conducta desplegada durante la ejecución del contrato? ¿Era C competente para hacerlo? En el Derecho Administrativo es clave el principio de legalidad, según el cual, a diferencia de lo que ocurre con los sujetos privados, las entidades estatales solo pueden actuar en el marco de las atribuciones que se les haya conferido.

La solución del caso no pasa, pues, por solamente determinar si los organismos estatales involucrados tienen personalidad jurídica o incluso identidad tributaria distintas, pues de hecho las van a tener. El asunto es bastante más complejo que eso, especialmente cuando hay componentes de Derecho Internacional.

En efecto, el principio de unidad del Estado es uno de los principios del Derecho Internacional en los que se basa la atribución de responsabilidad. En el Derecho Internacional, a efectos de determinar la responsabilidad del Estado, no es posible realizar distinciones entre sus distintos componentes, organismos y entidades, con independencia de que este deslinde sí tenga relevancia internamente.

En el caso “CIADI Duke vs. Perú”, el tribunal arbitral analizó la doctrina de los actos propios a la luz de la conducta de diferentes entidades del Estado peruano. Aunque se trata de un arbitraje de inversión, es pertinente reseñarlo en este punto, pues ilustra el análisis del cumplimiento del requisito de identidad de sujetos cuando hay entidades públicas involucradas.

A lo largo de la década de los noventa, el Gobierno peruano buscó estimular la inversión extranjera a través de diferentes mecanismos. En enero de 1993 se emitió la Ley Fusión-Revaluación (la “LFR”) que otorgaba beneficios tributarios a las reorganizaciones societarias. En ese contexto, buscó la privatización del 60% de Electroperú, para lo cual constituyó una empresa denominada Empresa

de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. (“Egenor”), en calidad de subsidiaria de propiedad absoluta de Electroperú.

La participación del 60% en la empresa estatal Egenor fue adjudicada a Dominion Energy, Inc., que realizó la inversión a través de su subsidiaria local Inversiones Dominion Perú S.A. (IDP) en febrero de 1996. En noviembre de 1996, los accionistas mayoritarios de Egenor, es decir, IDP (60%) y Electroperú (39,98%), aprobaron la fusión de Egenor con Power North S.A. (“Power North”), una sociedad creada por IDP.

A raíz de la mencionada fusión, se revaluaron a valor de mercado diversos activos de Egenor. En el proceso de privatización participaron los siguientes organismos estatales: la Comisión para la Promoción de la Inversión Privada (“COPRI”), el Comité Especial de Privatización (“CEPRI”), además del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en Electroperú S.A. (“CEPRI-ELP”), que administró todo el programa de privatización de Electroperú, entre otros.

En 1999, Dominion vendió su inversión en Perú, como consecuencia de diferentes adquisiciones y reorganizaciones societarias, a Duke Energy International LLC (“Duke Energy”), lo cual fue aprobado por la COPRI. Para adecuarse a la estructura establecida en el Convenio de Privatización, Duke Energy constituyó a Duke Energy International Investments N° 1 Ltd. (“DEI Bermuda”, una empresa constituida en las Bermudas, perteneciente en última instancia a Duke Energy). El 24 de julio de 2001, DEI Bermuda celebró un Convenio de Estabilidad Jurídica (CEJ) con el Perú.

El 26 de noviembre de 2001, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (“SUNAT”), la autoridad tributaria peruana, concluyó que existían responsabilidades tributarias por aproximadamente US\$ 48 millones de DEI Egenor con respecto a los ejercicios fiscales 1996 - 1999 (la “Acotación Fiscal”). Esto se basó en lo siguiente: (i) a criterio de SUNAT, la fusión entre Egenor y Power North que resultó en la creación de Egenor S.A. fue una transacción ficticia que solo pretendía acogerse a los beneficios tributarios de la Ley Fusión-Revaluación (la “Acotación por Revaluación de Activos”) y (ii) para SUNAT, Egenor debió haber depreciado los activos que Electroperú le había transferido durante el proceso de privatización utilizando la tasa especial de depreciación desacelerada que la SUNAT había otorgado a Electroperú en diciembre de 1995, en lugar de la tasa legal general estipulada en la normativa sobre el impuesto a la renta (la “Acotación de la Depreciación”).

En el procedimiento de arbitraje, DEI Bermuda (la “Demandante”) reclamó, entre otras cosas, que esta Acotación Fiscal constituía una violación de sus derechos en virtud del Convenio de Estabilidad Jurídica que el Gobierno peruano suscribió con DEI Bermuda. Entre sus defensas, DEI Bermuda alegó que la Acotación Fiscal era contraria a la buena fe y a los actos propios puesto que, en líneas generales, el Estado peruano (la “Demandada”), a través de sus entidades, había generado en el inversionista la apariencia razonable de la conformidad a la fusión

a través de sus entidades como COPRI, Corporación Nacional de Desarrollo (CONADE)¹³⁷, CEPRI-ELP, situación que ahora SUNAT no puede desconocer.

El tribunal afirmó que el principio de buena fe rige el ordenamiento jurídico, que de él nace la doctrina de los actos propios, que también es un principio general del derecho, tanto del derecho civil como del derecho internacional “a efectos de prohibir a un Estado realizar actos o declaraciones que sean contrarias o incongruentes respecto de las acciones o declaraciones efectuadas anteriormente, en detrimento de un tercero” (numeral 231 del Laudo). Dicho principio es aplicable a todos los contratos, incluidos los CEJs, conforme a la legislación peruana.

Por un lado, la Demandante alegó que, si bien la segmentación o división del Estado puede ser aceptable como cuestión interna del Derecho peruano, ello resulta inconsistente con el principio de unidad del Estado conforme al Derecho Internacional. La Demandante sostiene que SUNAT, COPRI, CONADE, CEPRI-ELP y el Ministerio de Energía y Minas son entes estatales interrelacionados, partes indistinguibles de un mismo Estado, cuyas acciones y declaraciones son vinculantes para unos y otros a los efectos de la aplicación de la doctrina de los actos propios. En ese sentido, la Demandante alega la aplicación de Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad Internacional del Estado y concluye que una entidad (en este caso, la SUNAT) es parte de un mismo Gobierno que otras (COPRI y CEPRI-ELP), entre las cuales presuntamente habría una conducta contradictoria que generó confianza.

Por su parte, el Estado Peruano señaló que para la aplicación de la doctrina de los actos propios se exige que la entidad que presuntamente desarrolló la conducta posterior debe ser la misma que realizó las acciones que generaron confianza razonable en terceras personas.

El tribunal arbitral consideró que, en tanto el instrumento jurídico materia del caso (el Convenio de Estabilidad Jurídica) no es un instrumento exclusivo del Derecho peruano, se le deben aplicar los principios del Derecho Internacional. En concreto, para evaluar la doctrina de los actos propios, el tribunal considera que debe evaluar la perspectiva de un “inversionista extranjero razonable”.

Si bien el tribunal coincide con la Demandante en la aplicabilidad del Derecho Internacional, considera que existe una diferencia sustancial entre, por un lado, el tratamiento de la unidad del Estado en el caso de la responsabilidad del Estado por ilícitos internacionales cometidos por sus órganos y, por otro lado, dicho tratamiento respecto de la aplicación de la doctrina del *estoppel* con relación al Estado por actuaciones o declaraciones de sus órganos.

Según el tribunal, en lo que concierne a la responsabilidad internacional del Estado, la conducta de un órgano del Estado, o de una persona o entidad competente para ejercer la autoridad estatal, se considera un acto del Estado si el órgano, la persona o la entidad actúa en dicho carácter, incluso si excede su competencia o actúa en contra de las instrucciones recibidas. Caso distinto es el

¹³⁷ Hoy FONAFE, que instruyó a Electroperú sobre cómo votar en la junta general de accionistas de Egenor.

estoppel donde no hay una conducta ilícita *per se*. Lo relevante, a criterio del tribunal, es la confianza razonable que se pueda haber generado en un tercero de que los actos o declaraciones de los diferentes órganos son la manifestación de la posición del Estado respecto de un tema en particular. Dicho de otro modo, lo trascendente es la apariencia razonable de que la declaración resulta vinculante para el Estado.

El colegiado concluye que para que la conducta o declaración de una entidad estatal pueda ser invocada como causa de *estoppel*, debe resultar de una acción o conducta que, conforme a la práctica usual y a la buena fe, sea percibida por los terceros como la expresión de la posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro. En ese contexto, por ejemplo, la competencia para emitir determinada actuación se vuelve relevante pues no es plausible pensar que genera confianza relevante la actuación de un funcionario que carece manifiestamente de competencia para generar determinada actuación.

En este marco, el tribunal concluyó que, respecto de la Acotación por Depreciación, la Demandante no logró probar que el Estado Peruano indicó “de manera inequívoca” a Egenor que debía aplicar la tasa general puesto que, entre otras cosas, (i) las Bases del Concurso Público del Tramo del 60% nada estipulaban sobre la cuestión de la tasa de depreciación aplicable, (ii) CEPRI-ELP nunca dio una respuesta a Dominion en ese sentido, etc.

En cuanto a la Acotación por Revaluación de Activos, el tribunal consideró que el voto favorable de Electroperú en la fusión es una manifestación de que el Estado aprobó la fusión, dado que: (i) los representantes de Electroperú votaron a favor de la fusión en virtud del estatuto de Egenor, el cual se reformó para que el voto del Gobierno fuera necesario para tomar decisiones importantes; (ii) la conducta de Electroperú no fue como la de una empresa privada, sino que fue claramente definida por un objetivo “gubernamental” inconfundible; y, (iii) lo que hizo Electroperú dentro del contexto de la privatización de Egenor fue realizado en representación del Gobierno y conforme a sus instrucciones.

Además, el tribunal tuvo en cuenta que representantes de varios organismos estatales respaldaron de forma inequívoca la fusión y la manera cómo esta se llevó a cabo. En tal sentido, la vulneración del deber de buena fe se produjo por la suma de acciones de distintas entidades estatales¹³⁸.

En ese sentido, el tribunal concluyó, en mayoría, que, desde el punto de vista de un inversionista razonable, las acciones y declaraciones de los representantes de Electroperú y de diversos organismos estatales involucrados en la

¹³⁸ (i) CONADE designó directores de Egenor; (ii) CEPRI-ELP aprobó la fusión; (iii) diversos derechos, concesiones y permisos que habían sido otorgados anteriormente por el Gobierno fueron cedidos, sin cuestionamiento alguno, a la nueva empresa, Egenor S.A. como parte del proceso de fusión; (iv) el Ministerio de Energía y Minas aprobó la cesión del CEJ con Egenor a favor de Egenor S.A. en 1999, con una referencia explícita a la fusión; y, (v) ninguna entidad gubernamental cuestionó la fusión a pesar de tener oportunidad para hacerlo a raíz de las publicaciones en diarios de circulación nacional.

privatización de Egenor generaron la convicción de que el Estado no cambiaría su posición después de aprobada y consumada la fusión¹³⁹.

Debe advertirse que uno de los árbitros discrepó del voto mayoritario, al considerar que la conducta del resto de entidades del Estado no generó una situación de *estoppel*. A su criterio, un inversionista no puede considerar que una operación fiscal ha sido validada por el Estado cuando en esta no ha participado la autoridad fiscal competente.

Como puede apreciarse, sea que se trate de un caso sencillo o de uno complicado, como el citado “Caso Duke”, lo determinante es analizar los hechos del caso teniendo como objetivo definir si se ha generado confianza razonable sobre la vinculación que produce la primera conducta, independientemente de la autonomía de las entidades o del principio de unidad del Estado.

Hasta este punto se ha hecho referencia al requisito de la identidad de sujetos en la doctrina de los actos propios a propósito de la representación, de la sucesión a título universal, de las personas jurídicas e incluso de las entidades estatales.

Para terminar de entender la importancia del requisito de la identidad de sujetos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, a continuación se menciona un caso en el cual se habría cumplido el requisito de existencia de dos conductas contradictorias, pero que no tuvieron los mismos destinatarios. Bajo esta premisa, no se cumplieron los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, pero los jueces de última instancia resolvieron la controversia con un resultado similar al que habría correspondido con aquella.

Se trata de un caso que involucraba al Señor Stambovsky, residente de Nueva York, que compró una casa en el pequeño poblado de Nyack, a su propietaria, la Señora Ackley (citado en Bullard 2010: 49). El Señor Stambovsky, luego de ocupar la casa que compró, descubrió que en ella había fantasmas, o por lo menos que la gente consideraba que tenía fantasmas en ella. Demandó a la Señora Ackley para que se deje sin efecto el contrato y le devuelva su dinero. La vendedora no podía quedar sorprendida con esta pretensión, pues fue ella misma quien reportó en la prensa nacional (incluso en la revista “Selecciones” o “Reader’s Digest”) que la casa estaba poseída por fantasmas.

En primera instancia el juez desestimó la demanda debido a que la ley no tenía previsto ningún remedio para dicha situación. La Corte de Apelaciones resolvió en sentido distinto, y le dio la razón al comprador. Pensaron los jueces que no era justo pretender que un residente de la ciudad de Nueva York hubiera estado enterado de las creencias populares de Nyack. El Señor Stambovsky, decía la Corte de Apelaciones, no tenía cómo saber que la casa estaba embrujada; o mejor dicho, que tenía fama de estar embrujada.

¹³⁹ Es importante mencionar que la doctrina de los actos propios se analizó como un argumento adicional y complementario, puesto que el tribunal arbitral previamente ya había concluido que la Acotación por Revaluación de Activos constituyó un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria.

La sentencia es jocosa y también justa. Los jueces aplicaron la ya mencionada teoría del *estoppel* para sostener “que los fantasmas sí existían”:

“Más allá de si la fuente de las apariciones espectrales vistas por la demandada sean parapsíquicas o psicogénicas, habiendo reportado su presencia tanto en una publicación de nivel nacional (*Reader's Digest*) y en la prensa local (en 1977 y 1982, respectivamente), la demandada está impedida de negar su existencia y, como una cuestión de Derecho, que la casa esté embrujada. Sobre este aspecto, sin embargo, no se requiere ser adivino para concluir que fueron los esfuerzos promocionales de la demandada en publicar sus encuentros cercanos con estos espíritus los que impulsaron la reputación de la casa en la comunidad [...]. El impacto de la reputación así creada va a la esencia de la operación entre las partes, limitando tanto el valor de la propiedad como la posibilidad de potencial reventa” (Bullard 2010: 50-51).

El argumento central es que, independientemente de que los fantasmas existan o no en los hechos (“*as a matter of fact*”), sí existen “como cuestión de derecho” (“*as a matter of law*”). Ello, porque fue la propia vendedora la que admitió, incluso públicamente y hasta para fines comerciales, que su casa, que luego vendió, “estaba embrujada”. No sería justo, dice la Corte, que luego niegue la existencia de fantasmas, como cuestión de derecho, frente a quien la adquirió, que se vio afectado económicamente por la “mala reputación” del bien adquirido. En consecuencia, el contrato fue dejado sin efecto y se ordenó la devolución del precio pagado.

La Corte llegó a este resultado siendo consciente de que en su jurisdicción se aplica la regla *caveat emptor* (“cuidado comprador” o “deja que el comprador se proteja”), según la cual ante el silencio del vendedor el comprador no puede reclamar por los defectos del bien que adquiere y que lo haga inadecuado para los fines ordinarios. Sarcásticamente la Corte dijo:

“Desde la perspectiva de una persona en la posición del demandante, surge un problema muy práctico en relación a revelar un fenómeno paranormal: ‘¿A quién vas a llamar?, como se pregunta el título de la canción de la película *Los Cazafantasmas*. Aplicar estrictamente la regla de *caveat emptor* a un contrato que involucra una casa poseída por *poltergeists* conduce a una visión en la que un psíquico o un médium acompañarán rutinariamente a un ingeniero estructural o un exterminador de termitas en la inspección a cada casa sujeta a un contrato de venta. Esto significa que un abogado prudente debería establecer un *escrow account* por si el sujeto de la transacción regresa para espantarlo a él y a su cliente –pedir que la cobertura de su seguro de *malpractice* se extienda a fenómenos supranormales. En el interés de evitar tales consecuencias no deseadas, la noción de la condición de embrujada es una que puede y debe ser descubierta bajo una inspección razonable del inmueble, es un duende que debe ser exorcizado del sistema de precedentes y dejarlo descansar en paz” [Bullard 2010: 51-52].

Es decir, la regla *caveat emptor*, dice la Corte de Apelaciones, es aplicable ante circunstancias previsibles, no ante la existencia de fantasmas, o, mejor dicho, ante la reputación de existencia de fantasmas, lo que naturalmente impacta a la baja en el valor de mercado del bien.

La solución de la Corte fue justa, pero no habría pasado el test para la aplicación de la doctrina de los actos propios. Se cumplieron los dos primeros requisitos, pues hubo dos conductas en direcciones contrarias; con la primera, la vendedora promovió públicamente la idea de que en su casa había fantasmas; con la segunda conducta, la vendedora lo negó frente a su comprador.

No obstante, el tercer requisito –identidad de sujetos- no se cumplió. El Señor Stambovsky fue el destinatario de la segunda conducta, pero no lo fue de la primera; al menos no de forma específica o recepticia, sino como parte del público en general. La conducta por la cual se promovió en prensa nacional la existencia de seres sobrenaturales en la casa posteriormente vendida no tuvo destinatarios precisos, aunque de manera genérica e indeterminada sí estuvo comprendido en el público quien en el futuro sería el comprador. La no aplicación de la doctrina de los actos propios no impide, por supuesto, la aplicación de otros remedios posibles a favor del adquirente, como la anulación del contrato por dolo omisivo, por ejemplo.

Lo que refleja la conclusión anterior es que debe haber un nivel mínimo de precisión en la identificación de los sujetos involucrados en los comportamientos incoherentes. Debe haber una vocación recepticia en las conductas de quien se contradice, de modo que haya un destinatario cuya confianza se vea desprotegida con el cambio de comportamiento. Nótese, pues, que el requisito de identidad de sujetos está estrechamente relacionado con el de vulneración de la confianza, que en buena cuenta es lo que se pretende proteger con la doctrina de los actos propios.

3.4 Consecuencias de la aplicación de la doctrina de los actos propios.-

Las creaciones jurídicas deben existir para cumplir un objetivo. Piénsese en cualquier herramienta legal, en cualquier ámbito del Derecho y la conclusión será que, al menos en teoría, las instituciones jurídicas deben cumplir un objetivo determinado y procurar la solución de los problemas de las personas y de la sociedad.

Así, por ejemplo, la presunción de inocencia es una creación legal que permite garantizar la dignidad de las personas; la acción de amparo debe terminar con el cese de una amenaza o una medida inconstitucional; la acción pauliana tiene como propósito impedir que una transferencia fraudulenta se lleve a cabo; la personalidad jurídica se creó para separar patrimonios y responsabilidad antes de hacer un emprendimiento económico; que un contrato termine por ser nulo es distinto a que termine por incumplimiento, de modo que las consecuencias de cada supuesto sean distintas; el silencio administrativo positivo procura generar eficiencia en la toma de decisiones estatales.

Pretender estudiar dichas nociones jurídicas sin entender para qué sirven sería despojarlas de su real significado. Este despojo puede ocurrir de dos maneras: por falta de claridad o por redundancia.

Una herramienta creada para resolver problemas, si no es clara, lejos de solucionar problemas, los profundiza. Los profundiza porque la falta de claridad

ocasiona pérdida de tiempo y de recursos en la búsqueda de soluciones, y lo más grave es que puede determinar soluciones fuera de lugar. Así, por ejemplo, la falta de claridad de la regla que impide a un cónyuge disponer de los bienes sociales sin el asentimiento del otro genera discusiones poco fructíferas sobre si se trata de una conducta nula o más bien ineficaz pero susceptible de convalidación¹⁴⁰.

De otro lado, una solución redundante no solamente es poco clara, sino que también es innecesaria. Una noción jurídica redundante es además incompatible con una visión del Derecho que destaque su aspecto funcional, pues olvida poner a las personas como el eje de su atención.

Las objeciones doctrinarias y jurisprudenciales a la aplicación de la doctrina de los actos propios le increpan poca claridad y redundancia. Sin embargo, estos reparos pueden levantarse si se entiende cuál es su propósito.

La doctrina de los actos propios es un remedio que no altera el significado que las partes quisieron darle al contrato en el momento de celebrarlo o en un momento posterior, sino que protege a la parte que tuvo buenas razones para confiar en que la otra sería coherente con su primera conducta vinculante.

Dicho con otras palabras, la doctrina de los actos propios no genera coincidencia de voluntades sobre cómo se debe cumplir el contrato o sobre cómo debe ser modificado. La doctrina de los actos propios supone más bien que una de las partes induce a la otra a confiar en que la manera en que estaba ejecutando el contrato le era permitida, incluso contra lo previsto expresamente. La doctrina de los actos propios no permite pues modificar el contrato, ni definir lo que ambas partes creen que dice el contrato, sino que protege a quien confió razonablemente en que su conducta era tolerada por la otra, independientemente de lo que diga el contrato.

De no hacerse ese deslinde, es sencillo incurrir en serios errores sobre las consecuencias de la aplicación de la doctrina de los actos propios. El error más común es entender que el contrato se ha modificado para incorporar en sus términos a la conducta desplegada por una parte y tolerada por la otra.

Lejos de modificarse el contrato, el remedio que demanda la doctrina de los actos propios es uno que, en el marco de la buena fe, sea proporcional con las consecuencias que generó la traición de la confianza a través de la contradicción. El remedio que derive de la invocación de la doctrina de los actos propios debería aplicarse con todas sus consecuencias. En tal sentido, si se entiende que el contrato ha sido modificado, ello importaría que la conducta desplegada unilateralmente por una parte y tolerada por la otra sea incorporada a la relación contractual de manera obligatoria, incluso hacia el futuro, para los actos de ejecución posterior.

¹⁴⁰ La Corte Suprema definió mediante el VIII Pleno Casatorio (Casación 3006-2005-Junín) publicado el 20 de setiembre de 2020, que la sanción es de nulidad, a menos que mediase un poder de un cónyuge al otro que hubiera sido excedido, en cuyo caso la sanción es la ineficacia.

En otras palabras, sostener la modificación del contrato como consecuencia de la doctrina de los actos propios excedería desproporcionalmente la finalidad de esta figura, que es proteger la confianza de una de las partes en un momento preciso de la relación contractual. Si la confianza termina cuando la contraparte se contradice, carecería de sentido resguardarla con una modificación contractual favorable a quien confió, pero que ya no tiene razones para hacerlo.

De hecho, en el Capítulo 4 se presentan las diferencias entre la doctrina de los actos propios y otras figuras jurídicas, incluyendo la modificación contractual. Lo que debe quedar claro en este punto es que la modificación de los términos contractuales debe ser descartada como una consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Lo que esta genera es más bien la limitación o extinción de derechos en los términos en que se explica a continuación.

3.4.1 Limitación o extinción de derechos.-

Quien despliega una conducta por un tiempo tal que su tolerancia por la otra parte hace pensar razonablemente a aquél que dicha conducta no genera objeciones, puede reaccionar contra una contradicción inesperada invocando la doctrina de los actos propios. Nótese que la conducta soportada sin objeciones es una no prevista en el contrato, pues si lo estuviera, no sería necesario invocar la doctrina de los actos propios.

La emisión de la conducta y la tolerancia posterior generan una dinámica de ejecución no contenida en el marco contractual, de modo que debe descartarse la aplicación de figuras negociales como la modificación del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, la invocación exitosa de la doctrina de los actos propios tiene un efecto limitado. Así, quien rechaza la contradicción a través de esta figura no puede pretender que su conducta desplegada sea tolerada por el resto de la relación contractual. Solo puede serlo mientras el estado de confianza se encuentre intacto. Dicho estado desaparece cuando su contraparte le comunica su cambio de opinión.

¿Cuál es entonces el resultado óptimo de una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios? Será imponer a quien se contradice el deber de respetar las consecuencias derivadas de la confianza razonable de su contraparte.

Por ejemplo, A se obliga frente a B a entregar periódicamente el producto X durante cinco años. Inicialmente la entrega se produce sin contratiempos y conforme a los términos y condiciones previstas. Sin embargo, en el segundo año A empieza a entregar a B el producto Y durante entregas sucesivas, sin que B haya formulado reclamo alguno. De manera inesperada B contradice su anterior comportamiento, exigiendo el cumplimiento estricto de las especificaciones técnicas. Al producirse la intempestiva contradicción; es decir, el reclamo para la entrega de X, podría ocurrir, por ejemplo, que A hubiera contratado el embarque de Y, habiendo incurrido en costos para ello.

Ante el rechazo de B de seguir aceptando la entrega de Y en vez de X, que es el producto contratado, A podría invocar la doctrina de los actos propios.

Asumiendo que las cortes son persuadidas de su aplicación por cumplirse los requisitos antes estudiados, deberá descartarse como solución el considerar que el contrato ha sufrido una modificación tácita¹⁴¹. Si esto último hubiera ocurrido, A debería alegar que en lo que resta del plazo del contrato deberá entregar a B el producto Y, por haberse alterado las condiciones estipuladas.

Sin embargo, no es una consecuencia tan severa la que deriva de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Esta última se limita a proteger a quien confía y es sorprendido con una contradicción, únicamente mientras dure el estado de confianza. Volviendo al ejemplo, A no puede alegar la existencia de confianza razonable luego de que B le exige la entrega del producto X, que es el exactamente previsto en el contrato. Lo que sí puede hacer A, asumiendo que su defensa sobre la base de la doctrina de los actos propios es exitosa, es exigir a B la recepción y pago de los productos Y que fueron embarcados a destino y que se encuentran en proceso de entrega.

Agotada la confianza, se acaban también las expectativas generadas, el deber de buena fe se vuelve impertinente y el foco de protección se traslada de quien confió a quien se contradijo.

Regresando al ejemplo, B deberá recibir el producto Y que estaba pendiente de entrega al momento en que exigió el cumplimiento estricto del contrato; pero en lo que resta del plazo contractual, es decir, en el segundo y tercer año del contrato, A deberá entregar a B el producto X, que fue el originalmente previsto. En realidad, el adverbio “originalmente” es inocuo, pues dado que los términos del contrato no han sido modificados, el único producto estipulado en el contrato es el X.

Como puede apreciarse, mientras que alegar la modificación del contrato obligaría a B a recibir Y durante el resto del plazo del contrato, la consecuencia de la doctrina de los actos propios será la obligación de B de recibir Y solamente mientras la confianza que generó en A sea protegible.

Dado que el contrato prevé la entrega a B de X, pero B no puede exigir este producto mientras A es protegido por la confianza, lo que en el fondo ocurre es que el derecho de B es limitado o restringido. De hecho, en este caso hipotético, dado que la entrega de Y no equivale a la entrega de X, no se cumple con la regla de identidad del pago, lo que generaría una situación de incumplimiento por parte de A frente a B. No obstante, la doctrina de los actos propios impide ejercer su derecho a reclamar un pago idéntico al pactado.

A no tiene aspiraciones legítimas para conseguir un resultado más alentador. Los contornos de su protección están marcados por la duración de su confianza, más allá de la cual no tiene alcance. “Si el afectado pretende un compromiso de mayor alcance, carga con la prueba de que dispone *además* de un título adicional que le permite adquirir un derecho en firme. Por eso la irrenunciabilidad de un derecho no afecta a su posible inhibición por la regla de los actos propios” (Carrasco 2016: 465-466).

¹⁴¹ En el Capítulo 4 se abordará con mayor profundidad la diferencia entre la doctrina de los actos propios y la modificación del contrato.

Como señala Carrasco, la irrenunciabilidad del derecho de B de exigir la entrega de X una vez agotada la confianza protectora de A, es compatible con la limitación o inhibición de su derecho.

La razón lógica que subyace a tal restricción es, como ya debe intuir el lector, el deber de buena fe.

“En nuestra opinión, solamente el principio de la buena fe puede respaldar lógicamente y lícitamente la limitación al ejercicio de un derecho subjetivo. Indudablemente, la buena fe no se agota en la limitación anotada, también es causa de exoneración o atenuación de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito, y es fuente creadora de deberes especiales de conducta a partir, y más allá, de lo expresamente estipulado” (Ortiz 1991: 278).

La doctrina de los actos propios puede involucrar actuaciones de una parte que están reñidas con los términos expuestos del contrato, como el caso mencionado en los párrafos precedentes, sobre la entrega del producto Y en lugar del X, o como el caso del arrendatario de la finca rústica que por un tiempo pagó en el momento de cosecha y no en la fecha prevista con precisión. En ambos ejemplos, tanto A como el arrendatario son protegidos por la doctrina de los actos propios a pesar de que su conducta no cumple con el principio de identidad del pago. Sus conductas, en principio, suponen un incumplimiento del contrato, pues se entrega un producto distinto y se paga en fecha diferente a la pactada. Sin embargo, la contraparte está impedida de alegar el incumplimiento –mientras los actos del deudor estén comprendidos bajo el manto protector de la confianza razonable- porque dicha alegación es ilegítima, sobre la base del principio de la buena fe.

“La ilicitud reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico considerado este inescindiblemente, noción aplicable en ámbito contractual o extracontractual –y también y fundamentalmente, dentro del proceso judicial- y que conlleva como sanción la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien intenta ponerse en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (Morello 1985: 59-60).

Hasta este punto puede sostenerse entonces que, dada la naturaleza de la doctrina de los actos propios como mecanismo protector de la confianza, sus efectos se limitan a respetar las decisiones adoptadas en el marco de ella; nada más. No se modifican los términos contractuales, de modo que el remedio derivado de la aplicación exitosa de la doctrina de los actos propios es la limitación de los derechos de quien se contradice y contra quien se invoca.

A esta limitación un sector de la doctrina, incluyendo al Profesor Luiz Díez-Picazo, le denomina “inadmisibilidad de la pretensión contradictoria” (Díez-Picazo 2014: 301). “La inadmisibilidad de la pretensión contradictoria sería, al parecer, la sanción adecuada frente a un supuesto de contravención del deber jurídico de no contrariar conductas propias anteriores” (Pardo 1991: 61).

La conexión entre la limitación de derechos derivada de la doctrina de los actos propios y la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria la realiza Morello cuando señala que la doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión; es decir supone un impedimento de “hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar. [...] La inadmisibilidad será el resultado de una tarea de interpretación relacionando para ello la conducta propia que precede al comportamiento ulterior. Y este último será el declarado inadmisibles por incoherente” (Morello 1985: 59).

Por cierto, esta llamada “inadmisibilidad” nada tiene que ver con la declaración de una demanda como inadmisibles, sino que por el contrario, supone analizar el fondo del asunto. En los ejemplos mencionados, la sentencia se limitaría a declarar que A puede suministrar a B el producto Y en vez del X mientras hubiera tenido razones para confiar en que B no pondría objeciones. Producida la entrega involucrada en la controversia, las entregas sucesivas deberían realizarse conforme a los términos pactados. En el caso del arrendamiento de la finca rústica la sentencia tendría que decir que el arrendatario podría pagar la renta anual luego de la cosecha mientras hubiera confiado razonablemente en que podría hacerlo. Luego de ello debería “acatar” la conducta contradictoria contra la cual se le protegió.

La limitación derivada de la doctrina de los actos propios es también recogida por la jurisprudencia española, tan profusa en este tema. La sentencia del Tribunal Supremo de España del 16 de abril de 2001, considera que la doctrina de los actos propios “supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el tráfico jurídico [...]” (Jaramillo 2014: 35).

En esta misma línea, la sentencia del 26 de febrero de 2001 del Alto Tribunal español (en la Casación 5453/1995) señala que el principio de la buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. “Existe el deber de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos” (Martínez Pastor 2014: 66).

Aunque las afirmaciones de las cortes mencionadas en los dos párrafos precedentes son correctas, estimo que están incompletas. Un cabal entendimiento de las consecuencias requiere tener en consideración que el remedio es temporal: dura lo que dure la confianza sobre la cual se construye la doctrina de los actos propios. En otras palabras, el resultado de aplicar la doctrina de los actos propios es que el derecho de quien se contradice se limita, pero no se pierde.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la extensión del plazo del contrato o las circunstancias del caso no dejan margen para retornar a los términos originales pactados? Usando los mismos ejemplos, ello ocurriría si la entrega del producto Y es la última o si el pago de la renta rechazado en tiempo de cosecha correspondía al último año del contrato.

En tal caso, “[l]a imposibilidad de venir contra los propios actos puede determinar una paralización del ejercicio del derecho o facultad de que se trate, pero puede significar su pérdida definitiva si ya es imposible ejercitarlo según las exigencias de la buena fe” (Díez-Picazo 2014: 163-164). Efectivamente, no le falta razón a Díez-Picazo cuando señala, citando a Walsman, “si la conducta voluntaria de una persona está, en sí misma o en sus consecuencias, en abierta contradicción con la continuación de la existencia de un derecho sobre el cual esta persona tiene la libre disposición, entonces la contradicción produce la pérdida (“Aufhebung”) del derecho” (Díez-Picazo 2014: 151).

“Es cierto que, en muchos casos, los confines entre inejecutabilidad y pérdida del derecho son sumamente confusos. Así acontece especialmente en los derechos de crédito: cuando el derecho de crédito no puede ejercitarse es, por regla general, lo mismo que si se hubiera extinguido. En otros casos, en cambio, la distinción es nítida” (Díez-Picazo 2014: 300). En principio, pues, el efecto de la doctrina de los actos propios es limitar el derecho de quien se contradice. Por ejemplo, quien en principio podría resolver un contrato alegando incumplimiento se encontraría impedido de hacerlo. Ello no obsta para que posteriormente, agotado el estado de confianza propiciada por él mismo, objete nuevamente el comportamiento de su contraparte sin que esta última pueda alegar la existencia de contradicción.

Son dos entonces los posibles resultados de la aplicación de la doctrina de los actos propios. El primer efecto es la limitación en el ejercicio de un derecho, y el segundo, su pérdida, si la duración de la relación contractual no deja margen para exigir el cumplimiento estricto de los términos pactados. En efecto, la “imposibilidad de venir contra los propios actos puede determinar una paralización del ejercicio del derecho o facultad de que se trate, pero puede significar su pérdida definitiva si ya es imposible ejercitarlo según las exigencias de la buena fe” (Miquel 1995: 206).

Ahora bien, el autor citado en el párrafo precedente plantea una tercera posibilidad. Señala que la doctrina de los propios actos puede fundar también el nacimiento de un derecho en un tercero.

“No es conciliable con la buena fe la conducta de quien crea una apariencia que luego niega en contra de un tercero de buena fe. Por ello la eficacia de la regla puede ser, en algunos casos, superior a la mera paralización del ejercicio del derecho, especialmente porque en ellos ya no es posible ejercitarlo con arreglo a la buena fe, pero también porque una verdadera protección de la confianza suscitada así lo exige” (Miquel 1995: 206).

El autor usa como ejemplo el impedimento para el transmitente simulado de recuperar la cosa si ha pasado a poder de un tercero de buena fe.

Por ejemplo, si A y B celebran un contrato de transferencia por el que el primero vende al segundo un vehículo, pero dicho contrato es absolutamente simulado, en caso que a su vez B hubiese vendido el mismo vehículo a C, este último estaría protegido, pues la nulidad de la primera venta no le es oponible.

El caso comentado tiene norma expresa en la regulación peruana. En efecto, el artículo 194 del Código Civil señala que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.

En el ejemplo mencionado, A o B, que fueron parte del contrato simulado, pueden reclamar su nulidad, a pesar de que ello sea contradictorio con su propio consentimiento para la celebración (de hecho, el artículo 193 lo permite expresamente). La parte demandada en ese proceso no puede defenderse pues sobre la base de la doctrina de los actos propios.

El resultado será entonces que, si se declara la nulidad del contrato de transferencia de propiedad por simulación, esta declaración no será oponible al sub-adquirente de buena fe. Sin embargo, la protección de este tercero no emana de la aplicación de la doctrina de los actos propios, como sugiere Miquel. Por el contrario, la doctrina de los actos propios tiene un campo de acción limitado cuando media una declaración de nulidad.

La protección del tercero se basa más bien en la doctrina de la protección de la apariencia, que, como se verá en el Capítulo 4, se traduce en soluciones legislativas que consideran lo aparente como real. Esto ocurre cuando hay hechos concluyentes que generan una apariencia en la que una persona confía y por tanto cree que lo que observa es real.

La doctrina de los actos propios tiene entonces efectos acotados; no cambia los términos contractuales a partir de un acuerdo modificatorio, ni genera directamente un mecanismo de protección frente a terceros de buena fe. La doctrina de los actos propios se limita a restringir los derechos de quien se contradice, que acaso pueden verse incluso extinguidos, si no queda margen temporal suficiente para la ejecución contractual.

3.4.2 Las obligaciones naturales y la doctrina de los actos propios.-

La utilidad práctica para quien invoca la doctrina de los actos propios es que se puede limitar el derecho de quien se contradice. Manteniendo los ejemplos antes comentados, B no podrá exigir a A la entrega del producto X, que es el originalmente previsto, como consecuencia de la confianza razonable que generó recibiendo el producto Y. El arrendador no podrá exigir el pago de la renta en la fecha pactada sino después de la cosecha, como consecuencia de la confianza razonable que generó al recibir la renta repetidas veces en esa oportunidad. Ciertamente, este impedimento durará lo que dure la confianza generada.

Al impedirse con la doctrina de los actos propios el ejercicio de un derecho subjetivo cabe preguntarse si por ello surge una obligación natural.

Existe una obligación natural cuando el acreedor se ve impedido de accionar para lograr el cobro de la deuda, pero si el deudor la paga voluntariamente, el pago es válido; no hay pago indebido y por tanto el deudor no puede repetir lo pagado. A estas obligaciones Von Thur las llama “imperfectas” (Von Thur, p. 18).

Ejemplo clásico de obligación natural ocurre con el transcurso del plazo de prescripción. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, una vez transcurrido el plazo, las cortes no pueden acoger el reclamo de pago, pero si el deudor cumple voluntariamente, la acreencia estará satisfecha. “Ocurre que en ciertos casos una obligación llamada a nacer regularmente, o nacida como tal, de modo de poderse exigir su cumplimiento, se vea afectada por ciertas circunstancias que hacen que ese efecto regular no pueda tener lugar, aunque, cumplidas, el acreedor queda autorizado a retener lo dado o pagado por ellas” (Concha Machuca 2014: 258).

Wáyar señala que se ha llegado a negar que en las obligaciones naturales haya vínculo jurídico, ante la ausencia de un elemento compulsivo. “Sin embargo, el hecho de que no haya coacción no significa que no haya vínculo. Es más: hasta es dudoso que en verdad no haya coacción; más bien parece que sí la hay, pues de otro modo no se explicaría por qué el deudor puede recurrir al pago por consignación, que es un típico medio coactivo de cumplimiento” (Wáyar, 120).

No es el propósito de este trabajo definir si la causa justa de dicha atribución patrimonial tiene contenido moral o no. Al respecto, “Marcel Planiol y Georges Ripert, por su parte, expresan que es indiscutible que la obligación natural constituye una anomalía jurídica. La ausencia de sanción, sea cual fuere su eficacia en otro sentido, la sitúa en los confines últimos del Derecho, en los límites de la moral” (Castillo Freyre 2005: 219). También queda abierto el debate, que excede el marco de este trabajo, sobre si las obligaciones naturales suponen la existencia de “deuda sin responsabilidad”, como propone Hernández Gil (Hernández Gil 1983: 85).

En el Perú no se menciona de manera expresa a las obligaciones naturales, pero hay referencias a ellas en los artículos 1275 (no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita) y 1943 (quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición).

Por ejemplo, si A le debe a B una suma de dinero, pero ha prescrito el plazo para el cobro, A sigue manteniendo una deuda, aunque B no esté legitimado para cobrarla. Si A paga a pesar de la prescripción, la razón por la que no tiene derecho a recuperar lo pagado es porque el derecho de B no se ha extinguido.

¿Ocurre algo similar con la doctrina de los actos propios? Estimo que sí. La aplicación de la doctrina de los actos propios da lugar a una obligación natural. Si se piensa bien, en el caso de la prescripción no procede el reclamo del reembolso porque quien paga una deuda prescrita generó confianza razonable en quien recibe el pago, que renunció a invocar la prescripción a su favor.

Algo similar ocurre con la doctrina de los actos propios. El reclamo de pago por parte de quien se contradice no procederá contra quien confió en su conducta anterior, como tampoco prosperará el cobro de una deuda prescrita. Sin embargo, en ambos casos, existe causa lícita para el pago, de modo que si este se realiza, no puede exigirse el reembolso.

Un asunto interesante que vincula la prescripción extintiva con la doctrina de los actos propios es la posibilidad de que esta última se imponga como defensa frente a una excepción de prescripción. Si el actor demanda luego de prescrita la deuda, lo natural es que el demandado oponga una excepción de prescripción. ¿Puede el demandante replicar invocando la doctrina de los actos propios, alegando que confió en que el deudor no usaría la prescripción en su defensa?

Un sector de la doctrina ha dejado entrever que sí:

“[...] por importante que sea una defensa, no siempre puede prosperar, a lo que se suma que el transcurso o agotamiento pleno del término prescriptivo, *per se*, no habilita para que ella se torne procedente, así formalmente la prescripción se haya consolidado antes, dado que en la órbita jurídica no sólo importa tener y poseer un derecho, sino saberlo ejercer sin desconocimiento de lo efectuado con antelación, pues el pasado ata y encadena [...]” (Jaramillo 2014: 419).

Discrepo. Estimo que si se demanda una deuda prescrita, la excepción de prescripción deducida por el demandado no puede verse bloqueada con la doctrina de los actos propios. En todo caso, la manera de lograr el pago de lo adeudado, es acreditar que se presentan las vicisitudes que la ley contempla alrededor de la prescripción. En efecto, esta puede interrumpirse o suspenderse, pero en caso contrario el plazo de prescripción opera *ex lege* y obstruye toda posible invocación de la doctrina de los actos propios.

3.4.3 Indemnización por daños y perjuicios.-

La doctrina de los actos propios es un remedio que limita el ejercicio de un derecho y genera “concretamente la inadmisión, rechazo, inaplicación o dejación de la nueva conducta (*posterius*) en sí misma contraria a la anterior, detonante de la referida confianza legítima, por ella eclipsada” (Jaramillo 2014: 308-309).

La nueva conducta, que es rechazada por ser contradictoria, supone el ejercicio de un derecho reconocido. Así, pues, no está en discusión si se tiene o no el derecho que se pretende hacer valer” (Ortiz 1991: 277). Sin embargo, este derecho no es ejercido de manera regular, de modo que sufre una limitación como consecuencia de la doctrina de los actos propios.

El remedio derivado de la doctrina de los actos propios es el repudio de la contradicción y por tanto el impedimento para quien se contradice de actuar conforme a su conducta incoherente. En los ejemplos mencionados en las secciones precedentes, el arrendador de la finca rústica no puede pretender el pago en la fecha prevista en el contrato, sino que debería esperar la cosecha, por los períodos comprendidos en el marco de confianza que generó en el arrendatario. En el otro ejemplo, si B pretende que A le entregue el producto X pactado, no podrá hacerlo y estará obligado a recibir Y, únicamente por las entregas respecto de las cuales dio razones atendibles para que A creyese razonablemente que B seguiría recibiendo el producto Y.

“Así las cosas, como se expresaba, su objetivo no es resarcitorio, en rigor, sino mejor preventivo o de evitación (daño evitable). Por esa razón, es dable exigir la

existencia de un perjuicio, ora real, ora potencial –o contingente-, desde luego en sentido lato, sin que sea preciso, en tal virtud, que cumpla inexorablemente con los requisitos del daño indemnizable, propiamente dicho, toda vez que, se itera, el propósito cardinal y primario no es el de indemnizar, sino evitar o mitigar el daño, hasta donde ello sea posible [...]” (Jaramillo 2014: 347).

Como puede apreciarse, el objetivo de la doctrina de los actos propios es preventivo, y más que mejorar las condiciones en que se encuentra quien la alega, lo que se propone con ella es mantenerlas: en los mismos ejemplos, seguir pagando la renta después de la cosecha, o entregar el producto Y, mientras se conserve el estado de confianza razonable generado por aquel contra quien se invoca. Ahora bien, el carácter preventivo de la doctrina de los actos propios no presenta *per se* ningún impedimento para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, considerando que esta opera respecto de todo acto dañoso.

Debe recordarse que la presente investigación está circunscrita al ámbito de aplicación de la doctrina de los actos propios es el espectro contractual, y si la ejecución del contrato por quien se contradice ha generado en la contraparte un daño indemnizable como consecuencia de la contradicción, el reclamo para reparar el daño es posible siempre que se cumpla los requisitos para ello: acreditar la existencia del daño, el nexo causal y el factor de atribución.

Ahora bien, es sumamente importante hacer un deslinde para identificar cuál es la razón por la que se podría pagar una indemnización en un caso en el que se aplique con éxito la doctrina de los actos propios. El efecto inmediato y directo de esta última será aplicar un remedio que neutralice la incoherencia; típicamente este remedio será impedir a quien se contradice que ejerza un derecho mientras subsista la confianza razonable que generó en su contraparte. Así, por ejemplo, aquel contra quien se invoca la doctrina de los actos propios estará obligado como consecuencia de ella, a recibir el producto Y o a recibir la renta después de la cosecha, solo mientras la confianza defraudada haya sido protegible.

Sin embargo, además de contradecirse y por tanto de traicionar la confianza de su contraparte, quien lo hace podría haberle ocasionado también un daño indemnizable. En los ejemplos anteriores, la parte incoherente es el acreedor de los productos a ser entregados o de la renta, de modo que la negativa a recibir el pago podría haber dado lugar a un pago por consignación, por ejemplo, pero si el caso hubiera sido a la inversa, donde quien se contradice debía realizar un pago en condiciones más favorables que las que pretende posteriormente, sí podría generar un empobrecimiento patrimonial que tendría que indemnizarse.

Este empobrecimiento, que puede dar lugar a una acción por daños y perjuicios si se cumplen los requisitos para reclamar la indemnización, es resultado de una ejecución contractual contradictoria y por tanto contraria al deber de buena fe.

Entonces, el efecto automático de la aplicación de la doctrina de los actos propios debe ser la limitación de un derecho de una de las partes para así resguardar la confianza generada por ella en su contraparte. Si además esa actitud contradictoria ha ocasionado un daño, este debe ser indemnizado.

Por eso, cuando se ha sostenido que la doctrina de los actos propios puede dar lugar a una indemnización, se ha señalado que “[s]i bien la solución parece a primera vista adecuada, al efectuar un análisis más profundo de la situación descartamos tal posibilidad. Lo sancionado en esta hipótesis no sería propiamente la conducta contradictoria sino el daño causado” (Pardo 1991: 60).

La doctrina de los actos propios no es *per se* fuente de obligaciones, como la de indemnizar el daño ocasionado con la contradicción, sino que es un remedio para neutralizarla. El daño que eventualmente se ocasione debe indemnizarse como ocurriría con cualquier ejecución irregular de un contrato que genera un daño indemnizable. En el caso de la doctrina de los actos propios, se produce una ejecución del contrato de forma contraria al deber de buena fe, contenido en el artículo 1362 del Código Civil, según el cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe.

“Es importante subrayar además que la exigencia de obrar conforme a la buena fe tiene el carácter de un “deber jurídico autónomo”, como en reiteradas ocasiones viene resolviendo la Corte de Casación italiana en los últimos tiempos. La constatación de este carácter arroja dos implicaciones fundamentales: en primer lugar, significa que es exigible independientemente de los deberes y obligaciones que las partes pudieron haber pactado de manera expresa o de los que derivaren de específicas disposiciones legales; en segundo lugar, su inobservancia genera *per se* un incumplimiento contractual que da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados” (Facco 2017: 229-230).

Es entonces consecuencia inexorable de aplicar la doctrina de los actos propios, disponer el remedio que según las circunstancias, sirva para contrarrestar la incoherencia que vulnera la confianza. Este remedio implica mantener la conducta previa a la contradicción, lo cual puede suponer recibir o hacer un pago en las mismas condiciones. En este último caso, cuando se aplique la doctrina de los actos propios se deberá limitar el derecho de quien se contradijo y por tanto se deberá disponer que siga pagando como lo venía haciendo mientras generó en su contraparte confianza protegible. Si se produjo un retraso en ese pago, la consecuencia indemnizatoria –el pago de intereses- será consecuencia de la ejecución irregular del contrato que generó un daño reparable. En pocas palabras, la consecuencia directa de la doctrina de los actos propios será ordenar a la parte incoherente que siga actuando como venía haciendo, lo que puede incluir, de ser el caso, la orden de seguir cumpliendo en los términos anteriores a la contradicción; pero la orden de pagar intereses es consecuencia de la existencia de un daño indemnizable.

“La problemática de los actos propios no se agota en la validez o no del acto que se pretende desconocer, sino en la responsabilidad civil que de ese actuar se deriva. Propongo el siguiente caso: en un contrato de suministro de electricidad el generador y el distribuidor establecen en una cláusula un determinado proceso de facturación basado en la potencia en horas de punta. En un período de nueve meses, el distribuidor paga puntualmente al generador y el décimo mes deja de hacerlo, alegando que

la cláusula es ambigua y confusa, decidiendo de manera unilateral aplicar supletoriamente una Resolución de la Comisión de Tarifas de Energía, que establece un procedimiento de facturación para el Mercado Regulado (el contrato en cuestión se ha dado en el ámbito del Mercado Libre). La objeción surge inmediatamente; si se cuestiona el proceso de facturación por confuso, ¿cómo es que se pagó sin discusión alguna los nueve meses anteriores? Resulta imperativo aplicar el principio de los actos propios [...]” (Espinoza 2011: 185-186).

En el caso antes mencionado, asumiendo que se cumplen los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios –conducta vinculante, actuación contradictoria e identidad de sujetos- el resultado de su aplicación será ordenar al distribuidor pagar al generador en la misma forma en que lo venía haciendo en los primeros nueve meses. En otras palabras, se le impide efectuar el cálculo tarifario según las reglas del mercado regulado. Sin perjuicio de ello, la falta de pago íntegro y oportuno generará un deber indemnizatorio traducido en el pago de intereses.

“No se indemniza el daño causado por un acto propio contradictorio, sino que no se permite que este llegue siquiera a ser efectivo. [...] La cuestión es espinosa y no suficientemente racionalizada por la jurisprudencia española. [...] Como la regla de los propios actos actúa por medio de una excepción, el sujeto que confió puede conservar un estado de cosas, pero no puede construir por vía de la exceptio un nuevo estado de cosas que llegara a ser congruente con el hecho aparential” (Carrasco 2016: 474).

Son variados los remedios dispuestos por los tribunales internacionales en aplicación de la doctrina de los actos propios bajo la *lex mercatoria*. No siempre se ha ordenado el pago de una indemnización, sino la continuación de la ejecución del contrato de acuerdo con la posición amparada por las cortes, ordenar que se ejecute el contrato asumiendo que es válido pese a los defectos de representación, o determinar que una reclamación se tramite a pesar de haberse formulado fuera del plazo inicialmente previsto.

Ahora bien, asumiendo que en el marco de una actuación contradictoria que dé lugar a la doctrina de los actos propios, se generen daños indemnizables, cabe preguntarse por el alcance de la indemnización. Si el remedio comprende únicamente el interés negativo, se coloca a la parte afectada en la posición en que se encontraría de no haber confiado en el comportamiento de la contraparte, como suele ocurrir en casos de culpa *in contrahendo* por ruptura de negociaciones (típicamente, el costo incurrido en negociar).

Sin embargo, de acreditarse la existencia de daño como consecuencia de una ejecución del contrato contradictoria y contraria a la buena fe, la indemnización comprende el interés contractual positivo, aplicando para ello el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, según el cual el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

3.5 Posibilidad de pactar en contra de la doctrina de los actos propios.-

En el Capítulo anterior de este trabajo se planteó la pregunta de si las partes pueden excluir expresamente la invocación del principio de la buena fe. La respuesta fue que ello dependía de las circunstancias, de modo que, mientras una exclusión general de la buena fe es cuestionable, no lo será si la exclusión es específica, pues es legítimo que las partes tomen medidas para reducir la incertidumbre jurídica a través de reglas claras aplicables en los supuestos previstos por ellas.

No es admisible entonces un pacto de exclusión general de los deberes de buena fe. Lo que sí es posible es que las partes decidan imponer restricciones entre ellas o conceder prerrogativas que podrían parecer poco equilibradas, sin que por ello se pueda afirmar que dichos pactos son contrarios al deber de actuar de buena fe. Lo que reflejaría un pacto así es más bien un esquema de riesgos, que evidencia cómo valoran las partes sus prestaciones, y que mirado en conjunto es favorable a ambas.

“Esto es indiscutible y no admite más desarrollo. La cuestión difícil sería la de si son admisibles *grados* en la buena fe prestable por el deudor o titular del derecho, como tradicionalmente se admitieron grados en la diligencia prestable por el deudor según la naturaleza del contrato [...]. La cuestión esconde un sofisma. **No se trata de que las partes puedan comprometerse por contrato a prestar una buena fe más limitada que la que a falta del pacto tendrían que poner en acción, sino que la existencia de pacto delimita el supuesto de hecho relacional y, por ende, la necesidad o prescindibilidad de una protección legal.** Si por el acuerdo el deudor tolera que el acreedor actúe contra sus actos propios anteriores, simplemente no habrá abuso. Si hay pacto de que el largo silencio no valdrá nunca como renuncia o aceptación, será probable que la contraparte no pueda pretender haber comprometido su confianza, y, si no hay confianza, no prospera la excepción de retraso desleal” [énfasis agregado] (Carrasco 2016: 81).

Pueden presentarse con cierta frecuencia los pactos que en apariencia colocan a una parte en desventaja frente a la otra, limitando el espectro de la buena fe en la relación contractual. Sin referirse específicamente a la doctrina de los actos propios, sino al deber de buena fe en general, Carrasco plantea una mirada interesante de este asunto, con la que coincido. Más que una limitación prevista por las partes a sus deberes recíprocos de buena fe, habría un pacto específico que ofrece más ventajas a una respecto de la otra, lo que hace presumir que, en conjunto, ambos contratantes encuentran razones por las que es conveniente contratar.

Es posible que una estipulación específica no parezca equilibrada, pero habrá otras que la balanceen, de modo que ambas partes vean sus intereses satisfechos.

“Si el vecino está dispuesto a que yo le pague 10.000 euros por reservarme el derecho de poder taparle con mi muro sus vistas y luces, sin más

justificación que mis ganas de taparlas, no habrá abuso de mi derecho de propiedad, porque mi vecino me ha vendido el derecho a que haga valer contra él mis actos emulativos. Si por pacto han atribuido las partes a una de ellas (presumiblemente, a cambio de alguna ventaja recíproca) todo riesgo de la alteración extraordinaria de las condiciones subyacentes al contrato, las partes no están derogando la cláusula *rebus sic stantibus* sino excluyendo su supuesto de hecho, porque la asignación contractual de los riesgos es válida fuera de la legislación protectora de consumidores. Cuando el comprador de instrumentos financieros financieros firma una *Big-Boy letter* en la que reconoce que el vendedor dispone de información privilegiada que, por ser confidencial, no ha sido comunicada a la contraparte, y que esta es un agente sofisticado que actúa por su propia cuenta, está claro que las partes no están conviniendo la exclusión de responsabilidad por dolo precontractual, sino aceptando que el comprador actúa a su propio riesgo y que, siendo un sujeto sofisticado, puede sacar las consecuencias oportunas de que el vendedor afirme tener información privilegiada y que no se la quiere comunicar al comprador. Si existe pacto que permita a una parte la resolución del contrato por incumplimiento no grave de la otra, no se está *renunciando* a la prohibición de abuso de derecho, sino cualificando una facultad resolutoria semejante como no abusiva” (Carrasco 2016: 81-82).

Los ejemplos anteriores son elocuentes. Una parte le vende a la otra un derecho a imponer limitaciones de vista con amplitud, pero a cambio de un valor de tal magnitud que el ejercicio de ese derecho excluye la noción de abuso. Una parte queda autorizada por la otra a cambiar ciertos términos de manera unilateral. Una parte permite a la otra contar con información privilegiada de la cual la primera carece. Una parte habilita a la otra a resolver el contrato aunque el incumplimiento no sea grave. En las situaciones descritas, los contratantes atribuyen a uno de ellos el derecho de tomar decisiones de manera discrecional afectando así los intereses del otro. En estos ejemplos no se limita el derecho a rechazar la contradicción; sin embargo, no hay impedimento para hacerlo.

En efecto, es común que en cartas de intenciones para abrir negociaciones se indique que las manifestaciones de propósitos iniciales son no vinculantes, sin perjuicio del deber de negociar de buena fe. En similar sentido, los contrayentes pueden pactar que ninguno de ellos puede depositar confianza legítima en lo que dice o hace el otro, hasta que se haya cerrado la negociación y se haya suscrito el contrato.

Así, mientras no se vulneren las normas imperativas, son admisibles los pactos que restrinjan las posibilidades de las partes de defender sus intereses con todos los elementos normativos que el Derecho de contratos pone a su disposición.

En esta línea, tampoco hay impedimento para pactar expresamente que a efectos de la interpretación y ejecución del contrato, carecen de relevancia las conductas previas o posteriores de los contratantes, ajenas a lo indicado estrictamente en el texto del contrato. De hecho, son comunes los pactos en los que las partes excluyen de manera expresa la posibilidad de invocar su propia actuación durante la negociación del contrato, y en algunos casos llega a

descartarse también su conducta durante la ejecución del contrato como fuente generadora de confianza. Como puede apreciarse, esto último impide el surgimiento del primer requisito para la aplicación de la doctrina de los actos propios: conducta vinculante que genere confianza, de modo que la eventual contradicción posterior se vuelve irrelevante.

La situación descrita en el párrafo precedente alude a las cláusulas denominadas “*merger clause*” o “*entire agreement clause*”, que buscan excluir las negociaciones de las partes del análisis que efectúe el juez para analizar el alcance de las obligaciones de las partes.

“Las partes suelen estipular esta cláusula al final del contrato, estableciendo que el contenido del mismo se limita a lo expresamente establecido. Esta cláusula nace del Derecho anglosajón a fin de mantener una aplicación estricta de la *parol evidence rule* y evitar que el juez recurra a las negociaciones previas para integrar el contrato. La cláusula se extendió al Derecho Continental, donde se planteó su conflicto con la buena fe, usándose, asimismo, de forma extendida en transacciones internacionales. El problema que surge es si acaso la *merger clause* constituye una limitación a la buena fe, y si, por lo tanto, debe excluirse del contrato” (Eyzaguirre y Rodríguez 2013: 190).

La *parol evidence rule* es una regla que, importada del Derecho anglosajón, ha sido discutida en el Derecho continental y prácticamente por unanimidad los autores estiman que no es contraria a la buena fe (Eyzaguirre y Rodríguez 2013: 190). Esta regla permite a las partes demarcar con claridad “las cuatro esquinas” del contrato, de modo que las situaciones ubicadas fuera de dichas fronteras son irrelevantes para la ejecución del contrato y las posibles alegaciones entre las partes.

Un pacto que refleje la *parol evidence rule* evitaría hacer uso de la doctrina de los actos propios como medio de defensa en caso de una contradicción en la conducta desplegada por la otra parte, pero no hay impedimento para que ello ocurra, si se asume que no se ha vulnerado una norma imperativa que pueda ser calificada como el núcleo duro de la buena fe.

3.6 La doctrina de los actos propios como mecanismo de acción o de defensa.-

La esencia de la doctrina de los actos propios es la protección de la confianza, y esta no se genera de manera automática, sino que quien invoca esta doctrina debe acreditar que en el decurso de la relación contractual su contraparte actuó con una contundencia tal, que tenía razones fundadas para esperar que de ella una actuación similar.

Desde un punto de vista cronológico entonces, en primer lugar una persona actúa en determinado sentido; en segundo lugar, esa actuación genera confianza en que la actuación se mantendrá; y, en tercer lugar y a pesar de lo anterior, se produce una contradicción. El detonante entonces para activar el mecanismo de defensa que brinda la doctrina de los actos propios, es el comportamiento incoherente.

Esta incoherencia, rechazada por la parte que confió, se plantea en el seno de la ejecución contractual. Dado que quien rechaza la contradicción tenderá naturalmente a no acceder al pedido contradictorio, se producirá un reclamo no atendido y se suscitará una controversia.

Esta controversia no necesariamente debe alcanzar una sede formal para rechazar legítimamente la contradicción y el comportamiento exigido a partir de ella. Si la parte que actuó incoherentemente es persuadida por la otra de que su derecho se ha visto limitado sobre la base de la doctrina de los actos propios, la controversia habrá sido resuelta. No estoy de acuerdo entonces cuando se afirma que la “conducta que contradice al comportamiento objetivo anterior se debe dar dentro de un proceso judicial creando una situación litigiosa, y en ejercicio de un derecho subjetivo procesal (pretensión)” (Compagnucci de Caso 1985: 2). Similar opinión tiene Jaramillo, quien adhiere a la tesis por la cual la doctrina de los actos propios no solo se aplica en el marco de un proceso (Jaramillo 2014: 364).

En efecto, la aplicación de la doctrina de los actos propios no supone siempre la existencia de un marco procesal. Ahora bien, si la solución se plantea dentro de un proceso, cabe preguntarse si la doctrina de los actos propios debe alegarse solamente como medio de defensa o si también puede hacerse interponiendo una demanda que ampare su uso.

Para algunos autores, la doctrina de los actos propios, antes que presentarse como una acción, opera como una excepción; “es decir, con la aptitud para hacerle frente a la pretensión” (Ortiz 1991: 284). En esa misma línea, se sostiene que una defensa basada en la doctrina de los actos propios debe plantearse al contestar la demanda o la reconvencción.

“Nos parece que la contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión, habilita a ello en la contestación de la demanda (no como excepción previa, por cuanto no se atiende al contralor de los presupuestos procesales sino a la razón de la causa de pedir por lo que no hay una excepción en sentido estricto); sustancial y procesalmente se conforma una defensa abarcadora y comprensiva de un mecanismo idóneo para frustrar el éxito de la pretensión. Correlativamente, si en la reconvencción se diera también una clara situación con relación al actor, este podrá en la contestación de aquella solicitar su inadmisibilidad” (Morello 1985: 75).

Si no hay contradicción, no hay base para invocar la doctrina de los actos propios. El momento del proceso en que se puede plantear –al demandar o al contestar- dependerá en realidad del contenido de la contradicción. Si el actuar incoherente supone formular un reclamo inesperado, la doctrina de los actos propios será planteada a manera de contestación o como mecanismo de defensa. De hecho, es a este tipo de casos que los autores suelen referirse al analizar cómo opera la doctrina de los actos propios. Es por este tipo de casos que se sostiene que se trata de un mecanismo de defensa, no de acción.

La posición antes señalada se asemeja a aquella adoptada en relación con el *estoppel*, pues en la literatura jurídica inglesa el *estoppel* “no es nunca causa de una acción (“*cause of action*”), sino un arma estrictamente defensiva (“*a strictly defensive weapon*”) y algún autor gráficamente enseña que no es una espada (“*sword*”), sino un escudo (“*shield*”) (Diez Picazo 2014: 132).

Sin embargo, no hay impedimento alguno para que la contradicción que se cuestiona implique no un reclamo sino una negativa a ejecutar el contrato de la manera en que se venía haciendo. En tal caso, el afectado con la incoherencia puede pedir que se declare en un proceso que se cumplen los requisitos para aplicar la doctrina de los actos propios y se disponga el remedio que corresponda.

La doctrina de los actos propios puede presentarse entonces en ambas direcciones, tanto como para plantear un reclamo como para defenderse de uno. En tal sentido, el “sujeto pasivo podría oponerse a lo que ha solicitado el sujeto activo en su presentación, o bien, constituir la regla del *venire* el fundamento de su demanda, reclamando la infracción y señalando que hay incompatibilidad en las conductas anteriores y posteriores del demandado” (Pardo 1991: 61). Hay entonces dos maneras de venir contra los actos propios:

“una, entablar una demanda que contradiga la conducta anterior del demandante, otra, formular frente a la demanda una oposición que contradiga la conducta anterior del oponente. [...] El acto que se estigmatiza aquí no es la infracción de un deber, el incumplimiento o la contravención de una obligación, el desconocimiento de un derecho o la violación de una relación jurídica. [...] hay que salir del terreno de los conceptos del Derecho sustantivo y situarse en la perspectiva realista de un proceso. En el proceso las partes no infringen, contravienen o violan, sino que pretenden, postulan, tratan de conseguir algo. No realizan actos con efecto sustantivo inmediato, sino que asumen actitudes o posturas ante el juez” (Díez-Picazo 2014: 172).

3.7 Sobre la aplicación de oficio de la doctrina de los actos propios.-

Se ha discutido si la doctrina de los actos propios puede ser aplicada de oficio por el juez. Sobre este punto hay que hacer una distinción entre una aplicación de oficio y el principio *iura novit curia*, que en el caso peruano está recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, según el cual “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Como puede apreciarse, el límite infranqueable del principio *iura novit curia* es el petitorio planteado por las partes. Solo en ciertos casos, bajo autorización legal expresa, el juez puede aplicar una norma de oficio afectando incluso el petitorio. Ello ocurre por ejemplo con el artículo 220 del Código Civil, según el cual la nulidad puede ser declarada de oficio cuando resulte manifiesta.

Esta autorización legal para cambiar el petitorio es excepcional y opera frente a una situación de orden público, propio de la nulidad, y además cuando esta es manifiesta. Esta singularidad no existe en el caso de la doctrina de los actos propios. De allí que la discusión sobre su aplicación por el juez sin haber sido invocada por las partes debe plantearse asumiendo que aquél no afectará el petitorio.

Estimo que sí es posible aplicar la doctrina de los actos propios sin que haya sido invocada por las partes. De la misma opinión es Jaramillo, aunque este autor reconoce que la doctrina no es uniforme sobre este asunto (Jaramillo 2014: 391). Bernal también señala que para un grupo de autores, no es susceptible de ser declarada de oficio (Bernal 2013, 239)¹⁴².

La doctrina de los actos propios es un principio de derecho, estrechamente relacionado con el principio de la buena fe, que tiene la condición de una norma jurídica; por tanto, puede aplicarse de manera espontánea por los jueces, aunque no haya sido invocada por las partes (Díez-Picazo 2014: 235). Esta opinión la comparten Alterini y López Cabana, según los cuales, si el juez advierte que la pretensión demandada es contradictoria con una conducta previa, puede desestimarla de oficio sobre la base de la doctrina de los actos propios, aunque esta no haya sido previamente invocada (Alterini y López Cabana 1984: 2).

Por supuesto, si el juez considera que la posición de una de las partes se sostiene sobre una contradicción inaceptable, puede desestimar su planteamiento aplicando la doctrina de los actos propios de oficio, pero respetando el principio *iura novit curia*. “Así, de acuerdo con esta interpretación, no se podría aplicar o al menos estaría muy limitado el principio *iura novit curia*, pues los jueces estarían limitados para aplicar de oficio una manifestación del principio de la buena fe solo cuando no se altere lo que los litigantes quisieron hacer valer sobre sus derechos subjetivos” (Bernal 2013: 239).

En el plano teórico es relativamente sencillo entender que los jueces deben aplicar la norma pertinente aunque no haya sido invocada, pero están encasillados por los límites que las propias partes han fijado a través del petitorio. La importancia de no exceder lo que piden las partes es que lo que plantean en sus pretensiones tiene incidencia directa en el resultado del proceso y en las asignaciones patrimoniales que se derivan de él.

Ahora bien, si nos trasladamos al terreno práctico, es probable que la decisión judicial de repudiar la actitud contradictoria de una de las partes afecte las pretensiones que se discuten; especialmente si el beneficiario de la doctrina de los actos propios es el demandante. En este punto es muy importante recordar que el efecto derivado de este instrumento es una limitación en el ejercicio de un derecho, que no será necesariamente lo que persiga el peticionante. Por

¹⁴² Un ejemplo de opinión discrepante es la de Gete Alonso, que según Tur Faúndez, sostiene que a pesar de los términos imperativos en que se ha formulado el artículo 7.1 del Código Civil de España (“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”), la actuación contraria a la buena fe debe alegarse por aquél que pretenda la inadmisibilidad de la conducta realizada, no siendo aplicable de oficio (Tur 2011, p. 53).

ejemplo, si este último sostiene que el contrato ha sido modificado en términos favorables para él, difícilmente el juez podrá sostener que en lugar de modificación contractual hubo una conducta vinculante y una contradicción posterior, que a lo sumo, limita pero no transforma los derechos de quien actuó incoherentemente.

“Como consecuencia de lo anterior, resulta difícil –o al menos arriesgado– afirmar tajantemente que el juez puede aplicar de oficio la doctrina de los actos propios. Estamos ante una manifestación del principio general de buena fe, que tiene el carácter de norma jurídica. Y según acabamos de ver, únicamente podrá ser apreciado de oficio por el juzgador cuando su aplicación no altere lo que los litigantes han querido establecer sobre sus derechos subjetivos sometidos a juicio” (Tur 2011: 55).

La misma precaución aconseja tomar Morello cuando admite la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios aunque no haya sido invocada, siempre que “no se altere con esta consideración oficiosa el acabado perfil de la pretensión y oposición a ella de actor y demandado, respectivamente –y obviamente estando suficientemente acreditadas las circunstancias de la contradicción [...]” (Morello 1985: 76).

En todo caso, si un juez decide aplicar la doctrina de los actos propios sin que haya sido invocada en ejercicio de la potestad conferida por el principio *iura novit curia*, para ejercer esta facultad deberá cuidar no traspasar sus límites, y deberá además asegurar que las partes hayan tenido oportunidad de pronunciarse sobre él en alguna etapa del proceso, para no comprometer su derecho de defensa, que necesariamente debe conciliarse con el deber judicial de aplicar el derecho que corresponda.

3.8 Ideas finales.

Como un reflejo de las necesidades emanadas del comercio internacional, los Principios UNIDROIT contienen una referencia expresa a la doctrina de los actos propios, de un modo lo suficientemente flexible como para comprender variadas situaciones de hecho que “escapan” del Derecho positivo, y al mismo tiempo lo suficientemente escueto como para decir lo indispensable: que una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Los indicados términos “entendimiento”, “suscitado” o “razonablemente” pueden llenarse de contenido asumiendo una concepción funcional del Derecho, según la cual los principios cumplen un rol fundamental para lograr lo que la *lex mercatoria* ha conseguido con la repetición de las prácticas comerciales a lo largo del tiempo, la consiguiente actividad ensayo-error, y finalmente con el proceso de selección natural que dio lugar a la evolución de las prácticas mercantiles que mejor se acomodan a las necesidades de los contratantes.

La doctrina de los actos propios es expresión de la tendencia del ser humano a cooperar mutuamente, pero en contextos donde las relaciones tienden a ser más

impersonales, como el comercio. Pero a la vez tiene límites dirigidos a impedir que cualquier conducta pueda ser considerada vinculante, para evitar que, por falta de predictibilidad, se desincentive la cooperación entre las partes, por el temor de que un acto cooperativo pueda ser interpretado por la otra parte, y luego por los tribunales, como vinculante para el futuro.

La doctrina de los actos propios debe ser gestionada entonces a través de un delicado balance, el cual ha arrojado resultados jurisprudenciales imprecisos y a veces contradictorios. Sin embargo, la ventaja de la doctrina de los actos propios es justamente su imprecisión, que le genera una considerable capacidad adaptativa.

Precisamente su capacidad adaptativa es la razón por la cual esta doctrina ha sobrevivido a través del paso del tiempo. Ahora bien, el hecho que la doctrina de los actos propios tenga vocación para aclimatarse a las nuevas circunstancias no significa que se trate de la piedra filosofal y que por tanto se busque en ella la solución de todos los problemas en que se acusa una falta de coherencia. La doctrina de los actos propios es, por el contrario, una pieza en el sistema de engranaje disponible para la solución de conflictos. Como parte de un sistema, sus piezas deben acoplarse sin repetir funciones y determinando claramente el propósito de cada una de ellas.

Para definir las funciones de esta pieza –la doctrina de los actos propios– en el engranaje que permite a los contratos ser depositarios de la confianza de los agentes económicos, en este capítulo presenté los requisitos para ser invocada. Ellos son, la existencia de una conducta vinculante, una pretensión contradictoria e identidad de sujetos. También presenté las consecuencias teóricas y prácticas de su correcta aplicación, que consisten en limitar el ejercicio de un derecho de quien actuó de forma inconsistente. Dependiendo de las circunstancias, puede extinguirse la posibilidad de ejercerlo.

No hay impedimento para que, adicionalmente, aquel contra quien se invoca la doctrina de los actos propios deba pagar una indemnización, en caso se acredite el daño, el factor de atribución y el nexo causal, como ocurre en cualquier caso de ejecución irregular de un contrato.

La doctrina de los actos propios puede invocarse fuera o dentro de un marco procesal, y en este último caso, como mecanismo de acción o de defensa. Si la parte que podría usarla en su favor no la menciona, el juez puede resolver aplicándola de oficio, pero sin alterar las pretensiones formuladas, en aplicación del principio *iura novit curia*.

Ahora bien, conocer los presupuestos para que opere la doctrina de los actos propios no es suficiente para comprenderla en su real dimensión. Su real utilidad y su condición de principio pueden ser aprehendidas si la contrastamos con otras categorías jurídicas que ofrecen remedios ante situaciones similares. Este deslinde se formula en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE RECHAZAN LA INCOHERENCIA EN EL ACTUAR

La doctrina de los actos propios “no es alquimia milagrosa ni puede ser la “tríaca máxima” del médico antiguo, que era la combinación desesperada de todos los elementos medicinales conocidos en una sola pócima, cuando se había perdido la esperanza en salvar al paciente” (Aída Kemelmajer de Carlucci)¹⁴³.

4.1 Introducción. Distinguir para fortalecer.-

Para determinar cuál es el espacio de acción que le brinda nuestro ordenamiento jurídico, es importante enmarcar la doctrina de los actos propios en relación con el deber de coherencia en el actuar, y establecer cuáles son los requisitos para que opere. Sin embargo, para entenderla en su real dimensión es además preciso saber qué no es; es decir, de qué instituciones jurídicas debe distinguirse. En otras palabras, para saber qué es y para qué sirve la doctrina de los actos propios es indispensable entender también qué no es y para qué no sirve.

De lo contrario, se corre el riesgo de superponer la doctrina de los actos propios a otras herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico para combatir la contradicción. La consecuencia inexorable de ello es el escepticismo sobre su uso por parte de los operadores jurídicos y el consiguiente debilitamiento de este principio de derecho.

4.2 Diferencias entre la doctrina de los actos propios y otras categorías jurídicas.-

La doctrina de los actos propios es expresión de una intuición humana que el Derecho ha recogido para evitar que las personas se contradigan afectando las expectativas generadas en otras personas. Sin embargo, la envoltura jurídica que contiene dicha intuición no ha sido ni será siempre la misma.

La cobertura que envuelve el repudio de la contradicción ha sido de diversa índole e intensidad: inicialmente estuvo contenida en decisiones pretorianas basadas en situaciones puntuales, para luego ser recogida en decisiones jurisprudenciales masivas y poco prolijas que confunden la doctrina de los actos propios con remedios negociales típicos. Esta confusión ha generado una pérdida de legitimidad de la doctrina de los actos propios, pues se le ha invocado sin que sea necesario. En efecto, no es necesario hacerlo cuando la contradicción proviene de un incumplimiento o de una conducta opuesta a un

¹⁴³ SC Mendoza, Sala I, 5/5/90, “Arrigoni, Raúl c/ Dirección General de Escuelas”, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que lidera la decisión mayoritaria, en LL, 1991-B-38 y ss. (López Mesa y Rogel Vide 2013: 173).

acto negocial, como una modificación del contrato o una renuncia de derechos, por ejemplo.

La doctrina de los actos propios ha pasado, pues, por un proceso pendular, donde un extremo es su negación por innecesaria, y el otro es una sobre-aplicación, que paradójicamente, la ha vaciado de contenido. El traslado de un extremo a otro del péndulo será inevitable mientras no se calibre la intensidad y mientras no se restrinja el espectro de actuación de la doctrina de los actos propios. Su tránsito oscilante ha generado un rotundo escepticismo en un sector de la doctrina:

“Hay posiciones incluso más hostiles, que no solamente rechazan la incorporación de la doctrina de los actos propios al ordenamiento jurídico a través de una norma expresa, sino que en segundo lugar cuestionan su utilidad y hasta dudan de que sean una derivación del principio de la buena fe. Primero, porque en la mayoría de casos la contradicción de la conducta podría haberse producido de buena fe, y en segundo lugar, porque la buena fe debe entenderse en sentido técnico y preciso, para no comprometer la seguridad jurídica” (Lyon 2010: 61).

Podrá encontrarse entonces su verdadero y limitado sentido cuando los operadores jurídicos y agentes económicos adviertan que su función es más limitada que extendida. Y lo es porque la evolución del Derecho ha ido generando diversos mecanismos de protección de la confianza generada a través de la palabra empeñada. Muchos de esos medios de protección tienen carácter negocial, de modo que es innecesario acudir a remedios más opacos que el derivado de un claro incumplimiento.

“El artificio técnico dominante ha sido el desarrollo temprano de la doctrina de los actos propios, antes de que existiera un Código Civil, antes de que se hubiera racionalizado y hecho efectiva en España la idea de la fuerza vinculante de las declaraciones de voluntad, del negocio jurídico, en suma. En su eclosión y desarrollo, la doctrina de los actos propios excede en su empeño y en su significado las modestas fronteras del abuso de derecho. La jurisprudencia emplea aquella regla de manera exorbitante, y sobre su base y racionalidad se construyó en España la teoría del negocio jurídico. [...] Pero la doctrina de los propios actos ha sobrevivido a la necesidad que históricamente determinó su emergencia. El valor transversal de la institución le permite una masiva presencia en todos los sectores del Derecho. Su éxito es ubicuo. Hasta el punto que puede asegurarse sin exceso que más de la mitad de las resoluciones judiciales producidas en cualquier contexto jurídico sobre la base de aplicar el art. 7 CC tienen por objeto u ocasión la regla de los propios actos” (Carrasco 2016: 101-102).

Ahora bien, no todas las contradicciones son cuestionables por la vía de la doctrina de los actos propios. En primer lugar, porque hay contradicciones legítimas, y en segundo lugar, porque hay otras que pueden discutirse por otros caminos. De allí la necesidad de despejar la doctrina de los actos propios de otros fenómenos jurídicos, porque, como propongo en este trabajo, si bien es fecunda en sus efectos, es además residual (Morello 1985: 60).

Así pues, “[...] no hay un verdadero *Venire contra factum proprium non valet*, cuando la imposibilidad de contradecirse puede explicarse a través de otra

institución, debiendo acudirse a este principio en forma subsidiaria” (Padilla 2013: 146).

“El ámbito operativo de la doctrina del acto propio requiere –como método preliminar- despejarlo de aquellos fenómenos jurídicos, que en atención al desarrollo que han logrado, disponen de formulaciones que suministran y abastecen sus fundamentos en propia sede, sin acudir a otros principios que, cual el venire contra factum proprium, aparece como construcción dogmática fecunda en sus efectos, pero residual” (Stiglitz 1984: 2).

Hacer el deslinde para encontrar el espacio de actuación subsidiaria de la doctrina de los actos propios parece tarea sencilla, pero no lo es, ni teórica ni prácticamente. En efecto, “pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes, hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la confusión y a la inseguridad. La confusión viene, por lo pronto, de una falta de clara delimitación” (Díez-Picazo 2014: 74).

La doctrina de los actos propios comparte con otras instituciones jurídicas el hecho que su centro de gravedad sea la ruptura de la confianza legítimamente generada. Para evitar un traslape de funciones entre los distintos remedios disponibles, a continuación se menciona algunas herramientas que ofrece el Derecho para atender situaciones diversas en las cuales el interés de una de las partes se ha visto afectado por una incoherencia de la parte contraria. Aquellas situaciones que no encajan en los espacios que a continuación se mencionan, podrían ser comprendidas en los supuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, siempre que se cumplan los requisitos para ser aplicada, desde luego.

Las categorías jurídicas respecto de las cuales debe distinguirse la doctrina de los actos propios y que a continuación se presentan, son negociales y no negociales.

4.2.1 Categorías jurídicas negociales.-

4.2.1.1 Negocio jurídico:

Los negocios jurídicos son expresión de confianza entre las partes que los celebran; de confianza en que van a ser cumplidos. Visto desde dos perspectivas, el contrato tiene una cara positiva, que es que las partes deben desplegar su conducta de acuerdo a lo pactado; y una cara negativa, que es que las partes no pueden desligarse unilateralmente de las estipulaciones del contrato, a menos que se pacte lo contrario. Si una parte se comporta de forma contraria a lo que se había previsto, la otra parte puede activar cualquiera de los remedios disponibles en el contrato o de forma supletoria, en la ley: conceder un plazo adicional para el cumplimiento, resolver el contrato, aplicar penalidades, etc. El tipo y alcance de dichos remedios dependerá de si el acreedor tiene o no interés en la ejecución del contrato, entre otros elementos.

Si una de las partes considera que la confianza que depositó en la otra ha sido traicionada, no necesariamente deberá invocar la doctrina de los actos propios si cuenta con otros remedios, entre los cuales están los derivados del incumplimiento del contrato, por ejemplo.

El problema es que este deslinde conceptual no siempre ha sido identificado. Un ejemplo es que, en la literatura jurídica de extensa difusión, como la Enciclopedia Jurídica Omeba, define la voz “actos propios”, indicando que en el Derecho Civil español aquella ha sido definida por el Tribunal Supremo teniendo en cuenta: “A nadie es lícito ir contra sus propios actos **cuando estos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedecen al designio de crear, modificar, extinguir relaciones de Derecho**. Es decir, cuando se trata de actos jurídicos que causan estado, definiendo en una forma inalterable la posición jurídica de su autor” [énfasis agregado] (2009: 440).

La voz “actos propios” ha sido pues asociada por buena parte de la jurisprudencia española como una circunstancia que impide contradecir los compromisos contractuales. Al respecto, Díez-Picazo da cuenta de que, desde 1890 o incluso antes, el Tribunal Supremo señalaba que se trataba de actos de expresión de consentimiento, que eran declaraciones de voluntad (Díez-Picazo 2014: 78-79).

La jurisprudencia española “opera en ocasiones con un concepto de los actos propios que los equipara prácticamente a los negocios jurídicos, desconociendo de este modo lo específico de esa doctrina. [...] Son clásicas las afirmaciones de que los actos propios son los que como expresión inequívoca del consentimiento, se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho” (Díez-Picazo 2014: 161).

Nótese en este punto el recorrido pendular de la doctrina de los actos propios. La copiosa jurisprudencia española hizo un uso excesivo de ella, lo que levantó suspicacias entre los autores por haber generado un traslape con soluciones derivadas de actos jurídicos negociales o de expresiones de voluntad contenidas en actos jurídicos en sentido estricto, como las renunciaciones, autorizaciones, entrega de recibos, votos, recepciones de obra, etc.

La falta de prolijidad para deslindar la doctrina de los actos propios de las expresiones negociales de voluntad también está contenida en la jurisprudencia española más moderna, como aquella sentencia que en el 2012 negó valor vinculante a una tolerancia durante años para que el titular de un local estacione su vehículo en zona común para operaciones de carga y descarga. Ante el cambio de opinión, se invocó la doctrina de los actos propios, pero en la sentencia se argumentó que el acto anterior solo es vinculante cuando es una expresión de un consentimiento. “Para tal viaje no se necesitan estas alforjas”, se ha replicado (Carrasco 2016: 456), pues la doctrina de los actos propios es alternativa a una alegación de incumplimiento; no es adicional a esta.

En efecto, “es necesario, precisamente, que los actos ejecutados no constituyan declaración de voluntad o negocio jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso la sujeción a lo declarado, la vinculación al negocio es un efecto normal de

esta figura, sin necesidad de traer a colación el valor de los actos propios” (Díez-Picazo 2014: 196).

Otra posible explicación de la distinción hace hincapié en que las partes quedan obligadas por el acto negocial desde que este se celebra, mientras que la aplicación de la doctrina de los actos propios requiere el transcurso de un período de tiempo suficiente como para generar confianza en una de las partes en que la otra mantendrá su conducta en el tiempo.

“Una declaración de voluntad negocial obliga desde el mismo momento de su perfección, la doctrina de los actos propios como sistema que protege la confianza en la coherencia de la conducta, precisamente exige como decisivo que la confianza haya surgido efectivamente y sea comprobable por su inversión; requiere además que la coherencia sea exigible conforme a la buena fe de modo que no pueda tolerarse la frustración de la confianza suscitada” (Miquel 1995: 205).

También puede expresarse la diferencia señalando que:

“[...] mientras la declaración de voluntad es un elemento esencial del negocio jurídico y resulta la forma de exteriorización de la voluntad, para la doctrina que analizamos lo que importa es lo que los actos revelan por el sentido objetivo que poseen, es esa representación en sentido vulgar que otorga el comportamiento del sujeto. La trascendencia del comportamiento nace porque el sujeto es parte de una situación jurídica donde sus actos tienen reflejo en esa situación, ya que –como mencionáramos anteriormente- generan una confianza fundada, una expectativa cierta en la otra parte que integra la relación” (Compagnucci de Caso 1985: 2).

Por cierto, la exteriorización de la voluntad a que se refiere la autora puede producirse no solamente de manera expresa, sino además tácita. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español mediante sentencia del 28 de abril de 1988, en la cual señaló la diferencia entre “los *facta concludentia* y los actos propios, concibiendo aquéllos como sede o expresión del consentimiento negocial, y observado estos, como propone un autorizado sector de la doctrina científica, fuera del tema de las declaraciones de voluntad expresas o tácitas, situándolo, sin carácter negocial alguno, en la perspectiva de los principios de la buena fe y de la confianza, instituyendo el deber de producirse coherentemente y admitiendo que si una conducta suscita la confianza, debe recusarse el ejercicio de los derechos opuestos a la confianza creada” (Jaramillo 2014: 240).

Para terminar este punto, debe quedar claro entonces que allí donde el consentimiento ha sido manifestado, expresa o tácitamente, la conducta que lo contradiga no debe ser rebatida recurriendo a la doctrina de los actos propios, sino más bien alegando que se ha incumplido con lo prometido y exigiendo el remedio que corresponda¹⁴⁴.

¹⁴⁴ El artículo 1219 del Código Civil peruano señala al respecto: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente. 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los

La razón práctica por la que suelen confundirse los espacios de actuación y por la que se producen los traslapes es que el consentimiento no siempre se manifiesta expresamente, sino también de manera implícita. En efecto, las declaraciones de voluntad tácitas suponen una conducta valorada por el ordenamiento, aunque no se haya expresado a través de signos visibles. Por tanto, el concepto de “actos concluyentes” pertenece a la esfera de la declaración tácita de voluntad y no a la doctrina de los actos propios.

“En cambio, en el “venire contra factum” el efecto se produce de un modo objetivo, en el cual para nada se tiene en cuenta la verdadera voluntad del autor de los actos. Se protege la confianza que estos actos suscitan en los terceros, porque venir contra ellos constituiría objetivamente un ataque a la buena fe. Los actos concluyentes, dice Puig Brutau, no pertenecen a la verdadera doctrina de los actos propios. **La eficacia de los actos concluyentes se mantiene por haber mediado consentimiento, mientras que cuando se impide que una persona vaya contra sus propios actos, se deja por completo de lado toda la doctrina de la declaración de voluntad para imponer directamente un efecto jurídico**” [énfasis agregado] (Díez-Picazo 2014: 221).

Dado el carácter residual de la doctrina de los actos propios, queda espacio para ella cuando no hay claridad sobre la existencia de una declaración de voluntad tácita, a pesar de lo cual “esta conducta ha tenido entidad objetiva suficiente como para generar confianza en otra persona, la que luego no puede ser defraudada con una alegación contradictoria” (Bianchi e Iribarne 1984: p. 860).

“El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ver una manifestación del valor de una voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe” (López Mesa 2009: 191-192).

A pesar del deslinde conceptual, puede haber complicaciones prácticas si lo que dejan entrever los actos concluyentes es que una de las partes ha tolerado una repetida ejecución divergente por parte de la otra, lo que podría ser interpretado como una modificación del contrato consentida por ambas partes. Así, “la repetición de las aceptaciones tolerantes puede deponer en el sentido de una tácita modificación del contrato” (Gamarra 2009: 928).

Volvamos al ejemplo del contrato de arrendamiento de finca rústica en el que se había pactado una renta anual en fecha. La sucesiva tolerancia a que el pago se realizara en un momento atado a la cosecha y no en fecha fija activó la invocación de la doctrina de los actos propios, que fue aceptada por los tribunales alemanes. Otra estrategia de defensa del arrendatario podría haber sido –no conocemos los hechos pormenorizados del caso- que el contrato fue modificado tácitamente y que, por tanto, en lo sucesivo, la renta debía pagarse después de la cosecha.

derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva. Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

La diferencia entre una alegación y otra es evidente. Dado que la doctrina de los actos propios tiene sustento en los hechos del pasado, puede favorecer a quien la invoca únicamente por el tiempo en que confió. La confianza termina cuando la parte es advertida por la otra de que hay una discrepancia sobre la apreciación de los hechos. En cambio, una modificación contractual –incluso tácita- supone la celebración de un negocio jurídico que altera el contenido del contrato, desde que se lleva a cabo, en adelante. Así, mientras la doctrina de los actos propios mira hacia el pasado, la modificación tácita del contrato tiene en cuenta también lo que ocurrió mediante hechos concluyentes, pero para alterar el curso de la relación hacia el futuro.

Si el arrendatario de la finca alega, como en efecto hizo, la doctrina de los actos propios, podrá oponerse a que se le exija el pago en la fecha indicada en el contrato, pero únicamente por el período anual respecto del cual confió en que podría pagar después de la cosecha. Si alegara más bien una modificación tácita del contrato de arrendamiento, la fecha de pago prevista inicialmente habría sido sustituida por un momento posterior a la cosecha, no solo respecto del período anual en cuestión, sino además por el tiempo restante del contrato. Esta distinción puede apreciarse en el caso siguiente.

Mediante sentencia del 13 de mayo de 2008 emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 5.958-2006) se resolvió la controversia surgida entre Labra S.A. con Bata Chile S.A. Mediante instrumento privado las partes habían modificado un anterior contrato de arrendamiento, aumentando la renta a partir de cierta fecha, de 180 UF a 250 UF mensuales. El arrendador aceptó durante casi tres años posteriores a la modificación del contrato, que la arrendataria le pagara 180 UF; sin embargo, inició un proceso para cobrar el saldo de 70 UF que consideraba pendiente de pago por la renta mensual. primera instancia se declaró fundada la demanda, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones. En cambio, uno de sus integrantes sugirió desestimar la demanda. Señaló que la arrendadora se dedicaba al giro inmobiliario, y que consintió la modificación de la renta, de modo que, al demandar casi tres años después, vulneró el principio de los actos propios (Padilla 2013: 169).

El caso citado en el párrafo anterior revela la facilidad con la que puede confundirse la aplicación de la doctrina de los actos propios con una modificación contractual. Las sentencias de primera y segunda instancia acertaron al considerar que, como consecuencia de la modificación del contrato y consiguiente aumento de la renta mensual, había un saldo pendiente de pago por parte del arrendatario. Se equivoca el integrante de la Corte que propuso desestimar la demanda, pues no aporta claridad sobre cuál es el camino para enervar los efectos del aumento de la renta. Al parecer, el argumento sería que al omitir por tres años cobrar el nuevo monto, el arrendador habría consentido a mantener la suma original. Si esta es la línea argumentativa, en el fondo lo que propone el voto singular es que se produjo una modificación tácita de la renta para regresarla a la suma prevista inicialmente.

Para explorar con más detalle cómo opera la doctrina de los actos propios en relación con las modificaciones contractuales, se presenta a continuación un

escenario todavía más complicado, y es que las propias partes hayan establecido formalidades para la modificación.

4.2.1.2 Modificación de los negocios jurídicos:

Como se mencionó en el Capítulo I de este trabajo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue elaborada por la Comisión de Derecho del Comercio Internacional de las Naciones Unidas y aprobada en Viena en 1980 (en adelante, la “Convención de Viena”).

El reto asumido al elaborar la Convención de Viena fue incluir países con tradiciones jurídicas diferentes, a pesar de que, como ya se ha visto, la noción de buena fe cumple roles distintos en dichos sistemas jurídicos. Así, la Convención de Viena ha incluido a la buena fe como mecanismo de interpretación, y propicia que se guarde coherencia durante la ejecución de los contratos; de hecho, como ya se ha señalado, contiene una referencia expresa a la doctrina de los actos propios.

El artículo 29 de la Convención de Viena se refiere además a la manera en que pueden modificarse los contratos:

“Artículo 29

- 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo de las partes.
- 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra se haya basado en tales actos”.

Interesa enfocarse en el numeral 2, según el cual, las partes pueden exigir que las modificaciones contractuales se hagan por escrito. Las modificaciones que se hagan de otra forma no surtirán efectos, a menos que quien niegue la modificación no escrita haya propiciado, con sus propios actos, que la otra parte confiara en que sí sería efectiva.

“La norma mencionada prioriza el contenido vinculatorio de la conducta de quien pretende prevalerse de los términos de un contrato, no susceptible –por expresa previsión convencional- de modificación o extinción tácita, impidiendo alegar como fundamento de la pretensión o de la oposición, las normas contractuales pactadas ab origine por escrito, si su comportamiento posterior ha generado en el cocontratante la confianza sustentada en la buena fe comercial de que las previsiones contractuales originales contradictorias con la conducta posterior no se ejecutarán” (Barbieri 1999: 768).

Es importante resaltar que esta regla refuerza la distinción conceptual entre la doctrina de los actos propios y las declaraciones negociales; específicamente la diferencia con las modificaciones tácitas del contrato. Efectivamente, la regla contenida en la Convención de Viena no consiste en conferirle validez a una modificación que no cumple con las formalidades previstas por las partes; es

decir, no se convierte una modificación tácita en una expresa. Véase el siguiente ejemplo.

A y B celebran un contrato de suministro y establecen que cualquier modificación deberá constar por escrito. El lugar en el que A debe entregar mensualmente a B los productos es X, pero al cabo de un tiempo A entrega los productos en Y. Esto último ocurre en sucesivas oportunidades. En el siguiente período mensual A exige que la entrega se realice nuevamente en X, para lo cual B no estaba preparado.

La Convención de Viena no desconoce el pacto de las partes por el cual el cambio de lugar de entrega de X a Y debe hacerse por escrito. Lo que dispone es que A queda vinculada por sus propios actos, de modo que no puede exigir a B que reciba los productos en el lugar X. Ahora bien, dado que la exigencia de modificación escrita sigue vigente, estimo que la consecuencia antes indicada opera únicamente respecto de los períodos en los cuales A generó confianza protegible en B.

“El contenido negocial permanece intacto por inadmisibilidad de la modificación tácita, pero las obligaciones emergentes del vínculo contractual inalterado que entren en contradicción con los propios actos no podrán ejecutarse de la manera que pretende el sujeto emisor de la contradicción” (Barbieri 1999: 768). El contrato no queda modificado formalmente por la falta de cumplimiento de requisitos, pero no puede restarse valor al hecho que la parte que niega la modificación se comportó de forma contraria al pacto suscrito originalmente; es decir, sugirió con su conducta que tenía un entendimiento distinto del pacto original. Posteriormente actúa bajo el influjo literal del pacto original. Esta conducta contradictoria puede rechazarse, aunque para la relación que está por desarrollarse en el futuro pueda entenderse que en efecto no hubo modificación.

A las cláusulas contractuales reguladas por el artículo 29 de la Convención de Viena se les denomina “*No Oral Modification Clauses*” o “*NOM Clauses*”. Las *NOM Clauses* permiten a una parte hacer exigible una cláusula que impide las modificaciones orales, pero no cuando haya generado confianza en sentido distinto con su propia conducta.

Podría intentarse cuestionar estas cláusulas bajo el argumento de que son paradójicas, dado que, en nombre de la libertad, las partes restringen su propia libertad para modificar su voluntad, frente a un cambio de circunstancias no previstas. También podría decirse que este tipo de cláusulas va contra la tendencia no formalista del Derecho privado, según la cual, salvo que la ley diga lo contrario, prima la libertad de forma.

A pesar de dichas objeciones, los contratantes son quienes mejor conocen o deberían conocer las razones para imponer formalidades a los cambios de las condiciones del contrato, sin que haya razón para impedirlo por ley. “Incluso si una cláusula NOM en los hechos no promueve esos objetivos razonables, el principio de libertad contractual parece sugerir que las partes deben ser libres

para incluir tal estipulación si creen que servirá para cumplir sus objetivos” (Hillman 1988: 450)¹⁴⁵.

Este tipo de cláusulas están permitidas con el propósito de que las partes se protejan a sí mismas de modificaciones orales inadvertidas o inadecuadas.

“En la práctica comercial, las partes de un contrato usualmente desean excluir la posibilidad de modificaciones informales subsecuentes. Una de las razones para preferir tal formalidad es el deseo de evitar disputas sobre la existencia o contenido de las modificaciones informales, las cuales podrían surgir de malentendidos, recuerdos defectuosos de los testigos o de falsos testimonios deliberados” (Wagner-von Papp 2010: 8)¹⁴⁶.

Frente a dos posibles soluciones extremas, la Convención de Viena contiene una solución intermedia. En efecto, de un lado, en aras de la protección de la libertad, paradójicamente se podría restringir la libertad de las partes de establecer formalidades para las modificaciones contractuales. Esa solución es inviable y no deseable. La otra solución extrema podría ser permitir que las modificaciones al contrato, por decisión de las partes al celebrarlo, necesariamente se hagan por escrito, sin importar que en los hechos las partes se hayan comportado de manera distinta. En este escenario, no podría invocarse la doctrina de los actos propios para proteger a aquella parte que confió en que para la otra no era necesario cumplir la formalidad.

La solución intermedia del artículo 29 de la Convención de Viena es que la *NOM clause* es exigible, a menos que la parte que la cuestiona haya confiado en que se produjo la modificación.

Ahora bien, dado que la doctrina de los actos propios se sustenta en el principio de la buena fe, cabe preguntarse si puede haberse generado confianza protegible cuando quien alega la contradicción de conducta brindó su conformidad a que las modificaciones contractuales deban ser formales. En otras palabras, ¿debe ser protegido quien pactó que las modificaciones sean escritas, pero luego pretende que la formalidad no se cumpla?

Planteada la pregunta en esos términos, la respuesta inmediata parecería ser negativa. En principio, la propia parte que alega haber confiado en la otra, firmó voluntariamente el pacto que exige que las modificaciones sean escritas, de modo que debería respetar el pacto, asumiendo la responsabilidad por sus propias decisiones.

Sin embargo, se trata de un problema difícil de responder, cuya solución debería depender de las circunstancias. En efecto, puede ocurrir que, en algunas

¹⁴⁵ Traducción libre de: “Even if a NOM clause does not, in fact, promote those reasonable objectives, the principle of freedom of contract seems to suggest that parties should be free to include the provision if they believe it will serve these purposes”.

¹⁴⁶ Traducción libre de: “In commercial practice, however, the parties to a contract often want to exclude the possibility of subsequent informal modifications. One of the reasons for such a preference for formality is the desire to avoid disputes about the existence or content of informal modifications, which could arise from misunderstandings, poor recollection of witnesses, or from deliberately false testimony”.

circunstancias, la otra parte, más que permanecer neutral ante la confianza o ingenuidad de la otra, haya en realidad propiciado un entendimiento basado en la supuesta modificación del contrato.

“En el contexto de una relación flexible e informal, confiar en una modificación oral puede ser razonable aunque el contrato por escrito contenga una *NOM clause* estándar. Ignorar esa confianza puede ser injusto. De otro lado, confiar en una modificación oral mal concebida y apurada, de un contrato negociado meticulosamente, que contiene una *NOM clause* destacada, puede ser irrazonable. Exigir la *NOM clause* en tales circunstancias no sería injusto” (Hillman 1988: 465)¹⁴⁷.

Como puede apreciarse, la solución intermedia que propone la Convención de Viena es la más adecuada, pues hace exigible la cláusula de no modificación oral, a menos que de las circunstancias del caso pueda deducirse que una de las partes tenía suficientes razones para confiar en que el entendimiento de la otra fue no adherirse a las formalidades pactadas. Esta solución no supone admitir que las partes han modificado el contrato por el período restante de la relación jurídica sin haber cumplido las formalidades, sino que, al amparo de la doctrina de los actos propios, en determinadas situaciones concretas se le da reconocimiento a la conducta de las partes, aunque no tenga sustento en una modificación formal.

La utilidad de la cláusula de no modificación oral es tal entre los comerciantes, que además de ser recogida en la Convención de Viena, ha sido incorporada en los Principios UNIDROIT, que como se indicó en el capítulo primero de este trabajo, son expresión de la *lex mercatoria*, y reflejan la práctica comercial internacional recopilada por expertos de sistemas jurídicos distintos. El artículo 2.1.18 de los Principios UNIDROIT señala:

“Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos”.

En los comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT, se encuentra como justificación de dicha “regla” (*soft law*), el siguiente ejemplo. “El contratista A contrata con el comprador B la construcción de una edificación. El contratista establece que toda modificación al cronograma de trabajos debe ser efectuada por escrito y el documento debe ser firmado por ambas partes. En el curso de la construcción, A remite a B un correo electrónico solicitándole otorgarle una extensión de una fecha límite específica. B acepta mediante correo electrónico. La modificación es ineficaz en tanto no existe un documento individual que contenga la firma de ambas partes” (UNIDROIT 2016: 66).

¹⁴⁷ Traducción libre de: “In the context of an informal, flexible relation, reliance on an oral adjustment may well be reasonable even when the written contract contains a boiler-plate *NOM clause*. Ignoring such reliance would be unfair. On the other hand, reliance on an ill-conceived, hurried, oral modification of a meticulously bargained contract containing a prominent *NOM clause* may be unreasonable. Enforcement of a *NOM clause* in such circumstances would not be unfair”.

La regla general es pues clara. Se debe respetar las formalidades pactadas, pero una parte está impedida de exigir las cuando su propia conducta haya hecho que la contraparte actúe razonablemente basándose en aquella (Vásquez 2018: 384). Este impedimento se deriva de un segundo ejemplo proporcionado por los comentaristas oficiales de los Principios UNIDROIT, el cual resulta muy valioso para los propósitos del presente estudio.

A, un contratista, acuerda con B, el Directorio de un colegio, la construcción de un nuevo colegio. El contrato establece que el segundo piso de la edificación tendrá suficiente capacidad de carga para soportar la biblioteca del colegio. A pesar de incluir una *no oral modification clause* en el contrato, verbalmente las partes acordaron que el segundo piso sería una construcción no portante. A completa la construcción considerando la modificación y B, luego de observar la ejecución de la construcción sin efectuar ninguna objeción, cuestiona la forma en que fue construido el segundo piso. Los comentaristas oficiales de los Principios UNIDROIT señalan que, en una situación como esa, un tribunal podría decidir que B no puede invocar la *no oral modification clause* dado que A razonablemente confió en la modificación verbal, y por ende, no es responsable por incumplimiento (UNIDROIT 2016: 66).

Como se indicó en el capítulo primero de este trabajo, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), o Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, es una herramienta de *soft law* elaborada por académicos expertos en materia de Derecho Contractual uniforme europeo. El DCFR plantea el asunto de las *NOM clauses* de forma distinta a la Convención de Viena y de los Principios UNIDROIT.

El artículo 4:105 del DCFR señala en su numeral 1 que, si una cláusula contractual dispone que para modificar un acuerdo o para terminar una relación jurídica resultante de aquel, se debe seguir cierta forma, establece solo una presunción de que tal acuerdo no está destinado a ser legalmente vinculante a menos que esté en esa forma. El numeral 2 añade que una parte puede, mediante sus declaraciones o conducta, ser imposibilitada de aplicar dicha cláusula en la medida que la otra parte haya confiado razonablemente en tales declaraciones o conducta.

La regla mencionada intenta conciliar dos posiciones vertidas a propósito de las *NOM clauses*. Ambas posiciones, tanto las que apoyan dichas cláusulas como las que se oponen a ellas, invocan el principio de libertad contractual.

“A primera vista, esto parece ser contradictorio. Una revisión más cercana indica que la contradicción se resuelve a sí misma: las posiciones opuestas se enfocan en la libertad del contrato en distintos momentos. Las posiciones favorables a la exigibilidad de las cláusulas de no modificación oral se enfocan en la libertad del contrato al momento de la elaboración del contrato original –llamémosle tiempo t1. Si las *NOM clauses* no son exigibles, denegamos a las partes en t1 la opción de pactar una *NOM clause* efectiva. Por el contrario, quienes se oponen a la efectividad de las *NOM clauses* se enfocan en la libertad contractual en el

momento de la modificación del acuerdo –llamémosle tiempo t2” (Wagner-von Papp 2010: 24)¹⁴⁸.

Como señala el autor citado, las partes ejercen su libertad contractual en el momento de pactar la cláusula de no modificación oral, pero también ejercen esa libertad en un segundo momento, cuando deciden llevar a cabo la modificación sin las formalidades previstas.

Para favorecer la aplicación a rajatabla de las *NOM clauses* y exigir que necesariamente la modificación cumpla con las formalidades previstas inicialmente, podría argumentarse que la misma exigibilidad opera cuando se trata del cumplimiento contractual; es decir, que, como cualquier otra obligación surgida del contrato, la *NOM clause* debe cumplirse sin alegar que la libertad ha sido restringida.

“Sería equivocado, sin embargo, concluir que como todos los contratos constriñen la futura libertad de las partes y como la ley permite la auto-restricción, las *NOM-clauses* son una mera aplicación de dicho principio y por tanto deben ser exigidas. La diferencia está en que en el caso de una típica obligación de hacer o no hacer algo, la futura libertad de cada parte está reducida en el sentido que no pueden alejarse unilateralmente de lo previsto en el contrato; pero en cualquier momento, las partes conjuntamente pueden decidir en cualquier momento que la obligación no necesita ser ejecutada” (Wagner-von Papp 2010: 24)¹⁴⁹.

Queda claro entonces que, para discutir la exigibilidad de las cláusulas de no modificación oral, no basta con defender su aplicación en cualquier circunstancia, como se haría frente a cualquier obligación a cargo de cualquiera de las partes. La razón es que son ambas, y no solo una de ellas, las que deciden dejar sin efecto la formalidad.

En tal sentido, si bien las *NOM clauses* gozan de reconocimiento, es posible apartarse de ellas cuando uno de los contratantes ha generado confianza en el otro de que la formalidad no sería necesaria para modificar el contrato. Tanto la Convención de Viena como los Principios UNIDROIT señalan que la modificación del contrato no puede conseguirse por vía distinta a la prevista inicialmente por las partes, pero admiten la aplicación de la doctrina de los actos propios, que, como ya se vio, no equivale a una modificación contractual. Por su parte, el DCFR parece ir todavía un paso adelante, pues considera a la *NOM clause* como

¹⁴⁸ Traducción libre de: “At first glance, this seems to be contradictory. At closer inspection, the contradiction resolves itself: the opposing views focus on the freedom of contract at different points in time. Those arguing in favour of the enforceability of *NOM-clauses* focus on the freedom of contract at the time of the drafting the original contract – let us call this point in time t1. If we do not enforce *NOM-clauses*, we deny the parties in t1 the option of agreeing on an effective *NOM-clause*. In contrast, those arguing against the enforceability of *NOM-clauses* focus on the freedom of contract at the time of the modifying agreement – let us call this point in time t2”.

¹⁴⁹ Traducción libre de: “It would be wrong, however, to conclude that because all contracts constrain the parties’ future freedom and the law enforces this self-limitation, *NOM-clauses* are just another application of this principle and must likewise be enforced. The difference is that in the case of a typical contractual promise to do or not to do something, each party’s future freedom is reduced in that they must not unilaterally deviate from the contract; but jointly the contractual parties can at any time decide that the promise need not be performed”.

una presunción, de lo que podría inferirse que a partir de los hechos de las partes podría concluirse que la modificación se ha producido sin cumplir las formalidades necesarias.

Una cláusula de no modificación oral, que establezca formalidades especiales para la modificación del contrato, debe ser en principio admitida, porque fueron ambas partes las que, en ejercicio de su autonomía privada, tomaron esa decisión. Es una decisión que incrementa los costos de transacción para modificar contratos, pero que reduce los costos de transacción, al evitar conflictos. En efecto, el proceso de implementación de una modificación formal es una garantía para las partes de que mientras ella no ocurra, el contrato mantiene sus condiciones originales, lo cual descarta posibles controversias derivadas de conductas incompatibles con la letra del contrato. Con este tipo de cláusulas las partes desean evitar discusiones sobre la ocurrencia de una modificación tácita.

La regla contenida en la Convención de Viena y en los Principios UNIDROIT es apropiada, pues, sin alterar la necesidad de que la modificación contractual sea efectiva bajo ciertas formalidades, sí dejan espacio para aplicar la doctrina de los actos propios. Véase el siguiente ejemplo.

A y B celebran un contrato que contiene una *NOM clause*, que A debe entregar productos a B en 10 entregas. A debe fabricar los productos de acuerdo con el diseño X. Luego de la primera entrega, B le pide a A que fabrique los productos con el diseño Y, no el X. A está de acuerdo, pero la modificación no se pone por escrito. A entrega los productos con el diseño Y en la segunda, tercera, cuarta y quinta entrega. B rechaza la quinta entrega y reclama por los daños generados, dado que el contrato prevé el diseño X y que cualquier cambio debe estar por escrito. Parece obvio que en tales circunstancias sería objetable obligar a A a cumplir el contrato original; después de todo, A cambió el diseño a pedido expreso de B. Para evitar tal injusticia, debe aplicarse una excepción a la cláusula de no modificación oral¹⁵⁰.

La clave para la corrección de la injusticia es tener claro dos asuntos. Lo primero, es que las partes son libres para prever que las modificaciones deben constar por escrito para ser efectivas. Lo segundo, es que la doctrina de los actos propios no tiene efectos negociales. La combinación de ambas ideas es que el comportamiento de las partes, mientras no conste por escrito, no puede modificar el contrato, pero bajo ciertas circunstancias, puede impedir a una de ellas alegar que la modificación no se ha realizado.

Entonces, en el ejemplo mencionado, B debería aceptar que la quinta entrega se haga con el diseño Y, pero podría exigir que las futuras entregas se realicen según el diseño X, que fue el previsto en el contrato (sin perjuicio de una eventual discusión por los gastos incurridos por A para alterar la producción a pedido de B).

¹⁵⁰ Ejemplo tomado de: Wagner-von Papp, p. 49.

Según Wagner-von Papp, tanto en Alemania como en Estados Unidos, las *NOM clauses* son consideradas como un punto de partida en el análisis de la exigibilidad de las formalidades. En Alemania se les da valor bajo ciertas circunstancias, como el hecho de que las partes sean comerciantes y que la cláusula haya sido individualmente negociada (Wagner-von Papp 2010: 17).

Para situaciones como esta el sistema de *common law* usa la doctrina del *equitable estoppel*, a través de la cual las cortes determinan si hubo modificaciones del contrato a través de la conducta de las partes, incluso si el pacto prohíbe las modificaciones no escritas (Oglinda 2014: 185). “La regla impide obtener una ventaja derivada de la propia incoherencia, en detrimento de la otra parte, que en buena fe, actuó sobre la base de la representación emitida” (Oglinda 2014: 186)¹⁵¹.

Debe reiterarse en este punto que el alcance de la doctrina de los actos propios, en caso de utilizarse como escudo frente a la alegación de una *NOM clause*, está limitado. Es decir, la doctrina de los actos propios no permite entender que se ha modificado el contrato si no se cumple con la formalidad exigida al momento de contratar, pero permite a la parte que confió en la conducta de la otra, que esta la mantenga y que actúe en consonancia con ella, es decir, que se comporte como si el contrato hubiese sido modificado, al menos por el período respecto del cual se generó la confianza protegible.

Aunque la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT y las cortes del *common law* pueden admitir atenuantes a la rígida aplicación de las *NOM clauses*, el artículo 1352 del Código Civil italiano impone una aproximación más rígida, según el cual, si las partes acordaron por escrito cierta formalidad para la celebración de un contrato, se presume que la formalidad es necesaria para la validez del contrato. La misma regla se aplica si se trata de la modificación del contrato. “Desde esta perspectiva, a nivel regulatorio se puede observar una propensión hacia el formalismo, pero la aplicación del principio *venire contra factum proprium* genera flexibilidad a nivel de las cortes (Oglinda 2014: 188)¹⁵².

“Aunque las excepciones basadas en la confianza limitan la efectividad de las *NOM-clauses*, es preferible dar efecto a estas cláusulas y agregar estrechas excepciones en caso de renuncia o en casos de *estoppel* (o de buena fe), en lugar de no darles ningún efecto. Las Cortes están suficientemente enteradas de que la excepción no debe convertirse en la regla, y serán cuidadosas de limitar la excepción dentro de límites restringidos, aplicando un riguroso test para evaluar si se cumple con los requisitos de confianza razonable, y limitando las consecuencias de la excepción a lo estrictamente necesario” (Wagner-von Papp 2010: 55)¹⁵³.

¹⁵¹ Traducción libre de: “The rule prevents obtaining an advantage due to own incoherence, to the detriment of the other party which, in good faith, based on the representation thus issued”.

¹⁵² Traducción libre de: “From this perspective, at the regulatory level one can notice a propensity towards formalism, but the application of the principle *venire contra factum proprium* generates a flexibility at court level”.

¹⁵³ Traducción libre de: “Even though the reliance-based exceptions limit the effectiveness of *NOM-clauses*, it still seems preferable to give effect to *NOM-clauses* and add a narrow exception for waiver or *estoppel* cases (or good faith), rather than to give no effect to *NOM-clauses* at all. Courts are sufficiently aware of the problem that the exception should not swallow the rule, and will be careful to confine the exception within narrow bounds by applying both a strict test to the

La rigidez contenida en el Código Civil italiano ha sido acogida en el artículo 1411 del Código Civil peruano, según el cual, se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad¹⁵⁴.

Esta norma contiene tres reglas importantes. La primera, que las partes son libres para fijar, por escrito, formalidades necesarias para celebrar un contrato, incluyendo su modificación. La segunda regla es que la ley ha creado una causal de nulidad que opera por remisión a un pacto contractual. Finalmente, la tercera regla es que la necesidad de formalidad para la validez del contrato o de su modificación, es una mera presunción. Me voy a detener en la tercera regla, enfocándola a la modificación contractual.

Cabe preguntarse si la presunción de que la formalidad prevista por las partes es necesaria para la modificación del contrato es *iure et de iure* o es *iuris tantum*. De ello dependerá si se admite prueba en contrario.

“Como se aprecia, la norma vigente crea una presunción interpretativa a favor de la naturaleza constitutiva de la cláusula de formalidad. Al respecto, es universal en doctrina nacional considerar que se trata de una presunción *iuris tantum* (Arias-Schreiber, 2006 p. 169; De la Puente, 2007, p. 148; Gutiérrez, 2008, p. 332), razón por la cual la parte interesada se encontrará en posibilidad de acreditar que la común intención de las partes fue introducir una cláusula probatoria o una integrativa” (Vásquez 2018: 387).

Coincido con los autores citados en que se trata de una excepción *iuris tantum*, de modo que cabe prueba en contrario. En mi opinión, la prueba en contrario puede conducir a dos caminos. El primero es que la presunción permite probar que la formalidad prevista por las partes no es indispensable para dar lugar a una modificación contractual válida; es decir, podría demostrarse que la formalidad es un medio de prueba y no de validez de la modificación, de modo que la modificación es, aunque no cumpla la formalidad pactada. En cambio, el segundo camino permite aplicar la doctrina de los actos propios, sin necesidad de validar ninguna modificación. Así, la segunda presunción posible es que, aunque no haya modificación válida por la falta de cumplimiento de la formalidad, la parte afectada puede invocar la doctrina de los actos propios sobre la base de la confianza generada según las circunstancias.

Los contratos de obra sirven como ejemplo para ilustrar los desafíos que presenta el artículo 1411 del Código Civil, pues suelen traer en la práctica numerosos problemas derivados de su aplicación. Suele ocurrir que para la modificación del contrato se prevé el cumplimiento de ciertas formalidades, pero estas son omitidas por decisiones tomadas en plena ejecución, por necesidad o por cambios de opinión, respecto de las cuales una parte tiene la iniciativa y la

requirements of reasonable reliance, and by limiting the consequences of the exception to the extent required”.

¹⁵⁴ El artículo 1352 del Código Civil italiano señala: “*Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo*”.

otra presta su anuencia, pero sin formalidades escritas. Respecto de estas situaciones se ha señalado:

“El razonamiento es el siguiente: si las partes hubiesen tenido la común intención de estipular una cláusula constitutiva, la variación tácita o disforme –como negocio eventual– habría sido nula, por lo que ninguna de las partes debió haberla ejecutado. Sin embargo, no resultaría razonable (ni diligente) entender que comitente y contratista han consensuado y ejecutado pacíficamente trabajos que en realidad jamás fueron vinculantes.

En otras palabras, si las actividades no contratadas (pero que apuntaban a serlo) fueron desenvueltas por ambas partes, y no se acredita ningún error, es porque ambas entendieron que existía un cambio obligatorio.

Ante tal situación, la cláusula de formalidad debería asumir una calificación compatible con la operatividad de la ejecución –conjunta y no objetada– de la variación. Tal propósito se cumpliría atribuyéndole al pacto una eficacia no constitutiva, de manera que no interfiera –mediante el *efecto inhibitor*– con la incorporación del cambio en la relación jurídica material” (Vásquez 2018: 408).

Si se interpreta que el artículo 1411 del Código Civil genera una presunción respecto de la cual cabe pacto en contrario, puede encontrarse soluciones justas. De un lado, puede sostenerse que las circunstancias prácticas son lo suficientemente fuertes como para demostrar que se ha producido la modificación del contrato, aunque el consenso para ello no conste por escrito. De otro lado, podría encontrarse una solución menos radical, según la cual deba protegerse la confianza generada a favor de una de las partes sobre la base de la doctrina de los actos propios, sin llegar a sostenerse que el contrato se ha modificado. En este caso no se pretende sanar un acto inválido, sino limitar la pretensión de la parte que invoca la formalidad.

Un ejemplo simple, despejando los detalles concretos, puede ilustrar la diferencia. Un propietario contrata la construcción de un inmueble de un piso. Se indica que cualquier modificación debe constar por escrito. En los hechos, el contratista propone la construcción de un segundo piso, luego de comprender las necesidades del dueño. Este último no solo entiende que es una buena idea, sino que además le otorga un adelanto, con el cual el constructor termina una sección de la segunda planta. Si el propietario se niega a pagar la diferencia, el contratista tiene dos opciones.

La primera, es demostrar que el contrato fue modificado y que por tanto el propietario está obligado a permitir y a pagar la construcción completa de la segunda planta. Ello supone demostrar que ha habido modificación del contrato, aunque no se hayan cumplido las formalidades. La segunda opción es, de acuerdo con las circunstancias, exigir el pago restante por la habitación terminada, alegando que, si bien el contrato no fue modificado por falta de formalidades, la doctrina de los actos propios lo protege, pues el propietario, con su propia conducta, generó confianza protegible en que aceptaría la nueva construcción. Nótese que, a diferencia de la modificación, esta segunda opción no avala la construcción completa de la segunda planta, pero sí la retribución por

el avance ejecutado, lo que incluye los gastos previsibles hasta el momento en que la confianza es protegible¹⁵⁵.

Con una solución como esta, amparando la confianza, pero sin modificar el pacto por la falta de formalidad, se logra dos objetivos: de un lado, que el resultado sea justo para la parte que confió, y de otro lado, ser coherente con el principio de conservación.

“Según Stella Richter este principio responde a la circunstancia que en un Ordenamiento que reconoce la autonomía privada en una muy amplia medida resulta indispensable la exigencia lógica de conservar al máximo la actividad negocial, manteniéndola también en vigor allí donde sea posible ante una fórmula ambigua, permitiendo de esta forma la realización del fin práctico perseguido por las partes” (Rodríguez Russo 2011: 261-262).

En efecto, el principio de conservación del negocio busca la preservación, en cuanto fuera posible, de las iniciativas individuales, buscando “favorecer la pervivencia del contenido del acto de autonomía privada no afectado directamente por la causal de invalidez en la medida que el impacto no hubiese recaído sobre aspectos esenciales según la operación concreta” (Vásquez 2018: 395-396).

Aunque este principio no se ha formulado explícitamente, sí informa el ordenamiento jurídico, pues es el que inspira las reglas de nulidad parcial, la posibilidad de confirmar actos anulables, la posibilidad de que el acto disimulado de la simulación relativa tenga validez, etc. “Es pues la esterilidad negocial lo que se pretende evitar con la aplicación de esta regla, que revela el deseo del legislador de preservar, hasta donde sea procedente racional y jurídicamente, los efectos del negocio jurídico” (Rodríguez Russo 2011: 271).

Por supuesto, para llegar a la solución del ejemplo antes mencionado, debe partirse de la premisa que existe una presunción. Es decir, si las partes deciden que un contrato debe modificarse por escrito, la ausencia de esta formalidad genera en principio la nulidad de la modificación. Quien sostenga algo distinto – que la modificación fue tácita o la doctrina de los actos propios le ampara- deberá acreditarlo. Esta carga probatoria no puede evitarse en aras del principio de conservación.

En este punto debe recordarse que, en principio, la doctrina de los actos propios no puede penetrar una defensa de la contradicción basada en la nulidad de un contrato. Como ya se ha indicado, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil peruano no restringe la posibilidad de invocar la nulidad a quienes celebraron el negocio. Pese a ello, la doctrina de los actos propios, sustentada en el principio de buena fe, puede detener una alegación de nulidad si las circunstancias del caso hacen evidente que no hacerlo sería manifiestamente injusto.

¹⁵⁵ De hecho, en la práctica, en situaciones como esta se suele además acudir al remedio del enriquecimiento sin causa para hacer frente a las consecuencias económicas que se producen.

4.2.1.3 Conducta interpretativa:

El comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato es un criterio para entender lo que ellas quisieron al celebrarlo. La manera en que ambas se comportaron permite al intérprete –las propias partes, el juez o incluso terceros– una mejor comprensión de aquellas cláusulas cuyo sentido es dudoso.

Las partes pueden hacer un trabajo interpretación auténtica si a través de un nuevo negocio jurídico recogen el entendimiento común resultante de la ejecución. Sin embargo, no es necesario celebrar un nuevo contrato para dar cuenta de cuál es su real intención conjunta. En efecto, puede ocurrir que la interpretación común derive del comportamiento de las partes. Por ejemplo, si no es claro el lugar de pago, la conducta de las partes sobre los pagos ya efectuados puede dejar entrever qué pactaron cuando de las cláusulas del contrato ello no se desprende con claridad.

Es importante destacar que la conducta como criterio de interpretación del contrato debe ser común a ellas. Tiene razón Borda al decir que es necesario “que sean actos comunes a ambas partes, o bien, actos ejecutados por una de ellas, pero con el asentimiento, aquiescencia o aceptación de la otra” (Borda 2017: 127). De la misma opinión es Díez-Picazo:

“Sin embargo, para que en rigor, pueda hablarse de un “comportamiento interpretativo”, es menester no solamente que los actos realizados sean relevantes, en relación con la intención que de ellos ha de deducirse y con el sentido negocial que de ellos se trata de obtener, sino también que sean actos comunes a ambas partes, cuando se trate de un negocio jurídico bilateral o que, si han sido ejecutados por una sola de ellas, hayan merecido la aceptación, el asenso o la aquiescencia de la otra” (Díez-Picazo 2014: 223-224).

La conducta de ambas partes puede servir, entonces, para desentrañar el significado del contrato. Debe quedar claro, no obstante, que una vez determinado su significado usando como insumo la llamada “conducta interpretativa” de ambas partes, la razón por la cual dicha conducta debe mantenerse no es la doctrina de los actos propios, sino la obligatoriedad del contrato.

Efectivamente, el no poder apartarse de su actuación previa deriva de la fuerza negocial que las partes han dado a la interpretación conjunta. A primera impresión parecería que la alteración de esa conducta permite invocar la doctrina de los actos propios por ser esa variación contraria a la buena fe.

Sin embargo, la doctrina de los actos propios es una herramienta distinta a la interpretación del contrato, aunque la diferencia pueda ser sutil en los hechos. “En el primer caso, se centrará en determinar si medió una contradicción o apartamiento conductual relevante entre un comportamiento y otro (anterior y ulterior, respectivamente), para lo cual examinará el grado de confianza suscitado (*prius*) y su real quebrantamiento (*posterius*)” (Jaramillo 2014: 242). En cambio, para llevar a cabo la actividad de interpretación, lo que debe encontrarse es la intención común de las partes, hasta donde sea razonablemente posible.

No solo se trata de dos herramientas distintas, sino que los resultados son también diferentes. La interpretación a partir de la conducta de ambas partes permite identificar a qué se comprometieron y por tanto cuál es el alcance de sus obligaciones, de modo que, si una de ellas actúa en sentido distinto al interpretado, en realidad está contrariando el texto del contrato, lo está incumpliendo, y por tanto se expone a los remedios que la otra parte tiene a disposición, como la aplicación de penalidades o la resolución del contrato, por ejemplo.

En cambio, la invocación exitosa de la doctrina de los actos propios permite a quien la alega oponerse a la contradicción por la otra parte de su propia conducta, cuando su actitud original generó confianza en que se mantendría en el tiempo. El texto del contrato podría incluso respaldar a quien se contradijo, pero en la circunstancia concreta, en aquella en la cual hizo confiar legítimamente a su contraparte, estará impedido de ejercer el derecho que le ampara. Lo podría hacer más adelante, cuando la confianza se haya agotado y mientras el marco temporal del contrato deje espacio para ello.

Como consecuencia de lo anterior, no se necesita la doctrina de los actos propios para acudir al comportamiento interpretativo como directiva hermenéutica que vincula a los sujetos de la relación. “Queremos significar con ello, que no es menester acudir a la doctrina del acto propio para declarar la inadmisibilidad de una pretensión que desatienda el inescindible vínculo que crean los actos de las partes en punto a la interpretación de la intención, pues sus reglas poseen alcance normativo” (Morello 1985: 62).

Discrepo entonces con quienes asignan a la doctrina de los actos propios la virtud de desentrañar el verdadero sentido del contrato. Debe recordarse que la doctrina de los actos propios no tiene carácter negocial, que sí es inherente a la interpretación contractual, sino que se sustenta en el principio general de la buena fe y tiene como fuente directa la confianza generada en el destinatario de la conducta. Por tanto, es equivocado sostener “que el uso de los actos propios se presenta como una herramienta importante en la interpretación de los contratos, teniendo en cuenta que entendemos como interpretación, la operación que busca el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual” (Bernal 2010: 255).

Hasta este punto se ha mencionado la diferencia entre la conducta interpretativa y la doctrina de los actos propios, pero hay una segunda diferencia que vale la pena mencionar. La conducta interpretativa sirve para explicar lo que significa el contrato, sin modificarlo. La modificación tácita, también a través de la conducta de las partes, no equivale entonces a la interpretación del contrato a través del comportamiento de las partes.

En tal sentido, aunque la distinción en la práctica puede ser muy sutil, debe diferenciarse entre tres nociones: conducta interpretativa, modificación tácita del contrato y la doctrina de los actos propios.

Las dos primeras categorías tienen carácter negocial. En efecto, las partes con su conducta pueden explicar el significado del contrato o pueden modificarlo, en

cuyo caso, la contradicción futura del comportamiento supondría un incumplimiento contractual. Así, la modificación tácita no se refiere a cómo creen las partes que puede ejecutarse un contrato, sino que altera las condiciones previstas por ellas porque lo han decidido conjuntamente.

En cambio, la doctrina de los actos propios es un remedio que no altera el significado que las partes quisieron darle al contrato en el momento de celebrarlo o en un momento posterior, sino que protege a la parte que tuvo buenas razones para confiar en que la otra sería coherente con su primera conducta vinculante.

Dicho con otras palabras, la doctrina de los actos propios no genera coincidencia de voluntades sobre cómo se debe cumplir el contrato o sobre cómo debe ser modificado. La doctrina de los actos propios supone que una de las partes induce a la otra a confiar en que la manera en que estaba ejecutando el contrato le era permitida, incluso contra lo previsto expresamente. La doctrina de los actos propios no permite pues modificar el contrato, ni definir lo que ambas partes creen que dice el contrato, sino que protege a la parte que confió en que su conducta era tolerada por la otra, independientemente de lo que diga el contrato.

La distinción teórica entre las tres categorías –conducta interpretativa, modificación tácita y doctrina de los actos propios- no es siempre fácil de identificar en la práctica. Es más, en algunos casos la diferencia puede ser imperceptible.

Un ejemplo simplificado permite esclarecer la diferencia conceptual en la práctica. Se trata del caso antes mencionado, en el cual el arrendatario de la finca rústica pacta con el propietario una fecha de pago de la renta anual, pero debido a la desconexión entre el momento de pago previsto en el contrato y el de recepción de fondos por parte del arrendatario, este le pide al dueño pagar la renta luego de la cosecha. Este permiso es solicitado una vez, pero en los años que siguen el asunto no se vuelve a mencionar. Ocurre que el arrendatario paga la renta anual después de la cosecha sin respetar la fecha pactada y sin que el arrendador proteste por ello. Luego, este último cambia de opinión y exige el cumplimiento estricto, en el momento indicado en el contrato.

Imagínese que el contrato dura diez años, que por dos años se pagó la renta anual en la fecha prevista y que por los siguientes cuatro se pagó luego de la cosecha. En el séptimo año el arrendador reclama el pago en la fecha pactada, anterior en seis meses al momento de la cosecha. El arrendatario tiene tres opciones para negarse al pago “adelantado”. La primera, sostener que el contrato se ha modificado. La segunda, afirmar que en realidad el momento de pago no era claro, y la tercera, aducir la doctrina de los actos propios.

Alegar la modificación del contrato supone demostrar que las partes han celebrado tácitamente un nuevo contrato, que consiste en alterar la fecha de pago, de modo que, por el plazo restante del contrato, la renta anual debe pagarse siempre después de la cosecha, no antes. Sostener esta posición no es tarea sencilla, pues ello pasaría por demostrar que la anuencia al pago retrasado en los años anteriores reflejaba la intención de que todos los pagos futuros se

hagan de esa manera. A menos que haya comportamientos más elocuentes en tal sentido, una alegación como esta no prosperaría.

La segunda alternativa es aducir que, con la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, quedó demostrado que el contrato previó una fecha de pago conectada con el momento en que el arrendatario recogía la cosecha. En esta línea argumentativa, la conducta de las partes en ejecución habría servido para interpretar el texto del contrato. El problema de esta alegación es que solo puede construirse sobre la base de un contrato poco claro. Si la cláusula que regula la fecha y modo de pago es clara y precisa, no hay necesidad de observar la conducta de las partes para desentrañar su sentido. Las partes pueden cumplir con lo indicado de manera estricta o apartarse de ello, pero, de todos modos, ante la claridad del texto, el comportamiento de las partes no es necesario para explicar su sentido. En el ejemplo, si el momento de pago estaba indicado con una fecha precisa, el hecho que los pagos se hayan realizado después de la cosecha no agrega claridad a la cláusula. En tal sentido, el camino para resolver el caso no puede ser el de la interpretación del contrato a partir de la conducta de las partes.

Finalmente, la tercera posibilidad del arrendatario para negarse a pagar en la fecha indicada en el contrato en el séptimo año, es alegar la aplicación de la doctrina de los actos propios, como ocurrió en el caso real antes citado. El asunto fue tan discutible, que mientras la corte alemana aplicó la doctrina de los actos propios, la corte española la desestimó. Lo importante en este asunto es que, siempre que se demuestre el cumplimiento de los requisitos para aplicarla – siendo la confianza generada en una de las partes el más complicado de acreditar- debe tenerse claridad sobre los efectos de la aplicación.

A diferencia de la modificación tácita o de la conducta interpretativa, que tienen carácter negocial, la doctrina de los actos propios no ofrece un remedio derivado de lo dispuesto en el contrato, como la obligación de cumplirlo. Lo que permite es que la persona contra la cual se alega no obtenga un beneficio derivado de su propia contradicción. En el ejemplo mencionado la consecuencia no es la modificación del contrato, cuya fecha de pago está determinada, sino que el arrendador no puede exigir el pago en esa fecha y debe esperar el momento de la cosecha para recibirlo; pero ello, únicamente respecto del período por el cual se generó la confianza protegible. Dado que la renta es anual, ello solo operaría por el séptimo de los diez años de duración del contrato. En los últimos tres años del contrato la renta tendrá que pagarse conforme está escrito.

Otro ejemplo interesante es el caso en el cual un transportista prestaba servicios a una empresa de extracción de minerales. La empresa estaba facultada para poner fin al contrato al cabo del primer año. Durante el primer año, luego de que la empresa extractora informara al contratista de su interés en aumentar la capacidad de extracción el año siguiente, el transportista anunció la costosa inversión en maquinaria pesada que pensaba efectuar. Además, la empresa hizo comentarios técnicos en relación con la intención de compra de más maquinaria por parte del transportista. Este último comprometió su capacidad operativa en este contrato, al punto que se abstuvo de contratar con otras empresas. A pesar

de lo anterior, el transportista recibió una comunicación por la que el contrato fue terminado.

El transportista demandó a la empresa sobre la base de la doctrina de los actos propios. Los autores que han comentado el caso, sostienen que la demanda debía ser amparada, y que se aplica la doctrina de los actos propios debido a que la conducta de la empresa extractora de minerales que contrató al transportista contenía una “manifestación de voluntad” (Muñoz y Oyarzún 2017: 74).

Sin conocer todos los detalles del caso, puede sostenerse que dicha posición presenta un problema, y es que el caso más parece uno de responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de tratativas, durante las cuales se habría generado confianza razonable en que el contrato se renovarían, y que por tanto cabría una indemnización que cubriera el llamado “interés negativo” para recuperar la inversión realizada en vano.

Es importante reconocer la diferencia entre la doctrina de los actos propios y la modificación tácita o la conducta interpretativa. Como ya se ha explicado, la invocación de la doctrina de los actos propios es excluyente de cualquier remedio negocial. En tal sentido, sostener que se aplica la doctrina de los actos propios es incompatible con alegar que hubo declaraciones tácitas de las partes para modificar el contrato, por ejemplo.

En el caso indicado, si se aplica la doctrina de los actos propios para impedir que la empresa extractora de minerales termine el contrato con el transportista, no es necesario sostener que en realidad con el intercambio de comunicaciones las partes modificaron tácitamente el contrato.

Los autores Muñoz y Oyarzún sostienen que en tal caso se aplica la doctrina de los actos propios debido a que la conducta de la empresa que contrató al transportista contenía una “manifestación de voluntad”. Cabe preguntarse en este punto si con esto se referían más bien a la existencia de un acto jurídico celebrado tácitamente, que prorrogó la vigencia del contrato. Como ya se indicó, esto último es incompatible con la doctrina de los actos propios.

Para contestar la pregunta, antes se debe responder otra. ¿La manifestación de voluntad supone necesariamente una declaración de voluntad? La manifestación de voluntad supone la expresión de un querer por parte de un sujeto y genera los efectos jurídicos que determine la ley. Por ejemplo, el reclamo del pago da inicio al retraso relevante para el Derecho, a través de la constitución en mora. En cambio, para que se produzcan los efectos jurídicos que desean las partes es necesario que la voluntad sea declarada, dando lugar a un negocio jurídico. En el caso de un contrato, es necesario entonces que ambas partes consientan, a través del cruce de sus declaraciones, en autorregular sus intereses en un determinado sentido.

Si con “manifestación de voluntad” los autores se referían en realidad a una declaración recepticia, al parecer se habrían referido a la modificación del contrato, que no podría ser terminado puesto que el cruce de correspondencia

no lo permitía. De ser así, lo que correspondería es que el transportista alegue que la empresa extractora perdió la oportunidad de resolver el contrato al final del año; no que se aplica la doctrina de los actos propios.

En cambio, si con “manifestación de voluntad” los autores se refieren a que la empresa extractora expresó su interés en renovar el contrato, al punto de generar en el transportista confianza razonable en que ello ocurriría, sí podría invocarse la doctrina de los actos propios. En efecto, en este caso no habría mediado una declaración que forme parte del contrato y sus vicisitudes, como su interpretación o modificación.

Las distinciones teóricas antes anotadas entre la doctrina de los actos propios, la modificación tácita del contrato y la conducta interpretativa, pueden ser perceptibles únicamente en el cielo de los conceptos jurídicos (Von Ihering 1987), sin ningún reflejo práctico, si nos aproximamos a ellas solo conceptualmente y sin darles soporte en los hechos.

La única forma de saber si el arrendatario de la finca rústica o el transportista de los minerales extraídos pueden invocar la doctrina de los actos propios o más bien alegar que su pedido tiene sustento en el contrato, es revisando los hechos de manera minuciosa. Las sutilezas pueden ser imperceptibles y muchas veces los actores y juzgadores se encontrarán en el dilema de elegir uno de los caminos, el que le parezca que tiene mayor sustento, y de manera subordinada.

Es posible que los hechos del caso no permitan definir a ciencia cierta si el contrato no era claro y la conducta de las partes permitió interpretarlo, o si más bien el texto era claro, pero una de las partes se apartó de él generando confianza en la otra parte en que mantendría su comportamiento. Si la distinción no es posible, los protagonistas del caso deberán articular su defensa optando por una u otra alternativa; incluso planteándolas de manera subordinada.

A pesar de la distinción conceptual entre la interpretación de un contrato mediante la actuación de las partes y la doctrina de los actos propios, con la modificación del Código Civil argentino en 2015, el artículo 1067 ha quedado redactado de la siguiente forma: “La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”. La norma ha sido comentada en el siguiente sentido:

“La norma impone al intérprete orientar sus valoraciones en el sentido de proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, desestimando como admisibles aquellas ponderaciones que validen una conducta que, por entrar en contradicción con otra anterior de la parte de la que emana, resulta jurídicamente inadmisibles.

Para que la conducta anterior pueda considerarse contradictoria con la actual, ella debe partir del mismo sujeto y ser jurídicamente relevante; esto es, no viciada, vinculada con la misma relación jurídica de la que se trate y a algún aspecto importante de ella, no a una cuestión accesoria o tangencial” (Caramelo 2016: 457).

Más adelante se analizará si es o no conveniente que la doctrina de los actos propios sea incluida expresamente en la regulación civil, pero lo cierto es que el legislador argentino tomó la decisión de hacerlo. Y lo hizo a propósito de una regla de interpretación. Sin embargo, el requerimiento de coherencia en el actuar a partir de la doctrina de los actos propios es exigible no como una herramienta de interpretación del compromiso de las partes. Aquel que actúa contradiciendo la obligación que resulta de una labor hermenéutica, en el fondo estaría incumpliendo el contrato y no sería necesario acudir a la doctrina de los actos propios.

La doctrina de los actos propios “apunta a un tipo de situaciones en las que siendo legal, o ajustada a derecho, la común interpretación o aplicación de una declaración de voluntad negocial, esta provee una acción u omisión injusta, en tanto esa acción u omisión contradice la conducta previamente observada y las expectativas que, de buena fe, se habían generado a partir de ella” (Ortiz 1991: 275).

Apartarse de la obligación derivada del contrato, según lo que se interprete de él constituye un incumplimiento. En cambio, se puede invocar la doctrina de los actos propios cuando se ha actuado de una forma que parece ajustarse a derecho.

4.2.1.4 Renuncia de derechos:

Hasta este punto se ha hecho referencia a dos figuras negociales respecto de las cuales debe distinguirse la doctrina de los actos propios: la modificación tácita del contrato y la conducta interpretativa. La renuncia de derechos es también una expresión de voluntad con carácter negocial, que en los hechos puede confundirse con la doctrina de los actos propios, a pesar de las distinciones conceptuales.

El análisis referido a las mencionadas figuras negociales es replicable respecto a la renuncia, pues esta emana también de un negocio jurídico a través del cual se abdica de un derecho. La renuncia supone un acto positivo por el que se declara la voluntad de perder el derecho del que se goza. “Renuncia en sentido lato es la dejación de una ventaja jurídica mediante una declaración de voluntad dirigida a tal efecto. Esta ventaja puede ser un derecho o resultar, sin que medie un derecho, de una regla jurídica que surte efecto a favor de alguien [...]” (Ennecerus 1935: 36).

Dado que la renuncia supone el abandono voluntario de un derecho, podría generarse escepticismo sobre la existencia de una renuncia tácita de derechos. Frente a la duda hay que responder que la renuncia tácita es posible, tanto como lo es un contrato en el que se asumen importantes obligaciones de manera tácita. Lo que no debe perderse de vista es que quien sostiene que un derecho ha sido abandonado como consecuencia de una renuncia, tiene la carga probatoria de acreditar que en efecto ello ocurrió, sea porque así se ha dicho expresamente o porque el comportamiento desplegado apunta en ese sentido.

En efecto, si es claro que una parte desea abandonar un derecho propio, no hay impedimento para que esto ocurra de manera tácita. Así pues, mediante la renuncia tácita expresada con sus acciones, un sujeto revela su intención de perder un derecho. Si luego decide ejercerlo se estaría contradiciendo. Frente a esta actitud contradictoria, la contraparte puede alegar que el derecho ya no existe y que por tanto el reclamo derivado de él es un imposible jurídico.

En una situación similar, también con su propia conducta, el mismo sujeto tolera una actuación de la contraparte en cierto sentido, que incluso se aparta del texto expreso del contrato, generando confianza en que dicha conducta se mantendría en el tiempo. Si decide contradecir su actitud anterior, la contraparte podría alegar la doctrina de los actos propios.

Nótese que, en el primer caso, la contraparte alega que el derecho ya no existe porque se renunció a él, y en el segundo caso, la contraparte invoca la doctrina de los actos propios.

Tiene razón Borda al señalar que la renuncia tácita es una manifestación de voluntad consistente en la abdicación de un derecho subjetivo, mientras que la doctrina de los actos propios sanciona el comportamiento contradictorio (Borda 130).

También estoy de acuerdo con Díez-Picazo en que la renuncia, expresa o tácita, supone un acto negocial, mientras que en la doctrina de los actos propios no se valora la voluntad negocial sino el sentido objetivo de los actos. Efectivamente, “No se decreta la inadmisibilidad de la conducta contradictoria para vedar un cambio de voluntad, sino para vedar una consecuencia que es objetivamente inconciliable con la buena fe” (Díez-Picazo 2014: p. 230).

En esta misma línea, Stiglitz afirma:

“La diferencia esencial consiste en que la renuncia denota un acto que requiere una manifestación de voluntad exterior, que tiene como fin el abandono o abdicación de un derecho propio en favor de otro, en cambio la doctrina del acto propio se traduce en una decisión jurisdiccional que declara la inatendibilidad de una pretensión, o sea del ejercicio de un derecho, en tanto exhibe una contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, se atribuye a una conducta precedente y propia” (Morello 1985: 62-63).

Por supuesto, la distinción teórica antes señalada no enerva que en la práctica se den supuestos de hecho que inducen a confundirlas. Como se ha dicho, debido a su carácter negocial, la renuncia supone declarar la voluntad de abandonar un derecho, mientras que la doctrina de los actos propios supone que una pretensión sea desestimada por ser contradictoria con el sentido que objetivamente y de buena fe se debe atribuir a una conducta propia anterior.

Es más, la posibilidad de alegar que en virtud de la renuncia se ha perdido un derecho, emana de la voluntad del renunciante; es decir, gracias a que el renunciante decidió y declaró su interés en abdicar de un derecho, la contraparte está legitimada a exigir que se declare que en efecto el derecho se ha perdido. En cambio, en la doctrina de los actos propios, el efecto emana del ordenamiento

jurídico, independientemente de cuál haya sido la voluntad de quien se contradijo; es decir, el sistema jurídico repudia la contradicción, salvo que esta esté justificada.

Además de diferir en cuanto a su origen –voluntario o normativo- también difieren en relación a los efectos que producen. La renuncia supone que el derecho se extingue, y por tanto no se puede ejercer ni en la oportunidad en que se invoca ni en ninguna otra posterior. En cambio, la doctrina de los actos propios impide ejercer un derecho en un determinado litigio y circunstancias, de modo que “no prejuzga la suerte de las futuras pretensiones que del mismo derecho puedan dimanar” (Díez-Picazo 2014: 231).

Esto implica que una decisión judicial puede aplicar la doctrina de los actos propios debido a que se produjo una “tolerancia calificada” que impide que sea contradicha posteriormente, sin que por ello el derecho involucrado se haya extinguido, de modo que su vigencia puede discutirse en un proceso posterior.

Pese a todo lo anterior, ambas figuras son fácilmente confundibles en la práctica. En una conocida sentencia del 27 de diciembre de 1894, el Tribunal Supremo Español aplicó la doctrina de los actos propios en un caso que involucró un albacea que cumplió las funciones que le encomendaron, repartió el legado y acto seguido renunció expresamente, tanto como albacea como en su propio nombre y derecho, a plantear reclamos por cualquier concepto frente al heredero. A pesar de esta declaración, pretendió cobrar al heredero los honorarios como médico por haber atendido al difunto. El heredero se defendió indicando que la pretensión de pago de los honorarios por servicios médicos es un acto contrario a la doctrina de los actos propios. Los jueces le dieron la razón, pero está en lo cierto Díez-Picazo al comentar que este caso no debió analizarse bajo el prisma de la doctrina de los actos propios sino de la renuncia de derechos, dado que “la doctrina de los propios actos sólo puede ser un instrumento útil de la técnica jurídica, si la aislamos de la tesis de la eficacia vinculante de los negocios jurídicos” (Díez-Picazo 2014: 228).

En el caso antes indicado la distinción entre la doctrina de los actos propios y la renuncia no era tan sutil y podía apreciarse en la práctica, considerando que el albacea expresó su voluntad de renunciar a formular reclamos contra el heredero. En todo caso, podría haberse discutido si los honorarios por los servicios profesionales prestados, que no tenían que ver con la sucesión testamentaria, estaban comprendidos en la renuncia.

Hay otros casos en los cuales la distinción práctica es difícil de entender en los hechos. Esta dificultad fáctica es la que ha llevado a explorar la posibilidad de que “todos los casos de renuncia tácita sean tratados, no desde el punto de vista de la teoría de la renuncia, sino desde el punto de vista de los actos propios, esto es, no incluyendo la doctrina de los actos propios en el seno de la teoría de la renuncia de derechos sino al revés, excluyendo de la teoría de la renuncia la renuncia tácita, para incorporarla a la doctrina de los actos propios” (Díez-Picazo 2014: 229).

Sin embargo, el propio Díez-Picazo discrepa de esta solución, pues para ser consecuentes con este planteamiento, habría que llevar a la doctrina de los actos propios no sólo la renuncia tácita, sino todas las declaraciones tácitas de voluntad. Para ser coherentes habría que decir que no es posible la modificación tácita de un contrato, como tampoco la renuncia tácita, de modo que cuando se presenten todos los indicios de que ambas partes quisieron con su comportamiento modificar un contrato, en caso una de ellas lo desconozca, la otra parte debería invocar la doctrina de los actos propios y no que el contrato se ha modificado, por ejemplo.

Para evitar ese despropósito, lo mejor es reconocer y preservar la diferencia entre los actos con efecto negocial, que no admiten la contradicción porque esta supone un incumplimiento, de los casos en que la incoherencia es inadmisibles porque es contraria a la buena fe. En el primer caso, la discordancia está prohibida durante todo el plazo del contrato. En el segundo caso, el impedimento de contradecirse se mantiene solo mientras dure la confianza producida por la tolerancia o por determinada conducta. En tal sentido, es posible que, en determinada situación, una parte se vea impedida de ejercer un derecho, no por haber renunciado a él o porque el contrato se lo prohíba, sino porque hacerlo en ese momento es contrario a la buena fe. En el futuro, en las siguientes etapas de ejecución contractual –y eliminada la situación de confianza- podría ejercerlo, porque no ha renunciado a él y el contrato lo ampara.

Vuelvo al ejemplo del arrendamiento de finca rústica. El contrato se celebra por diez años; en los dos primeros se paga la renta anual en la fecha precisa pactada; en los cuatro siguientes años se paga después de recibida cosecha (por haberlo solicitado el arrendatario en el tercer año). Ante la pretensión del arrendador de cobrar en el año siete en la fecha prevista, las cortes alemanas ampararon la invocación de la doctrina de los actos propios. Son dos los escenarios según se plantee como mecanismo de defensa la doctrina de los actos propios o la renuncia de derechos.

Si se defiende la tesis de la doctrina de los actos propios, esta permitiría al arrendador pagar la renta anual del año siete después de recibida la cosecha, pero del octavo año en adelante, el contrato debería seguir ejecutándose tal y como fue literalmente previsto. La razón es que la confianza, que es el sustrato de la defensa, ya se habría agotado.

Si se defiende la tesis de la renuncia, el arrendatario debería demostrar que cuando el arrendador dio su anuencia o al menos no reclamó por el pago después de la cosecha a pesar de no haber mediado autorización expresa previa, en el fondo renunció a su derecho a cobrar en la fecha prevista. Para ser consistentes con esta posición, habría que llevarla hasta el final y sostener que el arrendador podrá reclamar el pago de la renta anual solo después de la cosecha, por todo el plazo pendiente del contrato.

La distinción práctica es todavía más difícil si por las particularidades del caso ya no hay más oportunidades de ejecutar el contrato del modo pretendido por quien se contradice. En el ejemplo anterior, ello ocurriría si el séptimo año del contrato fuera el último. En este escenario, no habría una nueva ocasión para

quien se contradijo, de ejecutar con éxito el contrato tal cual estaba previsto, pero ello no permite equiparar ambas situaciones. El hecho que no haya más oportunidad temporal de llevar nuevamente el contrato a su dimensión “original”, no impide deslindar la doctrina de los actos propios de la modificación tácita, o de la conducta interpretativa o de la renuncia.

Las complicaciones fácticas de deslindar entre renuncia tácita y doctrina de los actos propios han animado a negar la separación.

“Es un camino a ninguna parte distinguir entre renuncia tácita –cuando el uso del tráfico permite atribuir al acto el sentido de una declaración de voluntad- y *venire contra factum proprium* -cuando el acto precedente no equivale a declaración, pero obliga igualmente, en virtud de las exigencias de la buena fe-. Cualquiera de los expedientes podría explicar de modo suficiente el universo de casos conflictivos. Si se eliminara la segunda técnica, siempre se podría *imputar* una declaración de voluntad resultante de una conducta significativa creadora de apariencia. Y si se eliminara del repertorio legal la doctrina de las renunciaciones unilaterales vinculantes, toda renuncia tácita podría recalificarse como acto propio vinculante de la conducta posterior” (Carrasco 2016: 462).

El autor citado ha trasladado su escepticismo sobre la distinción entre renuncia y la doctrina de los actos propios a cuestionar la regulación del Código Civil español sobre la renuncia de derechos. El artículo 6.2 señala que “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

Para Carrasco, este texto se corresponde con la decisión del legislador de consagrar una de las posibles aplicaciones de la doctrina de los actos propios, no de darle el carácter negocial propio de una renuncia. “En otras palabras, es menos violento sostener que el renunciante queda vinculado a esta conducta en virtud de las exigencias de la buena fe, en lugar de proponer que el renunciante queda obligado a resultados de su declaración como consecuencia de la eficacia obligatoria de la renuncia como acto negocial” (Carrasco 2016: 460).

Entiendo que el autor propone que, en un escenario dudoso, es neutral calificar la conducta como un “acto propio” en lugar de una renuncia. Discrepo en este punto, porque tanto la distinción conceptual como el resultado práctico emanado de ella son incompatibles con la neutralidad. En un caso el derecho se pierde por todo el plazo del contrato restante, y en el otro caso puede ejercitarse en otras circunstancias, cuando la confianza se haya agotado.

Ahora bien, sin perjuicio de que la distinción debe mantenerse, comprendo la preocupación de Carrasco cuando dice:

“Pero crear un espacio propio y artificial para acomodar esta variada suerte de actos de voluntad como negocios jurídicos, sin renunciar a liquidar la doctrina de los propios actos, y proponer que ambos espacios coexisten en el seno del sistema jurídico, conduce a resultados redundantes y de imposible contraste. Porque todos y cualesquiera de los resultados “justos” a los que llegan las sentencias pueden ser indiferentemente explicados como corolario de la

admisión de negocios jurídicos no bilaterales o como aplicaciones de la regla de los propios actos” (Carrasco 2016: 460).

En efecto, un resultado justo puede ser alcanzado por varios caminos. En casos que se encuentran en el límite, es posible plantear rutas distintas, incluso de manera subordinada, que conducen a la renuncia tácita de derechos o a la doctrina de los actos propios. Ahora bien, este traslape es solo posible si los hechos del caso no ofrecen detalles suficientes como hacer un adecuado deslinde. Sin embargo, si puede observarse el tinte negocial en la conducta primigenia que luego se contradice, debe calificarse la contradicción posterior como un incumplimiento, sin que en tal caso sea necesario aducir la doctrina de los actos propios.

En conclusión, aunque la posición que niega la distinción pueda generar empatía por la falta de utilidad práctica, sugiero preservar la separación, en los términos antes mencionados: la renuncia tácita y la doctrina de los actos propios tienen fuentes y consecuencias distintas, y si bien puede haber ocasiones en que los hechos del caso complican el reconocimiento de la diferencia, será precisamente el análisis minucioso y el estudio de la estrategia lo que permitirá al afectado plantear una u otra tesis.

4.2.1.5 Silencio y manifestación de voluntad:

En un sistema contractual estructurado sobre la base de la declaración de voluntad expresa o tácita, es natural que en principio el silencio no produzca efecto alguno. Si hay una característica que define el silencio, es la neutralidad; el silencio no afirma ni niega; el silencio no comunica; el silencio no contiene ningún mensaje; el silencio es vacío. Solamente las partes involucradas o la ley pueden darle algún sentido.

Esas premisas, tienen por cierto no solamente sustento legal¹⁵⁶, sino además filosófico, pues se sostienen en la libertad como elemento fundamental de la interacción humana, sin perjuicio de lo cual deben ser contrastadas con el espectro de actuación de la doctrina de los actos propios.

Recordemos que la doctrina de los actos propios no supone crear o modificar una nueva relación jurídica sino repudiar la contradicción en un momento concreto de la relación. Al deslindar la doctrina de los actos propios de la modificación tácita, de la conducta interpretativa o de la renuncia de derechos, queda revelada su verdadera esencia.

En efecto, a diferencia de estos actos negociales, la doctrina de los actos propios no interfiere con los efectos de la relación contractual, sino que bajo ciertas circunstancias impide que la contradicción en la conducta de una parte afecte a quien confió en ella. En esta línea, y dado que no tiene carácter negocial, es posible que se ampare la doctrina de los actos propios, pero que en sucesivos períodos de ejecución del contrato ya no sea admitida por haberse terminado la situación de confianza protegible.

¹⁵⁶ “Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

La pregunta es si una conducta silenciosa (si cabe el término), si la omisión, si la tolerancia, si el silencio de una parte, pueden generar en la otra una expectativa. ¿Puede el silencio de una parte generar confianza en la otra en que más adelante habría una conducta en sentido distinto al esperado? Esta pregunta es pertinente de cara al artículo 142 del Código Civil peruano, según el cual el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En relación con el silencio de cara a las declaraciones de voluntad, es conocida la frase “el que calla, otorga”, cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico. Sin embargo, el concepto que recoge tal dicho no ha tenido éxito legislativo ni doctrinario, pues no se puede vincular contractualmente a quien no ha declarado su voluntad.

Algunos sostienen una tesis atenuada, confiriendo valor al silencio solamente cuando exista una relación contractual previa entre las partes, de modo que el principio de buena fe impone a quien recibe una oferta el deber de responder, al menos para rechazarla. En esa línea se han emitido algunas sentencias del Tribunal Supremo Español, a pesar de que el Código Civil español no contiene una norma general que regule el silencio, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 142 del Código Civil peruano¹⁵⁷.

“La jurisprudencia italiana y la doctrina francesa, en una línea semejante, concede al silencio valor de aceptación no sólo cuando así lo determinen la ley, los usos profesionales o las propias partes, sino también cuando la oferta haya sido efectuada en interés exclusivo de su destinatario y cuando las partes se hallan en relaciones de negocios. En este último caso, los tribunales deben valorar si las relaciones comerciales entre los contratantes son suficientemente estrechas para justificar la presunción acerca del valor de la conducta inactiva, debiendo tenerse en cuenta los usos de la profesión y de las partes, así como su conducta anterior en las mismas circunstancias” (Pérez 2013: 302).

A diferencia de lo que ocurre con el Código Civil español, en Alemania el silencio vale como aceptación si un empresario recibe una propuesta para hacer negocios con otra persona a quien él había ofrecido antes hacer dicha actividad.

“La doctrina alemana ha interpretado extensivamente esta norma, de tal manera que puede afirmarse que generalmente en las relaciones comerciales el silencio vale como aceptación de una oferta cuando el proponente pueda legítimamente confiar en que el destinatario de su declaración responderá en caso de no querer

¹⁵⁷ Sin embargo, el Código Civil español contiene normas específicas al respecto:

“Artículo 1005.-

Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que este comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente”.

“Artículo 1566.-

Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento”.

aceptarla. Tal confianza surgirá, en particular cuando existan relaciones negociales previas entre las partes o bien cuando el destinatario de la oferta haya realizado anteriormente una *invitatio ad offerendum*" (Pérez 2013: 302-303).

Tiene razón la autora citada al cuestionar que se dé valor comercial al silencio fuera de los casos señalados por la ley o por el acuerdo previo de las partes. "Si sostuviéramos que quien calla consiente estaríamos obligando a quien recibe la oferta a contestar para no quedar obligado, lo que sería una injerencia intolerable en la esfera jurídica de las personas que produciría una gran inseguridad jurídica [...]" (Pérez 2013: 302-303).

Esta forma de abordar el asunto pone de manifiesto una tensión entre la libertad de guardar silencio y la buena fe.

"Puesto el problema en otros términos: ¿es la buena fe principio rector suficiente para que por su sola operatividad haga nacer la obligación de explicarse?; ¿hay obligación de hablar siempre que la buena fe lo exige? O, por el contrario, esta de por sí es insuficiente y necesita enmarcarse dentro de otros requerimientos del orden jurídico; siendo sólo un principio coadyuvante y limitado por otras normas, en aras a salvaguardar adecuadamente el principio de libertad, como orden superior" (Méndez 1994: 3).

Me permito responder las preguntas planteadas por el autor de la siguiente manera. La existencia de la buena fe como principio rector no es suficiente para generar automáticamente la obligación de explicarse y romper el silencio. "Ello importaría imponer a cada paso a los individuos la obligación de hablar, a fin de evitar que, en nombre de los deberes sociales, su silencio sea interpretado como un querer jurídico" (Méndez 1994: 4).

La generación automática del deber de expresarse trastocaría de plano los cimientos sobre los que se construyen las relaciones contractuales, que es la libertad de expresarse o de callar, sin que se atribuya a esto último ninguna consecuencia, salvo que las propias partes o la ley lo hayan previsto, como señala el artículo 142 del Código Civil peruano¹⁵⁸.

Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos han introducido más posibilidades para darle valor al silencio, además de la propia ley y el pacto de las partes. Así, por ejemplo, el artículo 263 del Código Civil argentino señala que "El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

Nótese que el silencio vale como manifestación de voluntad no solo cuando la ley o las partes lo hayan dispuesto, como hace la regla peruana, sino además cuando ello resulte de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio

¹⁵⁸ "Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

actual y las declaraciones precedentes¹⁵⁹. “En los casos en que al silencio se le da relevancia por la ley, el efecto que esta vincula al mismo no depende de postular la existencia de una voluntad no-expresa; sino que se pone a cargo del sujeto una consecuencia, casi como sanción por haber callado (siendo así que tenía interés en expresar alguna voluntad); esto, en *tutela de la confianza del tercero*” (Messineo 1979: 362).

Debe advertirse que no se puede dar al silencio el carácter de manifestación de voluntad a través de un atajo inaceptable. El atajo consistiría en sostener que, como la buena fe es un principio asentado en nuestro ordenamiento jurídico, en ciertas circunstancias puede dar lugar a la obligación de expresarse, de modo que el silencio equivaldría, por mandato del artículo 142 del Código Civil, a manifestación de voluntad. En otras palabras, siendo la buena fe un principio que forma parte del ordenamiento jurídico, la obligación de actuar de buena fe sería “la ley” que le da valor al silencio, al amparo de la norma citada.

Tal intento de quitar neutralidad al silencio y de dotarlo de una contundencia que no tiene, es inaceptable. Estimo que el principio de la buena fe no alcanza como para transformar el mutismo propio del silencio, en sonoridad. En otras palabras, cuando el artículo 142 señala que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la “ley” le dé ese significado, con “ley” no se refiere al principio de la buena fe. Con ello no le resto valor normativo al principio de la buena fe, sino que estimo que el propósito de la regla antes mencionada es que las partes tengan claro el resultado de su silencio, o porque ellas mismas han previsto la consecuencia o porque una ley así lo indica expresamente. En principio entonces, la consecuencia del silencio es neutral a menos que haya un pacto o ley que expresamente digan algo distinto. Este es el modelo por el que ha apostado la ley peruana.

Hasta este punto ya puede advertirse que, si en general la regulación del silencio es un asunto complejo, lo es más todavía de cara a la aplicación de la doctrina de los actos propios, que se fundamenta en la confianza generada por el comportamiento de una de las partes. Este último enunciado en principio debería descartar de plano que el silencio de una de las partes pueda generar en la otra confianza protegible. En efecto, el silencio nada comunica y por tanto no puede dar lugar a confianza alguna. Sin embargo, el asunto es más complicado y puede suscitar reflexiones adicionales.

En efecto, sobre la relación entre el significado del silencio y la doctrina de los actos propios, Díez-Picazo afirma:

“En nuestra opinión, el problema del silencio en materia de actos propios no es diferente del mismo problema del silencio, cuando este se examina en relación con las declaraciones de voluntad o con la celebración de negocios jurídicos.

¹⁵⁹ El artículo 919 del Código Civil anterior tenía una norma parecida: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

Lo que hay que preguntarse es si el que guarda silencio tenía el deber de hacer alguna declaración que rompiera tal silencio y si el hecho de no haberla realizado, cuando era exigida por la buena fe, significa aceptación de lo que la otra parte hubiera declarado o hecho” (Díez-Picazo 2014: 82).

Díez-Picazo plantea este asunto de un modo interesante. En el fondo sostiene que al evaluar si una parte tenía buenas razones para confiar en que las circunstancias se mantendrían, debe analizarse si la otra parte tenía el deber de romper su silencio. Dicho con otras palabras, para Díez-Picazo, quien tolera determinado comportamiento sin hacer reserva teniendo la posibilidad de hacerlo, luego no puede oponerse a que la conducta se mantenga, pues el silencio inicial y la oposición posterior serían contradictorios.

Al respecto, Méndez Sierra señala que, en este punto, a las conductas de las partes, particularmente a las de quien guardó silencio, se les debe cotejar con el criterio objetivo que impone a los sujetos conducirse con recíproca lealtad, conforme cabía esperar de acuerdo a un recto y honrado proceder. “Si la conducta anterior puede crear en el otro la apariencia de un consentimiento, debe interpretarse, conforme a la buena fe, que el agente estaba obligado a hablar para contradecir la significación que aquella conducta otorgaba a su silencio” (Méndez 1994: 5).

Para abordar la teoría del silencio de cara a la doctrina de los actos propios, sugiero atender a una distinción importante. De un lado, el silencio puede tener efectos como manifestación de voluntad, solo si la ley o las partes así lo prevén. De otro lado, guardar silencio cuando a partir de las circunstancias se esperaba una expresión manifiesta, puede ser de mala fe.

En el primer caso, de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, solo si la ley o el pacto le dan al silencio una connotación especial, se entenderá que ha habido manifestación de voluntad para la formulación de un negocio jurídico, como la modificación de un contrato, por ejemplo. En este caso, como ya se ha analizado, no es necesario invocar la doctrina de los actos propios. Debe recordarse que una conducta contraria a lo pactado en un contrato o en su modificación, hace innecesario aplicar la doctrina de los actos propios, pues la contradicción que se cuestiona es un incumplimiento.

En cambio, en el segundo caso, cuando es de mala fe guardar silencio si de las circunstancias se esperaba una expresión manifiesta, puede derivarse una consecuencia distinta al remedio derivado del incumplimiento. Si una parte guarda silencio frente a la conducta de la otra, es aplicable el artículo 142 del Código Civil, según el cual, el silencio no tiene valor como manifestación de voluntad, a menos que las partes o la ley hayan dispuesto lo contrario.

En consecuencia, el silencio de una de las partes no podrá ser entendido como su anuencia para celebrar o modificar un contrato y por tanto para crear prestaciones de cumplimiento obligatorio. El silencio tampoco podrá valorarse como una renuncia, por ejemplo. Sin embargo, el hecho que el silencio no se equipare con una manifestación de voluntad no impide que la parte afectada con la contradicción pueda activar como remedio la doctrina de los actos propios.

Dicho con otras palabras, a menos que la ley o las partes le hayan conferido sentido al silencio, este no puede dar lugar a una manifestación de voluntad que cree derechos a favor de otra parte o que extinga derechos de quien guarda silencio. Sin embargo, el silencio puede ser relevante para aplicar la doctrina de los actos propios, pues esta última no produce efectos negociales.

En efecto, la doctrina de los actos propios es incompatible con una pretensión derivada del cumplimiento de un acto negocial. Así, no es necesario invocar la doctrina de los actos propios cuando la contradicción proviene de un incumplimiento o de una conducta opuesta a un acto negocial, como una modificación del contrato o una renuncia de derechos, por ejemplo.

Si una persona guarda silencio frente a la conducta de una parte, generando la impresión de que estaba de acuerdo con ella, pero posteriormente cuestiona ese comportamiento, hay dos posibilidades de defensa.

De un lado, se podría sostener que con su silencio la parte dio lugar a un compromiso negocial, pero este planteamiento fracasaría al amparo del artículo 142 del Código Civil, al silencio solo se le puede conferir poder negocial por la ley y por el propio contrato.

La otra alternativa es alegar la aplicación de la doctrina de los actos propios, pero en caso que se quiera optar por este segundo camino, no se le debe dar al silencio el carácter de manifestación de voluntad, sino que se tendría que alegar que quien guardó silencio generó, a partir del conjunto de circunstancias concretas, confianza en la contraparte que la tolerancia a su conducta se mantendría en el tiempo, de modo que la contradicción posterior debe rechazarse por ser de mala fe.

Entonces, mientras que el silencio es irrelevante para generar una manifestación de voluntad, la tolerancia silenciosa sí es relevante cuando de lo que se trata es de armar una defensa sobre la base de la doctrina de los actos propios, siempre que las circunstancias del caso sean lo suficientemente contundentes como para concluir que la contraparte confió en que la actitud avalada con el silencio se mantendría en el tiempo. En tal caso, por impedimento del artículo 142, no se podría sostener que el silencio completó la formación de un negocio jurídico, como la modificación tácita del contrato, o la renuncia de derechos. Si seguimos el ejemplo del arrendamiento de la finca rústica, esto es lo podrían haber pensado los jueces alemanes que desestimaron la pretensión del arrendador de resolver el contrato por falta de pago oportuno, puesto que su silencio generó confianza en el arrendatario en que el pago posterior a la cosecha estaba permitido.

Bajo esta línea de argumentación, es de mala fe contradecir la conducta tolerada con el silencio. A pesar de esto último, es difícil acreditar que la inercia propia del silencio es suficiente para proyectar confianza protegible bajo la doctrina de los actos propios. A partir de las circunstancias del caso debe identificarse alguna manifestación positiva para hacer más contundente la alegación de mala fe.

“A esta actitud se denomina *tolerancia*, terminología que parece aquí más adecuada que “silencio”, figura vecina con aspectos básicos comunes (inactividad, pasividad). Lo que importa resolver es si el acreedor manifiesta alguna voluntad cuando no cuestiona esta ejecución del deudor, y aquí confluyen varias soluciones, que parten de distintas perspectivas o enfoques: a) negocio tácito (que puede ser renuncia, negocio modificativo del contrato o reconocimiento); b) interpretación del contrato [...]; c) principio de buena fe” (Gamarra 2009: 925-926).

Para el autor citado, se trata de alternativas igualmente válidas que permiten resolver la cuestión por cualquiera de ellas con prescindencia de las otras, según las particularidades del caso concreto. “Como todas aportan posibles respuestas legítimas, basta encontrar una de ellas para que las demás resulten innecesarias en la especie a examen. Así, cuando el juez resuelve que el acreedor renunció, la teoría del acto propio pierde interés porque perdió el derecho a reclamar la resolución del contrato o los daños y perjuicios, y viceversa” (Gamarra 2009: 926).

Si una persona tolera en silencio la conducta de su contraparte, pero posteriormente la cuestiona luego de generar confianza razonable en que estaba de acuerdo con ella, podría invocarse la doctrina de los actos propios si las circunstancias son contundentes. Algunos de los elementos fácticos a tener en cuenta es que quien guardó silencio haya tenido la posibilidad de reaccionar planteando oposiciones o reservas. “Debe tratarse de lo que la doctrina francesa ha llamado un “silencio permeable”, es decir, el silencio que deja filtrar la voluntad de quien lo guarda” (López Mesa 2013: 168).

Un ejemplo palpable de tolerancia a la cual la legislación peruana asigna una consecuencia perjudicial se encuentra en el artículo 1782 del Código Civil, según el cual, si el comitente acepta la obra sin efectuar una reserva de los vicios y diversidades aparentes, se producirá un descargo de responsabilidad del contratista.

Son numerosos los casos en los que se desestiman las reclamaciones de acreedores que adoptaron un comportamiento de tolerancia y luego cuestionan activamente la conducta tolerada. Por ejemplo, en el caso uruguayo Conaprole, la Corte Suprema afirmó que viola el deber de buena fe quien recibe una prestación inexacta sin reclamar por ello, sigue cumpliendo sus obligaciones sinalagmáticas, mantiene esa conducta por años en que los cumplimientos son mensuales, renueva automáticamente el contrato sin ejercer el recesso unilateral al que está facultado, y pese a todo lo anterior, luego reclama daños y perjuicios. Frente a ello se ha sostenido: “El contrato tradicional uruguayo tiene un nuevo rostro: un rostro moral impensable en el siglo pasado” (Gamarra 2009: 935).

“En suma; si los jueces dieran mayor peso a un conjunto de elementos que vuelven “circunstanciado” al silencio (y son aptos para configurar un comportamiento concluyente abdicativo de renuncia), la tesis negocial (renuncia, reconocimiento, modificación tácita del contrato), sería más factible, como lo demuestra la jurisprudencia italiana, que eligió este camino a diferencia de la alemana, que desde un comienzo recurre al principio de buena fe” (Gamarra 2009: 927).

La cita anterior reitera que se le puede dar valor al silencio por dos caminos. O se le da fuerza negocial, siempre que la ley o el pacto lo permitan, o se le confiere algún sentido a partir del principio de la buena fe. Este segundo camino permite oponer la doctrina de los actos propios a quien tolera en silencio una conducta, pero luego la rechaza. Por cierto, si los caminos son distintos, los puntos de llegada también lo son.

De un lado, si la ley o el pacto consideran que con el silencio se ha expresado voluntad, se habrá celebrado un negocio jurídico, como la modificación de un contrato, o se habrá formulado renuncia, por ejemplo. En tal sentido, si quien guardó silencio ante la conducta de la contraparte pretende luego cuestionarla, no podrá hacerlo porque -siguiendo ambos ejemplos- incumpliría el contrato modificado o estaría pretendiendo un derecho al cual ha renunciado.

De otro lado, sin que valga como manifestación de voluntad se le puede dar al silencio una connotación a partir de la buena fe amparando la doctrina de los actos propios, en cuyo caso la conducta contradictoria de quien calló no será admitida en la circunstancia concreta, pero una vez agotada la confianza que generó el silencio “circunstanciado”, quien inicialmente toleró una conducta podría dejar de hacerlo. “Obsérvese que en este último supuesto la regla *venire* no impone al titular un deber de congruencia futura, sino que *permite* al beneficiario que siga confiando en un determinado modo de proceder en tanto en cuanto el titular no modifique ostensiblemente su modo de manifestarse” (Carrasco 2016: 508).

Volvamos al ejemplo del arrendamiento de finca rústica, en el cual el arrendatario solicita al arrendador que el pago de la renta anual se produzca después de la cosecha. El arrendador asiente. En los siguientes períodos anuales el arrendatario sigue pagando después de la cosecha, aunque la fecha de pago era distinta. Ante el súbito reclamo por parte del arrendador, las cortes alemanas ampararon la defensa del arrendatario sobre la base de la doctrina de los actos propios. Las cortes no le dieron al silencio o tolerancia el valor de una declaración de voluntad, pues si lo hubieran hecho, habrían sostenido que la fecha de pago prevista fue modificada.

Sin embargo, las cortes sí le dieron al silencio una connotación basada en la buena fe, que tendría que durar mientras la confianza generada estuviese vigente. Producido el reclamo por el retraso en el pago, el deudor no podrá alegar que confiaba en que la tolerancia se mantendría.

Aunque la frase “el que calla otorga” no rige en nuestro ordenamiento jurídico (a menos que la ley o el pacto lo permitan), la decisión comentada en el párrafo anterior se justifica en que la “inacción durante un largo período ante la vulneración de un derecho propio no constituye propiamente un supuesto de silencio, máxime cuando da paso a una actitud brusca de signo inverso” (López Mesa 2009: 200). La actitud aparentemente silenciosa puede tener una carga valorativa que no funciona para declarar la voluntad, pero sí para generar confianza en que la inercia se mantendría y por tanto para generar el deber

de alertar a la contraparte de que su conducta no se ajusta a las expectativas derivadas del contrato.

Ahora bien, como regla, la aquiescencia no cuenta con un significado negocial (Bianca 2007: 233) y es una categoría equiparable a la ausencia de manifestación de voluntad. Sin embargo, si las circunstancias del caso son lo suficientemente contundentes, la inercia de un sujeto, sin constituir manifestación de voluntad, podría dar lugar a un acto de tolerancia cuya brusca contradicción sería de mala fe.

Lo aconsejable para quien quiere evitar la aplicación en su contra de la doctrina de los actos propios, es un comportamiento activo de protesta o de reserva, que acabe con la confianza que podría generar en su contraparte.

Por supuesto, el alcance del deber de reserva debe definirse con sumo cuidado. Un ciudadano argentino mantuvo un depósito a plazo en dólares, pero que fue “pesificado” por las medidas económicas adoptadas por el gobierno en el 2001. El depositante logró retirar su dinero, en pesos, sin reclamar que se le debió entregar dólares. Luego, mediante una acción de amparo pidió el pago de la diferencia de cambio. Aplicando equivocadamente la doctrina de los actos propios, se desestimó la pretensión, aduciendo que al no hacer reserva había tolerado la conducta que luego reclamó. Lo que se perdió de vista al resolver el caso fue que en realidad la primera conducta fue coaccionada, de modo que el silencio guardado no podría configurar la primera conducta que luego fue supuestamente contradicha. Ante la “pesificación coaccionada”, no había obligación de expresarse. “No es lógico, entonces, que el silencio guardado cuando no había obligación de expresarse, al no hacer reserva alguna en el momento de retirar los fondos pesificados, derive en la pérdida de derechos constitucionalmente tutelados” (Borda 2017: 145).

En conclusión, el silencio importa manifestación de voluntad solo si la ley o el pacto así lo permiten. Si ello ocurre y por tanto el silencio de una de las partes supone su conformidad con la celebración de un acto jurídico, como la modificación de un contrato o una renuncia, por ejemplo, no será necesario ni posible invocar la doctrina de los actos propios en caso que quien calló ante determinada conducta de su contraparte, después la contradiga.

Sin embargo, el hecho de que el silencio no valga como manifestación de voluntad no impide que se le pueda dar algún valor, si dadas las circunstancias del caso, quien tolera una conducta se opone súbitamente a ella, y si habiendo tenido la posibilidad de formular reserva, generó confianza razonable en la contraparte de que la tolerancia se mantendría. En este caso, la aquiescencia no produce efectos negociales, pero sí el deber de comportarse de buena fe.

Hasta ahora se han mencionado herramientas jurídicas con carácter negocial de las que debe distinguirse la doctrina de los actos propios. Sin embargo, hay otras categorías ofrecidas por el Derecho, que no tienen carácter negocial, que también operan cuando el interés de una de las partes se ve afectado por una incoherencia de la parte contraria, sin que por ello deba aplicarse la doctrina de los actos propios.

4.2.2 Categorías jurídicas no negociales.-

4.2.2.1 Abuso del derecho:

En “Ilícitos Atípicos, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero plantean interesantes reflexiones sobre aquellos ilícitos que califican como “atípicos”. Los autores parten de la premisa que es ilícito el acto contrario a una norma regulativa de mandato, y como las normas de mandato pueden ser principios o reglas, también puede distinguirse entre actos ilícitos según sean contrarios a reglas o a principios. Son lícitos típicos, plantean Atienza y Ruiz Manero, aquellos que son contrarios a reglas, mientras que son atípicos los ilícitos contrarios a los principios (2006: 25).

Los ilícitos atípicos estudiados en el texto citado son el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder. Las tres figuras comprenden el hecho de obedecer a la misma lógica, pues su ilicitud no es típica, se oponen a principios y no a reglas, y aunque tienen gran importancia práctica son difíciles de analizar teóricamente.

No es sencillo contrastar los casos prácticos en los que se discute si los ilícitos cometidos han vulnerado principios, debido a la dificultad para dibujarles contornos precisos.

En efecto, el abuso de derecho, el fraude a la ley y la desviación del poder – sostengo que también la doctrina de los actos propios- son ilícitos atípicos que invierten el sentido de una regla: “*prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo [...] esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita” (Atienza y Ruiz Manero 2006: 27). Es difícil perfilar en la práctica las situaciones de abuso de derecho, de fraude a la ley, de desviación de poder y de la doctrina de los actos propios debido a que las conductas involucradas se presumen lícitas porque hay reglas sobre las que en principio pueden ampararse.

Me concentraré a continuación en la figura del abuso de derecho. Se trata de una creación jurisprudencial y doctrinal francesa, vinculada al ejercicio del derecho de propiedad. Es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos son difíciles de asir.

El abuso de derecho opera cuando existe una regla que permite hacer algo, pero hacerlo causa un daño que no está prohibido; a pesar de ello, el daño es injustificado porque no ha mediado un fin serio o legítimo, y es excesivo o anormal. “En la doctrina y jurisprudencia encontramos actualmente dos conceptos del abuso del derecho: el subjetivo, en función del cual, para que exista abuso es imprescindible el *animus nocendi* o intención de dañar de quien ejerce el derecho; y el objetivo, que se centra tan sólo en la existencia del daño o perjuicio como elemento indispensable del abuso” (Pico i Junoy 2003: 101).

Estimo que para una adecuada formulación de la teoría del abuso del derecho debe adoptarse una visión objetiva, de modo que la intención de causar daño

sea irrelevante para concluir si el derecho ha sido ejercido dentro de contornos razonables.

Por su carácter poroso, no es tarea sencilla acreditar que una actuación en ejercicio de un derecho es abusiva, dado que “hay abuso de derecho cuando dentro de los límites formales de una norma se produce una violación de los valores contenidos en ella [...] En consecuencia, la interdicción del abuso del derecho no entra en juego cuando estamos ante límites legales expresos o formales de un derecho, en cuyo caso, su ejercicio será ilícito por vulnerar dichos límites y no por existir un abuso del derecho” (Pico i Junoy 2003: 102-103).

Para Atienza y Ruiz Manero, el abuso del derecho es un caso de laguna axiológica en el nivel de las reglas (Atienza y Ruiz Manero 2006: 62). Para dichos autores, no se trata de una divergencia entre el alcance de ciertas reglas y las exigencias de los principios. En tal sentido, la figura del abuso del derecho es “una suerte de mecanismo de salvaguardia –para casos que presenten propiedades que no se ha logrado anticipar – de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas” (2006: 61).

Precisamente por ello, el abuso del derecho configura una acción contraria a la mala fe. Así lo entienden los Comentarios Oficiales al artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, referido al deber de actuar de buena fe, al señalar que la prohibición de actuar en contra de dicho principio incluye la prohibición del abuso del derecho, que se “caracteriza por el malicioso comportamiento de una parte que acontece, por ejemplo, cuando se ejerce un derecho solamente para dañar a la otra parte o con un propósito diverso para el cual fue otorgado, o cuando el ejercicio del derecho es desproporcionado a la intención original del resultado esperado” (UNIDROIT 2015: 21).

Nótese que la afirmación anterior confiere al abuso del derecho un carácter residual, para evitar situaciones inconsistentes con los principios de derecho, pero que no son alcanzadas por reglas específicas. Algo similar ocurre con la doctrina de los actos propios. Como ya se ha visto, esta última tiene un carácter residual respecto de los fenómenos negociales, pero al igual que estos, permite rechazar incoherencias que traicionan la confianza. “La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de autocorrección del Derecho” (Atienza y Ruiz Manero 2006: 59), como lo es la doctrina de los actos propios.

La consecuencia de la aplicación de ambas figuras es una limitación a los derechos subjetivos, pero mientras para el abuso del derecho son centrales las nociones de anormalidad o extralimitación, en la doctrina de los actos propios se toma en cuenta esencialmente la existencia de contradicción o incoherencia que contradice la confianza legítima. En efecto, para la doctrina de los actos propios “el foco es otro: la confianza quebrantada o mancillada, sin necesidad, *a priori*, de examinar si hubo apartamiento, desviación o distorsión de la finalidad en mención” (Jaramillo 2014: 299).

El Código Civil peruano no contiene referencia expresa a la doctrina de los actos propios, mas sí al abuso del derecho, en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil¹⁶⁰.

Para alegar que se ha producido un ejercicio abusivo de un derecho no es necesario acreditar que ha habido una contradicción que traiciona la confianza generada por el sujeto “abusivo”. Así, por ejemplo, puede haber abuso por parte de un propietario que, sin vulnerar alguna regla que impone restricciones precisas a derecho, perturba ilícitamente a los terceros. También abusa del derecho a actuar como representante quien trasgrede el sentido para el cual se le confirió el mandato, por ejemplo.

En cambio, la doctrina de los actos propios opera solamente si el comportamiento es irregular por ser contradictorio con una conducta anterior que había generado confianza razonable en que se mantendría en el tiempo.

Coincido con Bernal en que es “más preciso, en nuestro concepto, que ante una contradicción se exija el respeto de un deber concreto de coherencia, que comprobar una anormalidad en el ejercicio de un derecho, con la imprecisión y vaguedad que ello puede comprender” (Bernal 2013: 144).

Otra manera de plantear la diferencia es que, si bien en ambos casos hay una actuación contraria a la buena fe, la “teoría del abuso del derecho tiende a equilibrar la legítima actuación de los derechos individuales con los intereses de la colectividad. La teoría de los actos propios sólo apunta a proteger al sujeto pasivo que confía en un comportamiento coherente del sujeto activo” (Borda 2017: 118).

Aunque la teoría del abuso del derecho y la doctrina de los actos propios pueden ser útiles en distintos espacios, para algunos autores hay una relación de género a especie. Por ejemplo, Carrasco señala que la doctrina de los actos propios supone una conducta incurso en abuso de derecho (Carrasco 2016: 454), y Berro sostiene que el abuso de derecho puede servir como complemento en los casos en que es aplicable la doctrina de los actos propios, pero que por su sola enunciación no alcanza a explicarla (Berro 1989: 90).

Esta relación de género a especie ha sido adoptada en dos de los casos mencionados en el capítulo primero de este trabajo a propósito de la *lex mercatoria*. Nos remitimos en este punto al caso ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21 N° 2, 2010, París, Francia (Final Award in Case 7421).

Recuérdese que en tal caso, una compañía peruana, la Demandante, acordó vender metales a una compañía suiza, que cedió sus derechos a una compañía sueca (Demandada). La ley pactada en el contrato era la suiza; se pactó FOB

¹⁶⁰ “Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. La solicitud se tramita como prueba anticipada con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez puedan tener derechos que resulten afectados. El juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición”.

Callao (lo que supone que los costos de transporte son asumidos por el comprador); se previó un valor determinado para el costo del transporte, y se indicó que el riesgo de cualquier aumento de este debía ser compartido por ambas partes. Parte de la carga se perdió en el camino a su destino. La empresa compradora, Demandada, señalaba que para calcular el precio de los bienes debía tenerse en cuenta el promedio del peso de la carga y la descarga (dado que parte de la carga se había perdido en el camino). Sostiene que si bien se previó que el peso de referencia era el del momento de la carga, posteriormente debía considerarse también el de la descarga.

Para sostener su posición la Demandada señaló que durante la ejecución del contrato se cambió la entrega FOB Callao por CIF (puerto de destino), sin que se hubiera aportado evidencia de ello. El tribunal arbitral amparó la demanda, señalando que el cambio de conducta (ejecutar el contrato bajo términos FOB pero pretender el pago bajo términos CIF) es contrario a la doctrina de los actos propios, prevista en el Derecho suizo como abuso de derecho.

También es interesante el caso identificado como ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 11 N° 2 2009, Zurich, Suiza (Final Award in Case 8786).

En dicho caso, el Demandante es un fabricante de ropa que recibió una orden de compra de un vendedor retail, el Demandado, y envió las muestras un mes antes de la fecha de entrega de los productos. Las muestras fueron observadas, pero luego las observaciones se subsanaron. Sin embargo, la orden de compra fue cancelada 10 días antes de la fecha de entrega.

El fabricante interpuso una demanda arbitral reclamando los daños generados por la imposibilidad de colocar los productos requeridos. El Demandado alegó que la entrega de las muestras fue tardía, lo cual hizo imposible que la entrega de los productos se realizara a tiempo. Señala que la entrega a tiempo es una obligación esencial de acuerdo con la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías. El Demandante señaló que en ocasiones anteriores el Demandado no reclamó por entregas tardías y que hacerlo en dicha ocasión era un comportamiento de mala fe, contrario a los actos propios.

Sin embargo, el tribunal consideró que el hecho que en ocasiones anteriores el Demandado no hubiese insistido en que las entregas fuesen a tiempo no supone una prohibición para exigirlo en el futuro. En tal sentido, desestimó la demanda, pero calificó a la doctrina de los actos propios como una modalidad de abuso de derecho.

La coincidencia entre ambos casos es que la ley aplicable era la suiza. El Código Civil suizo de 1907, también denominado Código Federal Suizo, incorporó la doctrina del abuso del derecho en su artículo 11, que dice: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por

la ley". El principio es vasto y comprende cualquier clase de derechos: privados o públicos (Cuentas 1997: 477)¹⁶¹.

El Código Civil suizo no contiene una definición clara del abuso del derecho, pero es lo suficientemente amplio como señalar que existe cuando se ejercita un derecho o se cumple una obligación contrariando las reglas de la buena fe. Al respecto, el Consejo Federal Suizo en su mensaje de 23 de mayo de 1904, señaló: "Hemos creado una especie de recurso extraordinario que debe conseguir el respeto a la justicia, en provecho de aquellos que sufrirían con el abuso evidente que un tercero hiciera de su derecho, cuando los medios ordinarios fueron insuficientes para protegerlo" (Cuentas 1997: 477).

La deliberada intención de crear una figura lo suficientemente amplia como para cubrir todas aquellas situaciones en las que se puede sufrir perjuicio por una actuación irregular, explica entonces las decisiones de los tribunales antes mencionados, cuyos casos estaban sometidos a la ley suiza. En ellos se propone que la doctrina de los actos propios está subsumida en la teoría del abuso del derecho.

Aunque la ley peruana regula de forma más escueta el abuso del derecho y no se refiere expresamente a la doctrina de los actos propios, la consecuencia de la aplicación de ambas figuras es una limitación a los derechos subjetivos. Hay abuso cuando un derecho subjetivo se ejerce de manera disfuncional, de forma contraria a su propósito o función. Existe abuso de derecho si al aplicar una regla se supera un estándar tutelable. Es decir, mientras que en el abuso de derecho son centrales las nociones de anormalidad o extralimitación, en la doctrina de los actos propios se toma en cuenta esencialmente la existencia de contradicción o incoherencia que contradice la confianza legítima.

Para evitar confusiones conceptuales y prácticas es una mejor alternativa teórica el separar ambas herramientas, reconociendo desde luego los puntos comunes. De hecho, asumir la tesis en virtud de la cual la doctrina de los actos propios es una expresión de la teoría del abuso del derecho generaría, en el Derecho peruano, que numerosas alegaciones de la primera sean planteadas a través de la segunda, que sí tiene recepción en el Título Preliminar del Código Civil. Creo que no ha sido esa la intención del legislador al regular la teoría del abuso del derecho, ni la intención de los jueces al amparar la doctrina de los actos propios a partir de contradicciones que traicionan la confianza en contra del deber de actuar de buena fe.

4.2.2.2 Prescripción extintiva y *verwirkung*:

No es posible imaginar un escenario de seguridad jurídica sin la institución de la prescripción extintiva. Poner un límite temporal a los reclamos originados en la insatisfacción de los intereses de las personas nada tiene que ver con el derecho

¹⁶¹ Esta norma del Código Civil suizo de 1907 inspiró a Juan José Calle para proponer a la Comisión Reformadora del Código Civil que el principio del abuso del derecho se incluya en el Título Preliminar del Código Civil peruano (Cuentas 1997: 478).

que les asiste en el fondo para respaldar sus reclamaciones¹⁶². Sin embargo, la necesidad de poner coto a la indecisión de exigir o no la satisfacción del derecho se explica en lo pernicioso que puede resultar para la sociedad en su conjunto la indefinición prolongada de posibles disputas.

La longitud del plazo para tomar la decisión de demandar o no y por tanto de exigir un derecho, depende de la decisión adoptada por el legislador¹⁶³, lo que a su vez depende de diversas circunstancias, como la naturaleza de la disputa. Hay determinadas acciones, como las de carácter personal, es decir, las derivadas de las relaciones contractuales, cuyo plazo de prescripción es bastante amplio, como dispone el artículo 2001 del Código Civil. En estos casos, el afectado con el incumplimiento tiene diez años para demandar¹⁶⁴.

En este contexto; es decir, en aquellos casos en que es prolongado el tiempo destinado a tomar la decisión de demandar o no, pueden surgir controversias sobre si una demora excesiva configura un retraso negligente que impide reclamar a pesar de no haber vencido el plazo de prescripción. Sin embargo, hablar de “retraso negligente” parece contradictorio con la existencia de un plazo de prescripción no vencido. La figura de la *verwirkung* ha servido para canalizar estas reflexiones.

La necesidad de resolver controversias en un plazo prudente puede ser especialmente apremiante en un contexto de crisis económica o política que impacte en la desvalorización de la moneda. Así, por ejemplo, la figura de la *verwirkung* fue empleada por la jurisprudencia alemana después de la Primera Guerra Mundial, por la fuerte desvalorización del marco y su posterior revalorización pasada la crisis (Borda 2017: 29).

En efecto, la *verwirkung* o “atraso desleal” es una figura desarrollada por la jurisprudencia alemana a partir de la noción de buena fe, considerando la prolongada extensión de algunos plazos de prescripción de hasta 30 años (Jaramillo, 512). En los casos en los que esta creación jurisprudencial fue invocada se declaró inadmisibles el ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, cuando el alargado silencio de una parte despertó confianza en la otra parte de que el derecho no sería ejercido. Así, esta figura solía invocarse luego de la Primera Guerra Mundial, ya que debido a la galopante inflación, los

¹⁶² El artículo 1989 del Código Civil peruano señala que la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo.

¹⁶³ El artículo 2000 del Código Civil peruano señala que solo la ley puede fijar los plazos de prescripción.

¹⁶⁴ “Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

- 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
- 2.- A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
- 3.- A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
- 4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.
- 5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia”.

deudores alegaban que el acreedor no había pedido la revaluación de su crédito en un plazo razonable (Jaramillo 2014: 483).

“La *Verwirkung* es un caso especial de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención de la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal [...]. Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho” (Díez-Picazo 2007: 85).

La figura de la *verwirkung* es entendida entonces como la paralización del ejercicio de un derecho para así rectificar los formalistas y esquemáticos plazos de prescripción que impiden sancionar la deslealtad de quien, habiendo asumido una primera actitud pasiva, intenta luego sorprender a su adversario (Borda 2017: 28).

Nótese que, para ambos autores, Díez-Picazo y Borda, lo que se pretende sancionar con esta figura es la deslealtad en el ejercicio del derecho. Para ambos autores la deslealtad se mide objetivamente, pero para Díez-Picazo no es necesario que el titular haya adoptado una actitud pasiva para luego sorprender a su adversario. En efecto, “La *Verwirkung* se produce cualesquiera que hayan sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento de que la pretensión le asistía” (Díez-Picazo, prescripción, p. 85). Dado que para este autor la *verwirkung* supone abuso de derecho, la medición objetiva es coherente con una posición según la cual para la existencia de abuso de derecho es irrelevante la subjetividad.

Según Carrasco, en la doctrina alemana actual tampoco se exige voluntad del titular para que proceda la *verwirkung* (Carrasco 2016: 519). Lo importante es que la conducta del acreedor permita entrever que el derecho no sería ejercido.

El valor de la *verwirkung* para quienes acuñaron este concepto, se encuentra en que permite desactivar un reclamo, aunque el derecho no haya prescrito, siempre que el silencio y el tiempo hayan creado la apariencia de que no se ejercería. Sin embargo, si la posibilidad de aludir a un retraso desleal cuando el plazo de prescripción todavía no ha transcurrido ya es cuestionable, es más problemático todavía pretender que la *verwirkung* sirva no solo para proteger al deudor sino además para proteger al acreedor. Según Borda, esta figura ha servido también para impedir que la excepción de prescripción sea opuesta abusivamente (2017: 33), lo cual es un despropósito.

En efecto, cuando ha prescrito la acción, el derecho queda legítimamente insatisfecho, a menos que el deudor decida libremente darle cumplimiento, pues su obligación califica como natural. La única manera de atenuar la severidad de la prescripción, es a través de la interrupción y la suspensión, que operan como paliativos sin menguar la seguridad jurídica que deriva del mero transcurso del tiempo. En tal sentido, el acreedor no debería verse impedido de alegar en su defensa que la prescripción ha operado.

La *verwirkung* es una figura parecida al *laches*, calificada como una modalidad de *estoppel* –concepto al que ya nos hemos referido en el capítulo primero de este trabajo- que permite oponerse al ejercicio tardío de un derecho debido a que la demora en un reclamo podría haber sido interpretada como un asentimiento a la conducta que luego se cuestiona.

“El *laches* ha sido definido como una modalidad del *estoppel* que se produce cuando la manifestación de la verdadera situación jurídica o el ejercicio del derecho por parte de su titular, se realiza con un negligente retraso que puede ser razonablemente interpretado como un tácito asentimiento a la situación creada y, consiguientemente, el inejercicio del derecho. Incluso, cabe considerar que el retraso puede ocasionar un perjuicio al otro sujeto (por ejemplo, la pérdida de prueba por el tiempo transcurrido).

Se trata, en definitiva, de proteger a quien ha confiado en la apariencia creada por la situación generada por la actitud pasiva de otro sujeto, en aras de la equidad. En otras palabras, el silencio, cuando ha podido ser interpretado de buena fe como el asentimiento o la prueba de que no existe el derecho que luego se intenta hacer valer, nos coloca frente a la figura del *laches*” (Borda 2017: 23-24).

Aunque la semejanza entre la *verwirkung* y la institución inglesa del *laches* ya ha sido anotada, esta última es distinta, pues se sustenta en nociones de equidad para establecer un plazo de prescripción cuando se trata de una pretensión que el *common law* desconoce (Carrasco 2016: 521). Esta utilidad es difícil de sostener en un ordenamiento que regula la prescripción extintiva, independientemente de sus deficiencias, de modo que hay más dudas que certezas sobre la institución de la *verwirkung*.

Es aquí donde cabe sostener que lo más interesante del estudio de la *verwirkung* se produce cuando se le debe contrastar con la seguridad jurídica que confiere la institución de la prescripción. En ambos casos, cuando se invoca la *verwirkung* y cuando prescribe un derecho, se impide que este último sea ejercido. Sin embargo, la diferencia está en que para que opere la *verwirkung* no basta el transcurso del tiempo, sino que es necesario que la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio retrasado del derecho, aunque el plazo de prescripción no haya vencido.

En el fondo, lo que se pretende con la *verwirkung* es superar los problemas de los plazos tan largos de la prescripción¹⁶⁵, pues en efecto, un ejercicio tardío de un derecho, aunque dentro del plazo de prescripción, puede ser sorpresivo. Efectivamente, cabe preguntarse por qué “un texto normativo tan significativo, como es la Convención de Viena sobre compraventa de mercancías, trabaja con plazos de denuncia/ejercicios tan cortos [...]. En mi opinión, subyace una valoración subjetiva negativa sobre la existencia de plazos de prescripción largos en relaciones jurídicas nacidas de un contacto contractual” (Carrasco 2016: 526).

Sin embargo, dado que la prescripción la fija la ley, hacerla convivir con la *verwirkung* genera mucha inseguridad jurídica y altera la función esencial de la

¹⁶⁵ Como es natural, debido a los plazos más cortos que acompañan a la caducidad, hay menores posibilidades de generar la apariencia que el derecho no será ejercido, de modo que asociar la *verwirkung* con la caducidad es inusual.

prescripción, que es poner fin a las controversias prolongadas. De esta misma opinión es Marcelo López Mesa (2013: 361) y Carlos Ignacio Jaramillo, para quien, si el legislador ha dicho cuál es el plazo para invocar un derecho, no puede sostenerse que ejercitarlo dentro de ese plazo es de mala fe (2014: 513).

“La regla del retraso desleal constituye una restricción adicional y circunstanciada a una norma legal, la que establece la duración y los modos de interrumpir los plazos de prescripción. Pero hasta el día de hoy ni jurisprudencia ni doctrina explican bajo qué condiciones se aplica aquella restricción adicional, y si no ocurre más bien que se está procediendo a un desmontaje solapado del régimen legal de la prescripción de acciones” (Carrasco 2016: 521).

Estimo entonces que mientras el plazo prescriptorio no haya transcurrido, no puede prosperar una alegación del deudor basada en que el acreedor se tomó demasiado tiempo en decidir si reclamaba o no. Lo que sí puede ocurrir es que, si se encuentran elementos que vuelvan contradictorio el ejercicio retardado del derecho, podría haberse configurado un caso de renuncia del derecho por parte del acreedor (Gamarra 2009: 932).

En tal sentido, frente a la contundencia de los plazos de prescripción y por tanto frente a la fortaleza de la posición del acreedor para demandar incluso el día anterior al vencimiento del plazo de diez años de la acción personal, no debería prosperar una alegación basada en la doctrina de los actos propios inspirada en la *verwirkung* o el *laches*.

La doctrina de los actos propios puede invocarse sobre la base del “silencio-tolerancia” durante la ejecución del contrato cuando una parte genera confianza protegible en la otra sobre la permanencia de una conducta inicial. Sin embargo, la doctrina de los actos propios no tiene la fuerza suficiente como para neutralizar la firmeza de la prescripción.

Mientras que la tolerancia a determinada forma de ejecución contractual puede generar confianza en el deudor, el ejercicio dilatado del derecho de acción no debería generarla. La mera existencia de plazos legales de prescripción impide confiar en que el acreedor no ejercería su derecho. Es decir, quien tiene su derecho de acción activo porque el plazo de prescripción sigue vigente, no puede ser impedido de ejercerlo por hacerlo con demora.

Ello no resta que sea válida la preocupación por la existencia de plazos tan dilatados para reclamar. No obstante, este problema pasa por una solución legislativa, ya que es la ley la que los fija. Así, a menos que haya cuestionamientos de fondo, el deudor está sujeto al ejercicio incluso “tardío” del derecho por parte del acreedor, sin que la demora pueda ser calificada como contraria a la doctrina de los actos propios o como una renuncia por parte del acreedor del derecho que reclama, sin perjuicio de los posibles cuestionamientos sobre el fondo del asunto en discusión¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Otro tema interesante para analizar es el ejercicio abusivo de la excepción de prescripción. Por ejemplo, una compañía de seguros exigió como requisito para pagar una indemnización, que se aporte una sentencia o laudo arbitral para acreditar que el siniestro ocurrió. Después de un largo proceso, esta declaración fue obtenida por el asegurado, pero luego de que el plazo de prescripción para reclamar frente a la aseguradora ya había transcurrido.

4.2.2.3 Doctrina de la protección de la apariencia:

La doctrina de la protección de la apariencia es aquella que tutela a quienes, basados en hechos contundentes, creen haber adquirido derechos sin que dicha creencia se corresponda con la realidad. Así por ejemplo, se puede adquirir la propiedad aunque el transferente no sea propietario, si tiene su derecho inscrito, en virtud del artículo 2014 del Código Civil¹⁶⁷, o se puede adquirir el dominio de un bien mueble aunque el enajenante de la posesión no sea propietario, siempre que medie buena fe, en virtud del artículo 948 del Código Civil¹⁶⁸.

La doctrina de la protección de la apariencia se traduce en soluciones legislativas que convierten lo aparente en real. Esto ocurre cuando hay hechos concluyentes que generan una apariencia en la que una persona confía y por tanto cree que lo que observa es real.

“La doctrina de la protección de la apariencia encuentra su origen histórico en la protección que en el derecho romano se daba al error común. Con posterioridad, se generalizó a todas aquellas situaciones en que ‘quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles’” (Salah 2008: 191).

La doctrina de la protección de la apariencia, para producir efectos, debe traducirse en una solución normativa que dé efectos jurídicos a una situación que en principio carece del potencial para hacerlo. Así, por ejemplo, quien no es propietario no puede transferir propiedad, pero por razones de eficiencia y de seguridad jurídica el legislador ha decidido que el registro público genera oponibilidad suficiente como para tutelar a quien adquiere confiando en la información contenida en él (artículo 2014 del Código Civil). Tan potente como el registro es la posesión, tratándose de bienes muebles, de modo que la adquisición a *non-domino* es posible, aunque el transferente no sea dueño (artículo 948 del Código Civil).

Si bien el derecho de prescribir es irrenunciable (artículo 1990 del Código Civil), sí se puede renunciar a la prescripción ya ganada, incluso de manera tácita (artículo 1991 del Código Civil). En este caso, la empresa de seguros no renunció al derecho a invocar la prescripción, de modo que después de acreditada la existencia del siniestro, la compañía se negó a pagar alegando que el plazo para reclamar ya había transcurrido.

Aunque la situación anterior parece injusta, el asegurado debió haber advertido que la demora en obtener la acreditación del siniestro generó un impacto inevitable en la procedencia de su reclamo, puesto que, a menos que se hubiera producido un supuesto de interrupción o de suspensión de la prescripción, el efecto de esta última es inexorable.

¹⁶⁷ “Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

¹⁶⁸ “Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”.

También queda protegido el tercero de buena fe que adquiere de quien simuló una adquisición (artículo 194 del Código Civil). Y los actos celebrados con un representante cuyo poder ha sido revocado, son eficaces si el tercero ignora la revocación (artículo 152 del Código Civil).

Como puede apreciarse, el legislador puede tomar una serie de decisiones que permiten –excepcionalmente- tratar lo irreal como cierto, cuando se quiere dar prioridad a lo aparente sobre lo real, siempre que haya buenas razones para ello. “La teoría de la apariencia constituye una de las principales ilustraciones de la relación particular y no siempre unívoca que existe entre el derecho y la realidad” (Bernal 2013: 145).

La doctrina de la protección de la apariencia tiene éxito cuando el legislador es persuadido de la necesidad de proteger lo que es visible, no por el mero hecho de serlo, sino porque la apariencia genera confianza y esta última, predictibilidad. Se protege al adquirente de bien mueble aunque el transferente no sea propietario, porque la posesión es un fenómeno suficientemente elocuente como para generar la presunción de que quien posee es propietario¹⁶⁹. Algo similar existe con el registro público.

Si no se tuviera una regla como esta, automáticamente se generarían dudas sobre si quien posee un bien o quien ostenta un derecho registrado, tiene legitimidad para transferirlo, y el impacto de este velo de incredulidad generaría un indeseado impacto en la seguridad de las transacciones. Lo que se protege entonces no es la apariencia únicamente, sino que en el fondo se tutela la confianza derivada de ella.

Ahora bien, tiene razón Borda al señalar que “todo recurso a la apariencia jurídica debe ser usado en última instancia y siempre que no exista una mejor explicación, porque resulta conveniente acudir a la realidad y no a las apariencias” (2017: 52). Precisamente porque la realidad debe imponerse sobre la apariencia es que en principio los actos absolutamente simulados no tienen valor a menos que se afecte a un tercero de buena fe que adquiere de titular aparente, o se prefiere a la persona que adquiere de quien aparece como dueño en el registro, aunque no lo sea. Estos ejemplos revelan que la premisa es que se brinde reconocimiento legal a quien adquiere un derecho de quien puede otorgarlo, a menos que haya buenas razones para tutelar una situación aparente que no se condice con la realidad.

Nótese que tanto la doctrina de la protección de la apariencia como la doctrina de los actos propios tienen como función principal resguardar al sujeto que confió en una situación que presentaba visos de verosimilitud. En el primer caso, la confianza deriva de una apariencia contundente sobre la legitimidad de un derecho, como el registro público o la posesión, por ejemplo; en el segundo caso, la confianza deriva de una conducta u omisión previa que se creía se mantendría en el tiempo.

¹⁶⁹ “Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

El hilo conductor entre la doctrina de la protección de la apariencia y la doctrina de los actos propios se encuentra en la necesidad de tutelar la confianza de quien creyó que el derecho le asiste, sea porque interactúa con alguien que aparenta ser el titular del derecho que le transfiere, o sea porque su contraparte le dio buenas razones para confiar en ella.

Esta coincidencia –la protección de la confianza razonable- es precisamente lo que explica que al inicio de este capítulo haya propuesto que la doctrina de los actos propios opera a dos niveles, siendo el segundo el que se presenta a profundidad. Decía que en un primer nivel, hay normas que recogen soluciones para los casos en los que una parte pretende traicionar la confianza generada por su comportamiento. En estos casos no es necesario invocar la doctrina de los actos propios de manera directa porque ya hay soluciones legislativas que dan valor a la apariencia, y por tanto, a la confianza. En este primer nivel es donde pueden observarse entonces las coincidencias entre la doctrina de la protección de la apariencia y la doctrina de los actos propios.

Sin embargo, la coincidencia se detiene en este punto. A partir de allí solo corresponde deslindar la doctrina de protección de la apariencia de la doctrina de los actos propios es que ambas confieren protección sobre la base de la confianza y la buena fe, pero con efectos distintos.

“De la sola definición de ambas doctrinas, se puede constatar que el antecedente fáctico en que se fundan es la existencia de una tensión entre dos actos o hechos que pueden perjudicar a una de las partes de una relación jurídica o a terceros. En el caso de la protección de la apariencia, una tensión entre la realidad y la apariencia, y en el caso de los actos propios, una tensión entre la conducta pasada de una persona y su conducta posterior materializada en sentido opuesto” (Salah 2008: 191-192).

Como puede apreciarse, ambas doctrinas se ocupan de equilibrar las tensiones entre la realidad y la apariencia. Sin embargo, a partir de este punto se pueden mencionar al menos cinco diferencias entre una y otra.

La primera diferencia es que en el caso de la doctrina de la protección de la apariencia, el balance frente a la tensión entre apariencia y realidad se obtiene a través de una decisión legislativa que prioriza la situación aparente y por tanto refuerza la confianza generada por la información que se deriva de los hechos. Por ejemplo, ante la tensión entre el verdadero propietario de un mueble y su poseedor, la ley reputa dueño a quien adquiere de este último, pues se prioriza la apariencia generada por la posesión.

En cambio, en el caso de la doctrina de los actos propios, la tensión se produce entre la conducta pasada de una persona, que genera “apariencia”, o mejor dicho, confianza en que se mantendría en el tiempo, y una contradicción posterior. El equilibrio en este último caso se logra rechazando la contradicción.

La segunda diferencia es que la decisión de equilibrar la tensión proviene de sujetos distintos. En el caso de la doctrina de la protección de la apariencia, es el legislador el que incorpora en el ordenamiento jurídico las prioridades asignadas para tutelar la confianza de quien adquiere un derecho a partir de una

situación aparente. Así, hay reglas definidas de antemano para proteger la confianza a partir de la apariencia, como por ejemplo los mencionados artículos 948 y 2014 del Código Civil.

En el caso de la doctrina de los actos propios, aún si hubiera una norma que la consagre expresamente, esta no podría definir de antemano las situaciones en las que una conducta contradictoria debe ser rechazada, sino que las decisiones deben tomarse en cada caso concreto según las circunstancias de cada caso.

Dicho de otro modo, sin reglas como las antes mencionadas, no se podría proteger a terceros adquirentes de enajenantes que carecían de facultad para transferir. En cambio, independientemente de que la doctrina de los actos propios sea recogida en una norma expresa, la contradicción puede rechazarse en aplicación del principio de la buena fe. Sobre este asunto volveré más adelante.

La tercera diferencia tiene que ver con el eje temporal en que se desarrollan ambas doctrinas.

“En cuanto al eje temporal en que se desarrollan, en el caso de la doctrina de los actos propios se requiere la existencia de, al menos, dos actos o conductas contradictorias, por lo que se concluye que existe una secuencia de actos en el tiempo. En cambio, en el caso de la apariencia, basta un solo hecho, que probablemente dará origen a una serie de presunciones, para darla por establecida” (Salah 2008: 195).

Efectivamente, es esencial para invocar la doctrina de los actos propios, que la confianza a ser protegida se construya a partir de un hecho o sucesión de hechos que luego son contradichos por la misma persona que los configuró. Es decir, una persona actúa frente a otra en determinado sentido, y en un momento posterior, actúa en sentido contrario.

En cambio, para que la doctrina de la protección de la apariencia despliegue sus efectos, no es necesario que el beneficiario de ella participe en una sucesión de hechos; basta que actúe sobre la base de información que el ordenamiento presume como válida para que su adquisición sea protegida, incluso si el enajenante carecía de título. Por ejemplo, es suficiente con revisar la información del registro público para que la transacción sea protegida.

La cuarta diferencia entre la doctrina de la protección de la apariencia y la doctrina de los actos propios se configura si se tiene como eje de referencia a los beneficiarios de su aplicación. De un lado, los principales efectos de la apariencia se presentan frente a los terceros, a quienes el derecho busca proteger a través de esta teoría.

“Así, se les permite ser titulares de derechos que con la aplicación estricta de la ley no adquirirían, por ser consecuencia o derivación de un acto inválido, ineficaz. [...] Es el caso del derecho de propiedad de quien ha comprado un inmueble al propietario aparente según los títulos inscritos o cuando se convierte en acreedor del supuesto mandante a quien ha negociado con un mandatario aparente” (Bernal 2013: 151-152).

Dicho con otras palabras, la doctrina de la protección de la apariencia opera cuando una situación inexacta parece ser fiel a la realidad, aunque no lo es. En estos casos el beneficiario es un tercero que desconoce la verdad, pero actúa confiando en que quien le transfiere un derecho tiene legitimidad para transferirlo. Así, por ejemplo, el adquirente protegido por el artículo 2014, es un tercero respecto a las vicisitudes del título del enajenante¹⁷⁰. Es precisamente por ello que, en el caso de la doctrina de la protección de la apariencia puede ocurrir que más de una persona se vea afectada por la idea de la apariencia; es natural que así sea si la apariencia la genera un registro público, que se presume conocido por cualquier persona¹⁷¹.

En el caso de la doctrina de los actos propios, no puede aludirse a un “tercero” beneficiado con su aplicación, pues aquélla opera sobre la base de dos conductas contradictorias llevadas a cabo por un mismo sujeto respecto a otro.

Finalmente, la quinta diferencia se configura por los efectos que producen.

“El principal efecto de la aplicación de la doctrina de la protección de la apariencia, es que, respecto de los terceros de buena fe que se han guiado por el acto aparente, se podrán generar aquellos derechos que, bajo otras circunstancias, no se habrían originado. En efecto, nacen para aquella parte que ha confiado en la apariencia derechos de carácter originario. Por su parte, el principal efecto que se produce de la aplicación de la doctrina de los actos propios es que se impedirá a un determinado sujeto realizar un acto contrario a su conducta anterior, esto es, se establece la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria. Se protege así la coherencia entre las conductas realizadas en el pasado y las que se realizan con posterioridad” (Salah 2008: 196).

Ambas doctrinas se inspiran en la necesidad de tutelar la confianza, pues esta genera predictibilidad, que a su vez hace a las transacciones más seguras. De un lado, desde la doctrina de la protección de la apariencia se resguarda la confianza generada a partir de una situación que parece real aunque no lo sea, mientras que desde la doctrina de los actos propios se tutela la confianza que se produce a partir de la interacción entre dos sujetos. En el primer caso, la apariencia transfiere información que puede ser aprehendida por cualquier persona, mientras en el segundo caso la confianza resulta de una conducta cuyo destinatario es una persona concreta en el marco de una relación jurídica.

Esta distinción ha generado la necesidad de que la doctrina de la protección de la apariencia se decante en la fijación de una regla de asignación de titularidades. De allí que la doctrina de la protección de la apariencia termine en una reasignación de derechos.

¹⁷⁰ Al referirse a este tema, Bustos sostiene también que la doctrina de protección de la apariencia “generalmente” afecta a terceros, salvo los casos de adquisición a *non domino*. Sin embargo, quien de buena fe recibe un bien mueble de quien tiene la posesión, adquiere la propiedad aunque el enajenante no sea el dueño; el adquirente es, por tanto, un tercero en relación con quien le transfiere el bien y el propietario anterior (1999: 42-43).

¹⁷¹ “Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

Ello no ocurre en el caso de la doctrina de los actos propios, pues la confianza no se genera a partir de información disponible para una generalidad de sujetos, sino que surge desde una conducta emanada en una relación contractual y por tanto con un destinatario concreto, que es la contraparte. Este destinatario no puede alegar la reconfiguración del negocio, sino que a lo sumo podrá rechazar la contradicción mientras que las circunstancias lo permitan; es decir, agotada la confianza, la conducta posterior y contradictoria puede ser eficaz.

Deslindar la doctrina de los actos propios de figuras negociales y no negociales que deben lidiar con las contradicciones en las relaciones jurídicas, es el primer paso para dotarla de mayor utilidad. Reconocer que su función es acotada y que el Derecho contiene otros remedios, incluso más apropiados, para solucionar la incoherencia humana, es un importante paso para revestir a la doctrina de los actos propios de una gran importancia práctica. La afirmación anterior no es una paradoja. Una herramienta es más eficiente cuanto más calibrada esté.

Es esencial entonces, para dar a la doctrina de los actos propios el valor que se merece, entender que no es un instrumento omnipotente, y que cuanto más difuso sea su alcance, menos potencial tendrá para incentivar conductas coherentes, para ser recibida por los tribunales y para encontrar desenlaces justos.

Precisamente, “la falta de precisión y de la debida delimitación entre las diferentes figuras que se desarrollan alrededor de la buena fe y la coherencia es lo que ha llevado a confusión en la doctrina y la jurisprudencia” (Bernal 2013, 226). Y lo que no se quiere, justamente, es que los jueces y analistas de los problemas jurídicos estén confundidos.

La confusión parte del hecho que la doctrina de los actos propios comparte con otras instituciones jurídicas el propósito de resguardar la confianza legítimamente generada. Estas instituciones pueden ser negociales, como la modificación de un contrato, por ejemplo, y no negociales, como por ejemplo el abuso del derecho. Para evitar un traslape de funciones entre los distintos remedios disponibles, se ha presentado algunas herramientas para atender situaciones en las que un sujeto es afectado por la incoherencia de otro. Ello obliga a deslindar cuidadosamente cuándo es posible y necesario acudir a la doctrina de los actos propios para remediar una situación injusta.

4.3 La doctrina de los actos propios es una herramienta residual.-

Teniendo claridad sobre las consecuencias derivadas de la aplicación de la doctrina de los actos propios y sobre sus distinciones de instrumentos negociales y no negociales, la conclusión inmediata es que se trata de una herramienta de uso residual. En tal sentido, “No corresponde aplicar la doctrina cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola. **Numerosos tribunales han dejado sentada en su doctrina legal la residualidad de la doctrina**” [énfasis agregado] (López Mesa 2013: 268).

En efecto, la doctrina de los actos propios tiene carácter residual, porque en numerosas situaciones en las que se vulnera la confianza protegible existen otros mecanismos legales para conseguir el mismo resultado, que es no contradecirse.

De hecho, en numerosas ocasiones se invoca la doctrina de los actos propios para cuestionar la contradicción con una conducta previa, cuando el remedio para ello es la propia regulación de los negocios jurídicos, que dan a la declaración de voluntad carácter obligatorio. Esto se explica en que la doctrina de los actos propios se empleó con mucha frecuencia mientras no se había articulado la teoría del negocio jurídico en los ordenamientos civiles. Una vez estructurada de manera independiente, carece de sentido invocarla para cuestionar una contradicción cuando esta configura un claro incumplimiento.

“El ámbito operativo de la doctrina del acto propio requiere –como método preliminar- despejarlo de aquellos fenómenos jurídicos que en atención al desarrollo que han logrado, disponen de formulaciones que suministran y abastecen sus fundamentos en propia sede, sin acudir a otros principios que, cual el *venire contra factum proprium*, aparece como construcción dogmática fecunda en sus efectos, pero residual” (Stiglitz 1984: 2).

Es decir, la doctrina de los actos propios debe aplicarse sin invocar una infracción contractual directa. Y ello es así porque no deriva de la fuerza obligatoria de los contratos, sino que comparte con ellos una fuente común: el deber de coherencia del comportamiento para no frustrar las expectativas razonables generadas en otras personas. “Donde parecería tener un campo restringido de aplicación, es en las relaciones jurídicas de índole contractual, ya que el relacionamiento derivado de este vínculo, enmarcaría –por lo menos prima facie- en la eficacia vinculante de dicho negocio, la que debería ser suficiente para superar las diferencias que eventualmente se presentaran en referencia al contenido negocial” (Barbieri 1999: 771).

En tal sentido, el *venire contra factum proprium* y el *pacta sunt servanda* son remedios complementarios, o si se quiere, dos caras de la misma moneda. Ambos, tanto la doctrina de los actos propios como el principio de obligatoriedad de los contratos, son inhibidores de las conductas contradictorias, pero cada uno genera ese efecto dentro de su propio marco de acción.

En el caso del *venire contra factum proprium* no hay un efecto negocial que perdure durante toda la relación jurídica, sino solamente mientras dure la confianza razonable en que la conducta sería coherente. En cambio, el *pacta sunt servanda* es inherentemente negocial, pues el impacto se produce durante toda la vigencia del contrato. “Aunque *conceptualmente* la regla *venire* llegara a estar *dominada* por la regla *pacta sunt servanda*, el uso de la primera sería más expedito que el de la segunda cuando resultara dificultoso decidir si en el caso ha existido una auténtica voluntad contractual (¡y su correspondiente causa!) y el remedio solicitado o conveniente se limitara al simple *mantenimiento del estado de cosas*” (Carrasco 2016: 487).

Ahora bien, el rol acotado que tiene cada uno de estos mecanismos, y el hecho que la doctrina de los actos propios tenga un cometido residual –es decir, que

opere a falta de un remedio contractual directo- no enerva, en mi opinión, su condición de principio del derecho. Nótese en este punto, por lo demás, la conexión con la concepción de buena fe propuesta por Summers como un *excluder*, mencionada en el Capítulo 2 de este trabajo.

En esta línea, es el carácter residual y restringido de la doctrina de los actos propios lo que para Jaramillo explica que no se trate de un principio general del Derecho. No le falta razón cuando anota que, en efecto, esta doctrina opera residualmente, pero, aunque suene paradójico, estimo que es precisamente esta característica lo que favorece su categorización como principio.

Ciertamente, su carácter subsidiario no solamente no impide su calificación como principio, sino que hasta puede ser parte de la justificación para ello. La protección de la confianza razonable es tan importante para la interacción contractual, que en aquellas situaciones en las que no pueden operar los remedios por incumplimiento, puede penetrar la doctrina de los actos propios, llenando así las rendijas por las cuales pueden filtrarse los comportamientos oportunistas. Ello es así porque los principios informan el ordenamiento jurídico.

En el caso de la buena fe y la doctrina de los actos propios, son principios de Derecho fundamentales para una convivencia sana y razonable, en la que los comportamientos sean predecibles debido al respeto de la confianza generada. A diferencia de las reglas, es menos claro definir los supuestos de hecho para que el principio pueda invocarse y genere una consecuencia jurídica.

La dificultad de la aplicación de la doctrina de los actos propios se encuentra precisamente en la indefinición de los supuestos de hecho en los que opera, lo que es compatible con su carácter de principio y su vocación residual, cuyo objetivo es no dejar de ofrecer un remedio justo cuando una de las partes ha generado confianza razonablemente protegible, sobre la base de la cual su contraparte ha construido una expectativa, de modo que actuar de manera contraria a ella y obtener así una ventaja inesperada, es injusto.

Jaramillo considera que el radio de acción de la doctrina de los actos propios es amplio (Jaramillo 2014: 28). Tal afirmación representa una paradoja si la contrastamos con el carácter residual de la doctrina de los actos propios. Sin embargo, ambas nociones pueden conciliarse. En efecto, por tratarse de un principio de Derecho, la doctrina de los actos propios puede ser aplicada ante un amplio espectro de actuaciones incoherentes siempre que se satisfagan los requisitos para ello; pero al mismo tiempo tiene carácter residual y por tanto su aplicación está acotada a la falta de otros remedios. Ello es consistente con el hecho que la buena fe, si bien fue reduciendo su campo de acción para dar lugar a otros remedios que hacían exigibles los pactos contractuales de manera más directa, no ha perdido relevancia a través de los años –de los siglos- para lograr un entendimiento más cabal de las obligaciones adquiridas por las partes.

4.4 Análisis de la doctrina de los actos propios mediante algunos casos prácticos.-

Luego de distinguir la doctrina de los actos propios de otros remedios negociales y no negociales, y por tanto, habiendo comprendido su carácter acotado, a continuación se presentan algunos casos prácticos complejos, a través de los cuales aporto mayor claridad sobre los límites dentro de los cuales la doctrina de los actos propios puede operar. Se verá que su espacio es reducido y residual, lo cual no le resta utilidad, sino que al contrario, la potencia.

4.4.1 Primer caso: cesión de derechos de empresa insolvente¹⁷².-

Un Banco ("el Banco") y una Empresa ("la Empresa") decidieron llevar a cabo una operación financiera, cuya estructuración requería la celebración de tres contratos que tenían la categoría de "conexos" pues conformaban un conjunto de acuerdos que respondían a la misma finalidad económica. Ninguno de los contratos tenía sentido sin los otros. El caso tiene elementos internacionales, pues mientras el Banco se constituyó en Perú, la Empresa fue constituida en España.

El primer contrato era uno de cesión de créditos, que la Empresa ostentaba frente a un deudor domiciliado en Colombia, con quien estaba enfrentada en un arbitraje para lograr el cobro. El Banco pagó cinco millones de dólares por la cesión dichos créditos, que sabía eran litigiosos. A este contrato se le aplicaba la ley española.

Para pagar a la Empresa la contraprestación por la cesión de los créditos, el Banco abrió una cuenta corriente en el Perú. Como este segundo contrato no se celebró por escrito, se discutió cuál era el lugar de celebración, pues ello era importante para definir la ley aplicable. Según las reglas peruanas, se entiende celebrado donde la aceptación es conocida por el oferente, por lo cual la ley peruana se aplicaba al contrato de cuenta corriente¹⁷³.

Finalmente, el tercer contrato es uno de depósito a plazo. Para resguardar su patrimonio, el Banco exigió que los cinco millones que debía pagar por la cesión se depositasen en una cuenta bancaria. A este contrato se le aplicaba la ley peruana, por haber sido celebrado en el Perú. Este contrato servía para retener el precio pagado por el Banco a cambio de los créditos, pues, además de garantizar la existencia y legitimidad de los créditos, la Empresa debía restituir el precio si operaba alguna de las condiciones resolutorias pactadas en el contrato de cesión.

En efecto, en el contrato de cesión se pactó que el Banco podría resolverlo si la solvencia de la Empresa se veía deteriorada. Esto último se producía

¹⁷² Esta sección del presente trabajo toma como referencia un artículo publicado por la autora de esta tesis. La redacción de los hechos del caso es similar a la planteada en dicho trabajo (O'Neill 2005: 45-47).

¹⁷³ Como los jueces peruanos eran competentes para resolver el caso, había que tener en cuenta la "lex fori", de modo que las normas peruanas sobre contratos entre ausentes eran las pertinentes para saber dónde se celebró el contrato de cuenta corriente.

automáticamente, según el propio contrato, si la Empresa prestaba en España una solicitud para la declaración de suspensión de pagos (equivalente a ingresar a un procedimiento concursal). La Empresa solicitó la suspensión de pagos a las autoridades españolas. En consecuencia, el Banco resolvió el contrato de cesión, de modo que correspondía la restitución de las prestaciones; es decir, debían devolverse los créditos y los cinco millones.

Los tres contratos estaban estrechamente vinculados: el de cesión de créditos, el de cuenta corriente y el de depósito a plazo. El de cesión era el contrato "principal" y se le aplicaba la ley española, mientras que los de cuenta corriente y depósito eran una suerte de contratos "satélite" y se les aplicaba la ley peruana. Los contratos estaban tan vinculados que, si la cesión no se producía, no había cuenta corriente que abrir ni depósito "en garantía" que constituir.

Tratándose de contratos conexos, la ineficacia del contrato principal arrastra a la del contrato accesorio o satélite¹⁷⁴. En tal sentido, al extinguirse el contrato de cesión (debido a la suspensión de pagos), la Empresa debía devolver al Banco los cinco millones recibidos a cambio de los créditos. Al mismo tiempo, el Banco debía devolver a la Empresa los fondos depositados, debido al cierre de la cuenta de depósito (debía cerrarse porque ya no había contrato al que estaba conectada).

Debía entonces operar una compensación, pues el Banco debía devolver a la Empresa cinco millones (por la extinción del contrato de depósito), y a su vez la Empresa debía devolver al Banco cinco millones (por la resolución del contrato de cesión). La compensación entre ambos montos se llevó a cabo en la cuenta corriente. Compensadas ambas obligaciones, el Banco se dio por satisfecho, pero la Empresa no. La Empresa sostenía que la solicitud de suspensión de pagos presentada en España activó la prohibición de cobrar deudas o compensar créditos.

El Banco replicó que el proceso judicial de suspensión de pagos iniciado en España no tenía efectos en el Perú, donde se ubicaba la cuenta corriente. Para tener efectos era necesario un proceso de reconocimiento judicial de sentencias extranjeras (exequátur). Es más, sostuvo que incluso si se hubiera reconocido en el Perú la suspensión de pagos, la ley peruana obliga a satisfacer primero las acreencias peruanas. Además, la ley peruana permite a los Bancos compensar sus créditos incluso con deudores insolventes.

Para la Empresa, en cambio, no cabía la compensación porque su deuda frente al Banco era inexigible e ilíquida. Era inexigible porque había que esperar que la junta de acreedores re programe el pago de las deudas. La deuda era ilíquida,

¹⁷⁴ Tratándose de "contratos conexos", es importante tener en cuenta que la "consecuencia económica de la vinculación de contratos que son estructuralmente independientes pero funcionalmente conectados, es que el resultado planeado por las partes solo puede conseguirse si se mantienen vigentes todas las relaciones jurídicas, o, de un punto de vista comercial, si se lleva a cabo el negocio en su conjunto. O sea, aunque desde una perspectiva contractual hablemos en plural (dos o más contratos vinculados), desde una perspectiva comercial el negocio es uno solo" (O'Neill 2005: 46).

porque la junta de acreedores estaba facultada para determinar una reducción de los créditos concursales por la vía de la condonación.

Como puede apreciarse, el conflicto se presentó cuando el Banco decidió resolver el contrato de cesión, debido a la suspensión de pagos tramitada en España, aunque no reconocida en el Perú. Luego, el Banco reconoció eficacia jurídica a la suspensión de pagos, al punto que la invocó como causal de resolución del contrato de cesión. Sin embargo, el Banco desconoció la suspensión de pagos para poder compensar los créditos.

Para la Empresa hay en ello una contradicción evidente, ya que, de un lado, resolvió el contrato de cesión gracias a la suspensión de pagos, pero para compensar los créditos el Banco desconoció la suspensión. Debido a esa contradicción, la Empresa invocó la doctrina de los actos propios.

Según la Empresa, si el Banco hubiera sido coherente con su anterior conducta, no hubiera efectuado la compensación. Es decir, si la suspensión de pagos era relevante para resolver el contrato de cesión, también debió serlo para impedir la compensación en la cuenta corriente, pues las empresas españolas cuyas obligaciones han sido suspendidas no están habilitadas para satisfacer libremente sus acreedores, dado que el orden y plazos en que esto ocurre es determinado al interior del proceso concursal.

La tesis de la Empresa era que el Banco no debió invocar la suspensión de pagos para resolver el contrato de cesión y al mismo tiempo ignorar la suspensión para compensar las obligaciones en la cuenta corriente.

Para la Empresa, se cumplen los requisitos de la doctrina de los actos propios: una conducta vinculante, una pretensión contradictoria y los mismos sujetos.

Según la Empresa, la conducta vinculante que suscitó confianza protegible es el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el contrato de cesión, invocando como causal el deterioro de la solvencia de la Empresa, lo cual se manifestó con la presentación de la solicitud de suspensión de pagos.

La conducta vinculante fue la expresión de que la suspensión de pagos tenía relevancia jurídica para el Banco. No era necesario que la conducta vinculante haya sido expresada a través de una renuncia a la potestad de invocar el exequátur para reconocer todos los efectos de la suspensión. Como ya se ha explicado, si hubiera habido una renuncia no habría sido necesaria la doctrina de los actos propios.

La pretensión contradictoria fue la demanda presentada por el Banco para que se declare la validez de la compensación efectuada en la cuenta corriente, para lo cual fue necesario resolver el contrato de cesión y además desconocer los efectos de la suspensión de pagos española.

Finalmente, los sujetos son los mismos. El emisor de la conducta vinculante, que además ejerció la pretensión supuestamente contradictoria, es el Banco. El sujeto pasivo es la Empresa. Ambos sujetos participaron en dos situaciones

jurídicas. En la primera situación jurídica se ejerció la facultad resolutoria invocando la suspensión de pagos. En la segunda situación jurídica se realizó la compensación, para lo cual, contradictoriamente, se omitió la suspensión de pagos.

Para la Empresa, la consecuencia de aplicar la doctrina de los actos propios es desestimar la pretensión del Banco de que se declare válida la compensación, pues, para que esta se llevase a cabo, el Banco desconoció su propia conducta anterior; es decir, luego de reconocer efectos en España a la suspensión de pagos (para resolver el contrato de cesión), desconoció que los efectos se produjeron en Perú, para así lograr la compensación de las deudas.

La posición del Banco fue precisamente la contraria. El Banco sostuvo que no se cumplieron los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios.

Sobre la identidad de los sujetos es obvio que no había discrepancias. Sí las hubo en relación con la conducta vinculante y específicamente, la confianza que habría suscitado en la Empresa el comportamiento del Banco. El bien jurídico protegido con la doctrina de los actos propios es la confianza que puede generar en un sujeto la conducta practicada por otro en determinada situación jurídica. Dicha confianza debe medirse con un estándar de razonabilidad.

Había que determinar entonces si era razonable que la resolución del contrato de cesión por la suspensión de pagos generase en la Empresa la confianza de que no se produciría la compensación en la cuenta corriente. A diferencia de lo que planteaba la Empresa, el Banco sostuvo que no pudo haberse generado confianza razonable en que, debido a la resolución del contrato de cesión, sustentada en la suspensión de pagos, el Banco estaría impedido de compensar obligaciones en la cuenta corriente. Sostener lo contrario implicaba darle efectos en el Perú a la suspensión de pagos decidida en España, sin que se haya realizado un proceso de reconocimiento judicial en el Perú (exequátur).

A efectos de realizar el análisis de la razonabilidad es esencial tener en cuenta que las partes no suscribieron solo uno, sino varios contratos conexos, celebrados en países distintos y regidos por leyes diferentes. En efecto, mientras el contrato de cesión se celebró en España, los de depósito a plazo y de cuenta corriente se celebraron en el Perú. Mientras que el contrato de cesión se regía por la ley española, los de depósito y de cuenta corriente se regían por la ley peruana.

La ley española era la aplicable al contrato de cesión de créditos y la ley peruana era la aplicable al contrato de cuenta corriente. Entonces, para la ley española y de acuerdo al diseño contractual elegido por las partes, la suspensión de pagos solicitada por la Empresa era razón suficiente para resolver el contrato de cesión. Sin embargo, no se puede extender los efectos de dicha suspensión fuera de las fronteras de España; específicamente hasta un país cuyas reglas de Derecho Internacional Privado exigen la tramitación del exequátur para dotar de efectos jurídicos a una resolución expedida por tribunales extranjeros.

La posición del Banco es que no era razonable esperar que la suspensión de pagos, que sirvió para resolver el contrato de cesión regido por la ley española, surtiera efectos en el Perú, al punto de impedir que se lleve a cabo la compensación, considerando además que la naturaleza de los contratos de cuenta corriente es precisamente realizar compensaciones de créditos.

Sostener lo contrario y concluir que el Banco no podía compensar los créditos le dejaba a este último solo dos alternativas. La primera alternativa era que el Banco hubiera reconocido los efectos de una resolución judicial extranjera –la de suspensión de pagos en España, para prohibir la compensación de créditos en el Perú- sin mediar exequátur. Esta alternativa suponía atentar contra las normas peruanas de orden público, pues para dotar de efectos jurídicos a una resolución extranjera en el país debe iniciarse un proceso judicial de exequatur.

Si lo que la Empresa buscaba era coherencia en las actitudes del Banco frente a la suspensión de pagos, este último tenía una segunda alternativa, en sentido inverso que la primera. La primera alternativa suponía que el Banco fuese coherente en el Perú con la decisión judicial española. La segunda alternativa suponía que, para guardar coherencia con el desconocimiento en el Perú de la suspensión de pagos española, esta suspensión no debió activar la resolución del contrato de cesión. Se habría solucionado el problema de “raíz”: no hay resolución de la cesión y por tanto no hay nada compensar. Esta alternativa no es razonable, pues el contrato de cesión previó que podía ser dejado sin efecto ante una suspensión de pagos tramitada también bajo la ley española.

Nótese que con la primera alternativa la coherencia de las conductas se preserva de la siguiente manera: La suspensión de pagos tiene efectos en España y en el Perú, aunque no hubiera exequátur. Con la segunda alternativa, en cambio, la coherencia se preservaba haciendo todo lo contrario: en ningún caso la suspensión de pagos tenía efectos, ni siquiera en España, de modo que la causal de resolución prevista contractualmente no podría haber operado en ningún caso. Ninguna de las dos opciones tiene sentido.

Este no es un caso sencillo. No lo es, no solamente por la complejidad de los hechos, sino además porque la Empresa planteó un argumento interesante sobre la base de la incoherencia en el actuar del Banco. De un lado, el Banco resuelve un contrato porque la Empresa incurrió en causal de insolvencia o suspensión de pagos, pero de otro lado, ignora dicha suspensión para poder compensar créditos. No obstante, la explicación para la supuesta incoherencia es el carácter internacional del conflicto, lo cual explica que mientras en un país la suspensión de pagos desplegó sus efectos, en el otro país por razones de orden público, dichos efectos no podían suscitarse.

La dificultad del caso radica, como suele ocurrir en los casos en que se invoca la doctrina de los actos propios, en determinar si hay razones para concluir que la confianza de una de las partes se ha visto traicionada. Cabe preguntarse cómo esta podría haberse vulnerado, si la compensación de deudas se produjo en el Perú, país en el cual el patrimonio de la Empresa no gozaba de la protección conferida por la suspensión de pagos dictada en España.

La Empresa hubiera tenido entonces más elementos de juicio para invocar la doctrina de los actos propios si los contratos conexos hubiesen sido celebrados en una misma jurisdicción y se hubiesen regido por las mismas normas, sin el componente internacional que diluyó la confianza alegada por la Empresa.

En suma, independientemente de los argumentos vertidos por ambas partes, lo que demuestra este caso es que las discusiones sobre si es aplicable o no la doctrina de los actos propios suelen ser no solamente interesantes, sino además complejas y muchas veces sin respuestas claras, como ocurre en el caso que se explica a continuación.

4.4.2 Segundo caso: construcción de central hidroeléctrica¹⁷⁵.-

El 12 de agosto de 2008, la empresa estatal HydroFuerza S.A. (“Hydrofuerza”) celebró un contrato con la empresa Boulder Dam S.A. (“Boulder”) para la “Construcción y Operación de la Central Hidroeléctrica Heráclito” (“Contrato”) en el Estado de Costa Dorada.

El Contrato contemplaba detalladamente las obligaciones y roles de cada una de las partes, el presupuesto de obra y el cronograma detallado de los trabajos.

El Contrato no tenía un capítulo especial relativo a pagos, pero la Cláusula Décimo Cuarta señalaba lo siguiente:

“14.1. En la medida que BOULDER haya cumplido con el estado de avance correspondiente para cada fase o hito a contar del hito N° 5 inclusive, HYDROFUERZA deberá pagar a BOULDER la cantidad equivalente a USD 100,000,000 dentro de los cinco días hábiles siguientes a las fechas establecidas para cada hito de acuerdo a la Cláusula Décimo Quinta del Contrato”.

Las partes pactaron que Hydrofuerza pagaría a Boulder el equivalente a USD 100 millones a partir de la etapa o Hito N° 5, establecida en el cronograma del Contrato, contra la presentación de las actas de entrega de los respectivos hitos debidamente certificadas por el ente fiscalizador.

Durante un año y medio desde la firma del Contrato, las obras se desarrollaron con casi completa normalidad. Los primeros tres pagos fueron hechos por Hydrofuerza mediante depósito en dólares en una cuenta de Boulder abierta en un banco de su país de origen, Marmitania.

Sin embargo, por decisión de la junta directiva de Hydrofuerza, el pago correspondiente al Hito N° 8 fue efectuado en Espadas (moneda oficial del Estado de Costa Dorada), en un monto equivalente al tipo de cambio del dólar a la fecha de pago, mediante depósito en la cuenta que Boulder había abierto en Costa Dorada para efectos operativos del Contrato.

¹⁷⁵ El caso que se presenta a continuación es una transcripción resumida del caso desarrollado para la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, y la Universidad del Rosario, Colombia, y llevada a cabo en Washington D.C. en 2012. Los países ficticios a los que pertenecían las partes del Contrato son Marmitania y Costa Dorada.

A pesar de que el cambio en la forma de pago fue reclamado de inmediato por Boulder, Hydrofuerza manifestó que los pagos se habían realizado de acuerdo al Contrato.

Los pagos correspondientes a los Hitos N° 9 y 10 también fueron hechos mediante depósito en Espadas en la cuenta operativa de Boulder en Costa Dorada. Previamente al pago del Hito N° 10, el gobierno emitió un Decreto según el cual todo pago realizado con fondos estatales debía realizarse exclusivamente en Espadas.

La conversión de dinero de Espadas a dólares y su posterior depósito en la cuenta de Boulder en Marmitania representó para Boulder una pérdida de seis por ciento (6%) por cada pago, en comparación a si el depósito hubiera sido realizado directamente por Hydrofuerza en dólares en Marmitania. Esta pérdida obedeció, además de los costos bancarios y transaccionales, a la devaluación de la moneda de Costa Dorada mientras que se recibía el pago y se adquiría su equivalente en dólares, lo que, por aspectos operacionales del mercado, no podía hacerse en forma simultánea.

Aproximadamente dos semanas antes de que se cumpliera el plazo para concluir con las obras correspondientes al Hito N° 11, la única carretera de acceso al lugar de desarrollo de las obras fue tomada por manifestantes, quienes impidieron el paso de vehículos pesados y otro tipo de maquinaria.

La motivación de la toma fue el estado de la economía, las medidas fiscales, el impacto ambiental producto del funcionamiento de la represa y la participación de una empresa extranjera en el proyecto. Dicha situación duró más de dos meses, algo completamente inusual en la historia de Costa Dorada. El encargado de mantener el orden público era el Gobernador, quien evitó el uso de la fuerza en todo momento, prevaleciendo siempre las negociaciones. El Gobierno, por su parte, y de acuerdo con la Ley de Costa Dorada, podía utilizar la fuerza para desalojar a los manifestantes aún sin la anuencia del Gobernador, pero previamente hubiera tenido que decretar un Estado de Sitio en la región, lo cual nunca sucedió por el efecto adverso que eso podría haber tenido en la inversión extranjera y en la calificación de riesgo soberano de Costa Dorada.

El pago correspondiente al Hito N° 11 no fue realizado por Hydrofuerza, por cuanto estimó que Boulder no había cumplido con el avance requerido para dicho pago. Boulder señaló que el bloqueo de la carretera le había impedido la ejecución de la obra y que, al no ser responsable de su causa, Hydrofuerza debió pagar el Hito N° 11. Además, solicitó que se suspenda el plazo del Contrato hasta que se restablezca el orden. Del mismo modo indicó que, en parte, las manifestaciones obedecieron a irregularidades en los permisos y autorizaciones obtenidos por Hydrofuerza.

Mediante un informe del 12 de setiembre de 2010, el Consejo Técnico del Ministerio correspondiente de Costa Dorada, dictaminó que a esa fecha la obra tenía un poco más de un 60% de avance, cuando lo que correspondía era un 80% de la obra.

El 22 de octubre de 2010, Hydrofuerza y dicho Ministerio, sin mediar licitación ni consulta previa con Boulder, decidieron encargar la finalización de la obra a un tercero: FastSolutions S.A., amparándose para ellos en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, según la cual:

“Si las obras no presentan un avance sustancial por más de dos meses, se considerará que ellas han sido paralizadas, habilitándose en tal caso a Hydrofuerza a continuar y, de ser el caso, a finalizar las obras por sí misma o por un tercero. El costo de la continuación y/o finalización de las obras será de cargo de Boulder en caso de ser ella la responsable de la referida paralización o en caso de no haber adoptado las medidas razonables señaladas en el punto anterior”.

En una carta ratificada por el Ministerio, Hydrofuerza le comunicó a Boulder la resolución del Contrato por diversos incumplimientos contractuales.

Frente a ello, el 1 de octubre de 2010, Boulder inició un arbitraje en contra de Hydrofuerza en el cual reclamó una indemnización por los perjuicios causados por los supuestos incumplimientos de su contraparte, especialmente: (i) la realización de pagos en una forma no estipulada en el Contrato o en su aplicación práctica; (ii) la resolución del Contrato por parte de Hydrofuerza, sin que hubiesen existido incumplimientos imputables a Boulder, toda vez que los atrasos fueron imputables a Hydrofuerza y/o al Estado de Costa Dorada; y, (iii) la falta de pago por parte de Hydrofuerza del saldo del precio del Contrato, correspondiente a los Hitos N° 11 y siguientes.

Boulder alegó que la conducta de Hydrofuerza no era amparable en tanto había actuado contra sus propios actos en dos escenarios: respecto a los pagos y respecto a la resolución del Contrato.

En relación con lo primero, la conducta relevante en este caso son los tres primeros pagos realizados en dólares en la cuenta de Boulder en Marmitania, lo que generó confianza en Boulder de que los pagos se realizarían de esa forma, ante el vacío del Contrato en expresar claramente el modo de pago. La conducta contradictoria fue el cambio repentino del modo de pago por parte de Hydrofuerza. Por otro lado, la identidad de sujetos es clara, dado que los pagos que generaron la conducta relevante fueron hechos por Hydrofuerza a Boulder y luego es precisamente Hydrofuerza quien modificó esta conducta anterior generadora de confianza a Boulder.

Para analizar si la forma de pago correspondiente a los tres primeros hitos generó confianza suficiente en que se mantendría en los hitos sucesivos, se tuvo en consideración que, de un lado, ni el Contrato ni las reglas aplicables establecían una forma de pago indubitable, y de otro lado, según el Contrato el pago debía ser equivalente a cierta suma en dólares pero hubo problemas con la conversión de moneda debido a la crítica situación económica y política. Analizar la razonabilidad de la confianza generada por esas circunstancias no era tarea sencilla.

En segundo lugar, en cuanto a la aplicación de la doctrina de los actos propios a la resolución del Contrato, Boulder señaló que la conducta relevante fue la

actuación pasiva del Estado de Costa Dorada (incluyendo al Gobernador) frente a las manifestaciones y bloqueos de carretera. Ello generó en Boulder una confianza en que el Estado no alegaría estas circunstancias a su favor o que se las imputaría a Boulder, cuando, siendo él el único que podía revertir la situación, no lo hizo sino hasta dos meses después. Era relevante en este análisis el hecho que la conducta vinculante o generadora de confianza no fue una actuación de la empresa estatal, sino la omisión por parte del Estado de solucionar el problema suscitado por las manifestaciones en la carretera de acceso a la obra.

La conducta contradictoria alegada por Boulder fue la resolución del Contrato y la designación de una nueva empresa para que termine la obra. Finalmente, la identidad de sujetos puede resultar un poco dudosa en este caso dado que la conducta relevante fue generada por el Estado, mientras que el Contrato fue resuelto por Hydrofuerza; sin embargo, dicha resolución fue ratificada por el Ministerio. Boulder alegó en su favor que el Estado es una entidad con personalidad jurídica única, por lo cual, las actuaciones del Gobernador, del Ministerio o del Gobierno Central se consideran como actuaciones de un mismo sujeto.

En suma, la doctrina de los actos propios fue invocada en este caso pues para Boulder resultaba contradictorio que el Gobernador y el Gobierno Central tuvieran una actitud pasiva frente a los bloqueos de carreteras y las manifestaciones, cuando solo ellos estaban en posibilidad de revertir esta situación, y que luego aleguen este contexto para precisamente resolver el contrato.

Este caso revela una vez más la complejidad de los hechos que usualmente explican la invocación de la doctrina de los actos propios, tal como ocurre con el anterior y con el que se menciona a continuación.

4.4.3 Tercer caso: operación de factoring.-

En abril de 2013, la empresa A celebró un contrato con un Gobierno Regional a fin de construir una obra pública en un hospital (en adelante, "Contrato Principal").

La referida empresa A, a fin de cumplir con sus obligaciones derivadas del Contrato Principal, celebró diversos contratos con la Empresa B, quien se encargaría de diversos suministros (en adelante, "Contratos Satélite").

El contrato referido al sistema de comunicaciones del hospital (uno de los Contratos Satélite) se suscribió el 14 de diciembre de 2016, bajo la modalidad llave en mano y con un plazo máximo de ejecución hasta el 31 de marzo de 2017. En el marco de la ejecución del referido Contrato, la empresa B tuvo problemas de falta de liquidez. Así, acordó con la empresa A que emitiría dos (2) facturas (las "Facturas") por prestaciones todavía no ejecutadas a fin de financiarse y cumplir con sus obligaciones.

El 30 de marzo de 2017, la empresa A y la empresa B suscribieron la Adenda N° 1 al mencionado Contrato Satélite, en la cual se acordó la prórroga del plazo de vigencia hasta el 1 de octubre de 2017.

En ese contexto, la empresa B decidió realizar una operación de *factoring* con la empresa C por las dos facturas emitidas por los servicios no prestados, para lo cual firmaron un Contrato Marco de Transferencia de Créditos el 11 de julio de 2017. La empresa B transfirió a favor de la empresa C los créditos representados por facturas “negociables”.

El 12 de julio de 2017, la empresa C envió un correo a la empresa A mediante el cual le puso en conocimiento la operación de *factoring* y le solicitó que manifieste su conformidad sobre las facturas. En esa misma fecha, un representante de la empresa A le remitió un correo al personal de la empresa C donde le indicó que “las facturas son conformes”.

Adicionalmente, el 17 de julio de 2017, la empresa C envió una carta notarial a la empresa A para comunicarle formalmente la cesión de algunas facturas.

El 29 de agosto del 2017 la empresa C remitió un correo electrónico a la empresa A solicitándole sus estados financieros con la intención de evaluar si era económicamente viable seguir ofreciendo las operaciones de *factoring* a más proveedores asociados a la obra del hospital. En la misma fecha, la empresa A contestó que tenía conocimiento de que la empresa C realizaba *factoring* con sus proveedores y que a pesar de no entender el requerimiento procedería a facilitar la información.

Posteriormente, el 26 de setiembre de 2017, la empresa A remitió una comunicación a la empresa C a fin de manifestarle que habían tenido algunos problemas con el pago por parte del Gobierno Regional, pero en ningún momento manifestó su disconformidad con el servicio que sustentaba las facturas ni menos aún con la exigibilidad de su cobro.

La empresa A alega que, a la fecha de finalización del Contrato, la Empresa B no había ejecutado sus obligaciones en absoluto, por lo que contrató a una empresa para que realice la liquidación del Contrato Satélite.

Mediante carta notarial del 17 de noviembre de 2017 remitida a la empresa C, la empresa A señaló que no pagaría los montos indicados porque la empresa B había incumplido con efectuar los trabajos a los que se encontraba obligada.

En ese contexto, la empresa A presentó una demanda contra la empresa B por incumplimiento de algunos de los Contratos Satélite. La empresa A solicita que se declare que no existe monto pendiente de pago de su parte a favor de la empresa B. En ese sentido, solicitó que se declaren inexigibles las obligaciones de pago contenidas en las Facturas, puesto que responden a obligaciones no ejecutadas en el marco de los Contratos Satélite.

La empresa A sostiene que la empresa B no solamente le ha generado perjuicios por su incumplimiento sino también por las facturas que le transfirió a la empresa C, quien pretende cobrarlas a pesar de que la empresa B incumplió el Contrato.

Por su parte, la empresa C solicita al Tribunal que declare que las Facturas son exigibles producto de la tutela a la confianza generada y al principio de los actos propios. En concreto, la empresa C afirma que la empresa A tenía conocimiento del *factoring* y que, además, realizó actos determinantes para que se realice dicha operación, por lo cual en todo momento ha actuado en el marco de la confianza que le generó la empresa respecto a que las facturas efectivamente serían pagadas. Asimismo, sostiene que las relaciones entre la empresa A y la empresa B son totalmente ajenas a ella.

Así las cosas, la empresa A señala que no debe pagar las facturas porque la empresa B no ha cumplido con sus obligaciones, por lo cual dichas facturas se tornarían inexigibles. Por su parte, la empresa C indica que la empresa A debe pagar las facturas puesto que de no hacerlo incurriría en una actuación contraria a la doctrina de los actos propios, dado que la empresa A brindó su conformidad al *factoring* y además realizó actuaciones, como el proporcionar los estados financieros, que generaron confianza sobre la exigibilidad de las facturas. La empresa B no contestó la demanda ni se apersonó al proceso.

En este caso no es controvertido el incumplimiento de la empresa B; lo controvertido resulta determinar si la empresa A, producto de la confianza generada y la doctrina de los actos propios, está obligada al pago de las facturas, a pesar de que las obligaciones que las respaldan no hayan sido ejecutadas.

La empresa C señaló que la doctrina de los actos propios es aplicable al presente caso dado que: (i) la empresa A brindó su conformidad al servicio, (ii) facilitó información y (iii) dirigió un correo a la empresa C señalando que estaban experimentando algunos problemas de cobro al Gobierno Regional y solicitan la comprensión del caso.

Los elementos para definir si es aplicable la doctrina de los actos propios son los siguientes: una conducta vinculante, una pretensión contradictoria y los mismos sujetos.

En cuanto a los sujetos, en este caso son los mismos. El emisor de la supuesta conducta vinculante es la empresa A, que, como sujeto activo, es quien además ejerció la pretensión supuestamente contradictoria. El sujeto pasivo sería la empresa C, que ha sido demandada con la pretensión contradictoria. Los protagonistas de ambas situaciones jurídicas son pues los mismos. La primera situación jurídica es el conjunto de los siguientes hechos: (i) la empresa A brindó su conformidad al servicio, (ii) facilitó información y (iii) dirigió un correo a la empresa C señalando que estaban experimentando algunos problemas de cobro al Gobierno Regional y solicitan la comprensión del caso. La segunda situación jurídica es la negativa de pago de las facturas. Los sujetos que protagonizan ambas situaciones son los mismos.

La conducta vinculante sería el conjunto de manifestaciones mencionadas, que hicieron creer a la empresa C que la empresa A se haría cargo del pago de las facturas. La pretensión contradictoria, por su parte, radica en desconocer el pago de las facturas.

Por las razones anteriores y habiendo acreditado la existencia de los tres elementos necesarios para que opere la doctrina de los actos propios, la empresa C considera que debe desestimarse la pretensión de la empresa A de declarar inexigibles las facturas¹⁷⁶ porque de este modo, se estaría desconociendo su conducta anterior.

Los tres casos antes explicados son una muestra de la complejidad que recubre los problemas que, con razón o sin ella, se pretende solucionar con la doctrina de los actos propios. De allí la importancia de conocer sus requisitos y de distanciarla de otros remedios más apropiados para poner fin a las controversias. Como se verá a continuación, son numerosas las situaciones en las que los operadores jurídicos la aplican desprolijamente.

4.5 Ejemplos de uso irreflexivo de la doctrina de los actos propios.-

El uso flexible de una institución jurídica que emana de un principio de derecho, como la buena fe, no debe confundirse con su uso exagerado y desprolijo. Esto es lo que ha ocurrido con la doctrina de los actos propios, aplicada por los operadores jurídicos de manera excesiva, al punto de vaciarla de contenido. Algunos ejemplos a continuación.

Uno de los casos emblemáticos en los que la jurisprudencia española aplicó la doctrina de los actos propios es el recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo STS 62/1982 del 21 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2588). Ocurrió que un contratista efectuó una obra para un amigo de su familia. Cuando solicitó el pago de sus honorarios por la obra realizada, el amigo replicó que durante años había brindado servicios médicos a su familia de manera gratuita, de modo que, en reciprocidad, rechazaba la pretensión de pago de los honorarios por la construcción. El médico informó además que ante la pretensión de cobro compensaría aquellas sumas que omitió cobrar por sus servicios médicos (Carrasco 2016: 529). El Tribunal Supremo tuvo razón en rechazar el intento del médico de efectuar la compensación de los honorarios. En lo que se equivocó fue en invocar la doctrina de los actos propios para ello.

El caso mencionado en el párrafo anterior es un buen ejemplo de una aplicación innecesaria y por tanto equivocada de la doctrina de los actos propios. La solución del caso era más simple. Los servicios médicos fueron prestados de forma gratuita, de modo que pretender una compensación implicaba cambiar gratuidad por onerosidad, sin mediar una modificación de los términos del contrato. En otras palabras, la compensación no podía hacerse porque ello suponía desconocer la obligatoriedad de las estipulaciones del contrato, una de las cuales es que los servicios médicos eran gratuitos.

¹⁷⁶ La posición de la empresa A era que bajo ningún supuesto las facturas eran exigibles, dado que las obligaciones que las respaldan no habían sido ejecutadas.

En otro caso, ante un incumplimiento de un contrato de seguros en relación con la garantía por repuestos, la empresa aseguradora omitió ejercer su facultad de terminación del contrato, el cual se renovó a pesar de haber advertido una infracción; la aseguradora incluso cobró la prima correspondiente al nuevo período. La compañía fue demandada como consecuencia de un siniestro. Fue recién con la contestación de la demanda que la aseguradora ejerció la facultad de resolver el contrato. En el laudo arbitral que resolvió la disputa se señaló que “si bien es cierto la ley no le impone a la aseguradora en principio un límite temporal para poder formular la excepción de incumplimiento de la garantía, no lo es menos, que por tratarse de un contrato de ubérrima buena fe en el ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato debió haberse ejercido por lo menos treinta (30) días antes de haberse trabado la litis”. Este laudo fue emitido en marzo de 2013, en el arbitraje promovido por TractoChevrolet Ltda. contra Seguros Comerciales Bolívar (Jaramillo 2014: 561).

Es complicado opinar sobre la decisión adoptada en un caso respecto del cual no se conocen todos los detalles. Sin embargo, teniendo en cuenta la información disponible respecto del caso mencionado en el párrafo anterior, es discutible que la doctrina de los actos propios impida ejercer la facultad resolutoria derivada de un incumplimiento contractual. Cuestionar la resolución del contrato por el hecho que haya ocurrido después de la renovación automática del contrato, alegando para ello la doctrina de los actos propios, es un argumento débil, a menos que las circunstancias hayan sido lo suficientemente contundentes como para generar confianza en que el incumplimiento sería tolerado por la aseguradora.

En un tercer caso se cambió el horario de un vuelo y se informó de ello a un pasajero afectado, que no expresó disconformidad. Algún tiempo después, el pasajero formuló un reclamo y la aerolínea invocó la doctrina de los actos propios para solicitar que se declare inadmisibles las pretensiones de indemnización (Borda 2017: 89). Esta línea de defensa fue acogida por la corte que resolvió el caso. Si ese fue el único argumento para oponer la doctrina de los actos propios al reclamo formulado, su debilidad es evidente. En efecto, el silencio frente a un incumplimiento y la falta de reclamación inmediata no es impedimento para que el afectado plantee posteriormente un reclamo por la vía pertinente y en los plazos establecidos.

Un cuarto caso en el cual la doctrina de los actos propios fue incorrectamente aplicada involucró a una empresa operadora de un centro comercial que celebró un contrato con una tienda por departamentos. El contrato autorizó a esta última a poner fin a la relación contractual ante la falta de operación del centro comercial por un plazo determinado. Ocurrió la pandemia por COVID19 y el gobierno dictó estrictas medidas de confinamiento obligatorio y cierre de centros comerciales. La tienda por departamentos adoptó medidas para acatar los protocolos sanitarios de apertura, pero luego de haberlo hecho, ejerció la facultad contenida en el contrato para dejarlo sin efecto. La empresa operadora del centro comercial invocó la doctrina de los actos propios para impedir el ejercicio de ese derecho, alegando que la adopción de los protocolos de apertura generó confianza razonable y protegible de que el contrato se mantendría vigente. Tal intento debería ser infructuoso. La preparación para una posible apertura cumpliendo la

regulación dispuesta en una situación de emergencia, que se caracteriza por abruptos cambios de circunstancias fuera de control, no es razón suficiente para que un comerciante sofisticado se oponga al ejercicio de un derecho emanado del contrato.

En un quinto caso, un socio reconoció por escrito haber recibido la convocatoria para participar en una junta. Posteriormente el mismo socio señaló que impugnó tardíamente las decisiones adoptadas en la junta a la que no asistió porque tomó conocimiento de la convocatoria meses después de haberse realizado aquélla. Ante esta contradicción se invocó la doctrina de los actos propios (Borda, 88). Sin embargo, esta línea de defensa es equivocada. Lo que ocurrió fue más bien un reconocimiento expreso y con efectos vinculantes, de haber sido citado oportunamente, de modo que la invocación a la doctrina de los actos propios es no solo innecesaria sino además equivocada.

Un sexto caso involucró a madre que transfiere la propiedad de una finca a su hija, quien a su vez luego la vendió a un tercero. Tras el fallecimiento de la madre se produjo la apertura de la sucesión, concurrendo como herederos en partes iguales únicamente sus dos hijos. En la escritura de aceptación de herencia, partición y adjudicación de los bienes, no apareció mencionada la finca, y ambos herederos se dieron por satisfechos y renunciaron a cuantas acciones habrían podido corresponderles. Uno de los hijos, no obstante, pretendió posteriormente la nulidad del contrato de transmisión y la colación de la herencia de la finca mencionada.

La pretensión fue desestimada sobre la base de la doctrina de los actos propios, aunque simultáneamente la sentencia argumentó que hubo una renuncia de derechos. “Nótese que los mismos hechos con objeto de dos calificaciones jurídicas; se está confundiendo, una vez más, lo que es la declaración de voluntad (expresa o tácita) con lo que es la doctrina de los actos propios” (Tur 2011: 47). La decisión presenta una falla estructural, pues la doctrina de los actos propios es una línea de argumentación incompatible con un elemento negocial, como la renuncia de derechos.

En un séptimo caso se produjo un acto de resolución contractual, a partir del cual una de las partes requirió la devolución del automóvil materia del contrato en perfectas condiciones, pero a su vez pretendía devolver la suma dineraria recibida, pero sin actualizarla por el transcurso del tiempo (Borda 2017: 81). Su reclamo se declaró inadmisibile. Este es otro ejemplo de mala aplicación de la doctrina de los actos propios, pues la equivalencia derivada de la devolución de prestaciones como consecuencia de la resolución del contrato no es consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino de la propia estipulación contractual o de la regulación respectiva.

La doctrina de los actos propios no es tan elástica como se pretende. Tampoco debió ser aplicada para resolver un caso en el cual una persona reclamó una indemnización por daño moral fundado en el agravio presuntamente sufrido por las burlas recibidas en un programa televisivo. Se denegó su pretensión alegando que ella era contraria a sus propios actos, pues esa misma persona había participado, de manera reiterada y voluntaria, en programas televisivos del

mismo estilo, cuyo contenido era la mofa de terceras personas (Borda 2017: 86). En tal caso no era necesario acudir a la doctrina de los actos propios para denegar la petición indemnizatoria, no solamente porque no se cumple el requisito de identidad de sujetos, sino porque la propia noción de daño moral es lo suficientemente permeable como para admitir o rechazar la pretensión planteada.

Finalmente, en aras de la doctrina de los actos propios tampoco puede sostenerse que si el arrendador concedió dos prórrogas al inquilino, entonces está obligado a ofrecer una tercera; o que si toleró un retraso en el pago de la renta debe además tolerar retrasos futuros. Para que esto sea posible debe asegurarse que la conducta inicial (tolerancia al retraso en el pago) que luego se contradice generó confianza razonable en que se mantendría en el tiempo.

Estos casos son reveladores de que el uso irreflexivo de la doctrina de los actos propios por parte de las cortes¹⁷⁷, sumado a la confusión en la que incurren algunos autores, mella la utilidad de esta herramienta, que precisamente por ser residual, sirve para llenar las rendijas a través de las cuales se pretende eximir de consecuencia alguna a quien se contradice de forma inaceptable.

En efecto, "... este explosivo uso de la institución ha sido realizado de forma irreflexiva; se echa en falta, aun en los razonamientos de las Cortes de Apelaciones y Suprema, un verdadero estudio acerca de su determinación, fundamento y límites" (Padilla 2013: 137). Lo que esto genera, desde luego, es una corriente que critica el uso de la doctrina de los actos propios como una peligrosa herramienta que crea incertidumbre para las partes (Bernal 2010: 256).

Las cortes suelen emplear la doctrina de los actos propios no solamente confundiéndola con otras figuras sino además aplicándola "a mayor abundamiento"; es decir, para reforzar un determinado argumento que ya tiene justificación suficiente. "La doctrina de los actos propios se invoca por los abogados en múltiples casos como una forma de despertar un sentido innato de justicia. Por su parte, los jueces y magistrados suelen aplicarlo como un argumento a mayor abundamiento" (Díez Sastre 2018: 64).

"El caso es que, salvo excepciones honrosas, hasta aquí la doctrina se ha aplicado en Argentina sin mayor precisión y ha servido en ocasiones para hacer justicia y en otras, simplemente, para acallar al justiciable [...] Escudo contra pretensiones indebidas, pero también –en ocasiones– artificio para acallar una pretensión juzgada molesta han sido los dos usos para los que ha servido la doctrina" (López Mesa 2009: 194).

La doctrina de los actos propios no tiene un problema estructural o conceptual que interfiera con su adecuada aplicación. Lo que ocurre es que no siempre ha sido correctamente delimitada. Además, como suele pasar en los casos concretos en los cuales es necesario acudir a principios que inspiren su solución, no es tarea sencilla identificar con pulcritud cuáles son los hechos relevantes

¹⁷⁷ Incluyendo a las cortes peruanas, como se verá a partir de los casos reseñados del Capítulo 5.

para generar confianza protegible. Este uso indiscriminado e impreciso ha dado lugar a la llamada “Teoría Expansiva del Acto Propio”.

“Lo que pretendo demostrar aquí es que tal como fue formulado el principio carece de contornos definidos o precisos, en cuanto a lo que son los supuestos de operatividad de las consecuencias jurídicas. Y ello a causa de que no existe un razonamiento suficiente, acerca de la fundamentación del principio, lo que mostrará que la “tesis expansiva” está mal diseñada de base. Es por todo ello que termina superponiéndose con otras instituciones técnicamente bien fundamentadas, como la interrupción de la prescripción y la teoría de la validez de las normas procesales, a las que termina desplazando. Es así que la teoría expansiva del acto propio termina siendo un grave atentado a un pilar del Derecho: la certeza jurídica” (Gandulfo 2005: 364-365).

Las críticas a la existencia y aplicación de la doctrina de los actos propios no terminan ahí. Se ha sostenido que si se admitiera esta regla, debería estar llena de excepciones (Lyon 2010: 67). Además se ha dicho que la exigencia de coherencia atenta contra la libertad individual, pues se debe asegurar el derecho de las personas a no ser coherentes, pues de lo contrario se condenaría hasta a quienes emitieron una opinión (Lyon 2010: 63).

También hay escepticismo sobre la utilidad de la doctrina de los actos propios entre autores peruanos, para quienes es inaplicable debido a que nuestro ordenamiento jurídico ya contempla soluciones más precisas (Morales 2006a: 615).

Tales preocupaciones son comprensibles. “Comparto la preocupación de que algunos operadores jurídicos aplican el principio de los actos propios en situaciones que tienen una regulación específica, lo cual no es correcto. Lamentablemente este error no solo se da en este caso. Sin embargo, debemos tener en cuenta que hay supuestos en los cuales los actos propios [...] son perfectamente aplicables [...] [subrayado agregado]” (Espinoza 2011: 185).

La doctrina de los actos propios no sirve pues para resolver problemas cuya solución se encuentra en herramientas negociales, como la renuncia de derechos o la modificación contractual, por ejemplo, pero ello no enerva que haya espacio suficiente para conseguir con ella un resultado justo; es decir, que quien se contradice traicionando la confianza que generó, asuma el costo de sus propias acciones.

A medida que el tiempo permita una aplicación minuciosa y detallada de la doctrina de los actos propios, es previsible que cada vez sea menos invocada, pero que lo sea con mayor contundencia. Precisamente por eso debe prevenirse su olvido.

Para que “tan precioso instrumento de realización de la justicia” no se vea devaluado y sea más bien apreciado, es necesario ser exigentes tanto al invocarlo, como al defenderse frente a él y sobre todo, al aplicarlo. Quien argumenta a su favor la doctrina de los actos propios, quien pretende descartarla y quien tiene a su cargo la responsabilidad de resolver la disputa, deben ser cuidadosos en su cometido.

Un instrumento que permite repudiar la contradicción dañosa debe ser preservado para ser destinado a obtener resultados justos. La responsabilidad de lograr este propósito no es solamente de los autores que estudian la doctrina de los actos propios o de las cortes, que como ya se vio, han incurrido frecuentemente en confusiones, sino especialmente es responsabilidad de los operadores jurídicos que pretenden beneficiarse de ella o que están convencidos de que no les es aplicable. Es su responsabilidad no solo identificar los requisitos para que opere y contrastarlos con los hechos del caso, sino fundamentalmente conocer sus consecuencias y las diferencias con otros instrumentos, negociales y no negociales, para obtener un resultado justo.

La doctrina de los actos propios no será más útil por ser invocada con mayor frecuencia. Por el contrario, su utilidad se va a desvanecer si se sigue aplicando sin cuidado. Si lo que se quiere es preservarla, procuremos exigir su aplicación solo si no queda más remedio. Plantearse las preguntas correctas es especialmente útil para esta aspiración.

4.6 Test con preguntas sugeridas para determinar la aplicación de la doctrina de los actos propios en un caso concreto.-

Para los casos en que se analiza la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones, Richard Speidel propuso un *test* que contiene algunas preguntas (Haro 2002: 277). Lo que tiene en común el cuestionario que plantea con la doctrina de los actos propios es que en ambos casos la clave para la solución de los problemas es la existencia de confianza razonable. La esencia que subyace a un problema de ruptura intempestiva de las negociaciones de un contrato es definir si el destinatario de la ruptura tuvo buenas razones para confiar en que las negociaciones prosperarían. Algo parecido ocurre cuando se invoca la doctrina de los actos propios. En estos casos, la existencia de contradicción es irrelevante cuando el destinatario de ella no tenía buenas razones para confiar en que la conducta inicial se mantendría en el tiempo.

Es interesante mencionar en este punto, que, como ocurre en los casos en que se analiza la responsabilidad precontractual por la ruptura de tratativas, para llegar a la solución de un caso “de actos propios” no basta con preguntarse simplemente si se ha vulnerado el deber de buena fe, sino que es preferible emplear un estándar de “confianza razonable”.

Las preguntas planteadas por Spiedel para identificar una posible responsabilidad por quebrantamiento intempestivo de negociaciones son las siguientes:

1. ¿Entendió A que B realizó una promesa?
2. Si fue así, ¿conoció B en ese momento el entendimiento de A?
3. Si no lo conoció, ¿qué elementos de la situación sí conoció?

4. Teniendo en cuenta esos elementos y el nivel de inteligencia de B, ¿B podía inferir que, si actuaba o se expresaba de cierta forma, A podía entender que B se había comprometido a algo? Si es así, ¿B tenía razón para prever tal entendimiento?

5. Si no, ¿B podía inferir que existía una probabilidad sustancial de que A entendiera que B se había comprometido a algo? De ser así, B tenía el deber de actuar con razonable cuidado de modo que se evitaran malos entendidos; en caso de no hacerlo, su comportamiento habría resultado preponderante en la generación de confianza en A.

Coincido con Haro en que esta prueba puede aplicarse no solamente en situaciones propias de la responsabilidad precontractual, sino que puede ser de utilidad en otras situaciones en las que se producen comportamientos que inducen a confiar en que ellos serían consistentes a lo largo del tiempo.

“La metodología propuesta tiene el mérito de que reduce enormemente la subjetividad que puede generarse al leer el artículo 1362 del Código Civil y otorga elementos de juicio –consistentes con los objetivos que deben promoverse en la etapa de las tratativas- para la evaluación por nuestras cortes de supuestos de responsabilidad precontractual. **Considero sin embargo que [...] el test no debe limitarse únicamente al análisis de promesas en sentido estricto, sino que es imprescindible que se flexibilice para comprender, además, comportamientos no declarativos que pueden inducir confianza en los privados**” [énfasis agregado] (Haro 2002: 277).

Lo importante en el análisis propuesto, que se encuentra implícito en las decisiones reseñadas, más que evaluar el comportamiento del potencial contratante que resulta lesionado, es analizar si la contraparte podía razonablemente prever que su conducta generaría confianza protegible.

Nótese la semejanza entre dicha afirmación, es decir, que el eje de atención en la responsabilidad precontractual es la conducta de quien generó confianza razonable sobre la posible contratación, y la aplicación de la doctrina de los actos propios.

De hecho, es esta perspectiva la que predomina en los tribunales que adoptaron las decisiones reseñadas bajo la *lex mercatoria*, al considerar que para definir si hay o no apariencia que genera confianza, el análisis debe partir desde la perspectiva de quien obtuvo la ventaja contradiciendo su propia conducta.

Y ello es así porque en el fondo eso es lo que se ha preguntado el legislador del Derecho Privado al establecer numerosas reglas sustentadas en la confianza protegible producida por una parte a favor de la otra.

La determinación de cuántas prácticas y de qué duración son las que generan apariencia protegible, desde luego no puede hacerse de antemano. Lo que sí puede afirmarse es que la existencia de confianza razonable debe analizarse, no solo desde la perspectiva de quien confiando en su contraparte sufre una

desventaja por el cambio de comportamiento, sino también desde la perspectiva de quien obtuvo la ventaja contradiciendo su propia conducta.

Ante cualquier problema de relevancia jurídica, estará en ventaja para resolverlo quien sepa plantear las preguntas adecuadas. Definirlas correctamente depende de los hechos del caso, por supuesto, de modo que un *test* fijado de antemano no garantiza ni que todas las preguntas relevantes hayan sido previstas, ni que las interrogantes propuestas sean pertinentes.

A pesar de lo anterior, al afrontar un problema en el que se discute la aplicación de la doctrina de los actos propios, puede ser de utilidad tener como guía las preguntas que se ofrecen a continuación, inspiradas de cierto modo en el *test* propuesto por Speidel frente a un caso de responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas. Estas preguntas se plantean partiendo de los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios: en primer lugar, una conducta relevante, inequívoca y objetiva; en segundo lugar, una conducta ulterior de carácter contradictorio; y, por último, identidad de sujetos. A continuación, se enumera una lista de preguntas sugeridas para atenuar las confusiones que resultan de hechos complejos.

1. ¿A se comportó de cierta manera frente a B?
2. De ser afirmativa la respuesta, ¿A luego se contradijo?
3. De ser afirmativa la respuesta, ¿hay alguna regla que regule explícitamente dicha contradicción?
4. De ser negativa la respuesta anterior¹⁷⁸, ¿la conducta inicial estaba prevista expresamente en el contrato?
5. De ser negativa la respuesta anterior¹⁷⁹, ¿B considera que la conducta inicial de A sirve para interpretar el sentido del contrato?
6. De ser negativa la respuesta anterior¹⁸⁰, ¿la conducta inicial era válida?
7. De ser afirmativa la respuesta anterior¹⁸¹, ¿hubo suficiente frecuencia de acuerdo con las circunstancias como para generar confianza razonable en que dicha conducta (acción u omisión) se mantendría?
8. De ser afirmativa la respuesta anterior¹⁸², ¿B considera que el comportamiento de A supone una renuncia de sus derechos?

¹⁷⁸ Si la respuesta fuera afirmativa, habría que aplicar la regla prevista y no la doctrina de los actos propios.

¹⁷⁹ Si la respuesta fuera afirmativa, la contradicción supondría un incumplimiento expreso del contrato y no sería necesario aplicar la doctrina de los actos propios.

¹⁸⁰ Si la respuesta fuera afirmativa, la contradicción supondría un incumplimiento tácito del contrato y no sería necesario aplicar la doctrina de los actos propios.

¹⁸¹ Si la respuesta fuera negativa, el *test* debería detenerse porque las conductas derivadas de un contrato inválido sí pueden contradecirse (con las salvedades antes explicadas).

¹⁸² Si la respuesta fuera negativa, no habría sustento para alegar que existe confianza protegible.

9. De ser negativa la respuesta anterior¹⁸³, ¿B considera que el comportamiento de A coincide con la voluntad de B de cambiar los términos del contrato? Si no hay claridad sobre la respuesta, ¿B considera que el nuevo comportamiento de A debe necesariamente ser conservado hasta el final de la relación contractual?

10. De ser negativa la respuesta anterior¹⁸⁴, ¿A sabía que B tenía razones contundentes para confiar en su primera conducta?

11. Si la respuesta anterior es afirmativa, la doctrina de los actos propios sería en principio aplicable, a menos que no se cumpla el requisito de identidad de sujetos. En cambio, si la respuesta fuera negativa, teniendo en cuenta las circunstancias, ¿A, o una persona razonable en las circunstancias de A, tenía elementos para inferir que a partir de su conducta anterior (acción u omisión), B podía entender que A la mantendría?

12. De ser afirmativa la respuesta anterior¹⁸⁵, ¿son A y B los únicos protagonistas de la conducta anterior (acción u omisión) y su posterior contradicción?

13. Si la respuesta anterior es afirmativa, la doctrina de los actos propios sería en principio aplicable. En cambio, si la respuesta fuese negativa y también participara un sujeto C, sería necesario preguntarse si existe una relación de representación, o un contrato a favor de tercero, o si se ha producido una transmisión a título universal, a partir de una sucesión hereditaria o una reorganización empresarial.

14. Finalmente, si la conducta inicial fue desplegada por varias entidades estatales, habría que preguntarse si se generó apariencia razonable de que sus actuaciones eran vinculantes para el Estado.

Este capítulo empieza con una remisión a Aída Kemelmajer de Carlucci, quien con acierto sostiene que la doctrina de los actos propios “no es alquimia milagrosa ni puede ser la “tríaca máxima” del médico antiguo, que era la combinación desesperada de todos los elementos medicinales conocidos en una sola pócima, cuando se había perdido la esperanza en salvar al paciente” (López Mesa y Roger Vide 2013: 173). De igual forma, las preguntas del *test* que planteo no son lo suficientemente milagrosas como para asegurar respuestas asertivas, pero pueden servir para orientar la búsqueda en los hechos del caso, de señales que indiquen si nos dirigimos a la solución correcta.

4.7 Ideas finales.-

La verdadera utilidad de la doctrina de los actos propios será encontrada cuando los operadores jurídicos y agentes económicos adviertan que su función es más limitada que extendida. Y lo es porque la evolución del Derecho ha ido generando

¹⁸³ Si la respuesta fuera afirmativa, no podría invocarse la doctrina de los actos propios, sino alegarse que la conducta posterior es contradictoria con una renuncia, que tiene efecto negocial y por tanto obligatorio.

¹⁸⁴ Si la respuesta fuera afirmativa, no podría invocarse la doctrina de los actos propios, sino alegarse la modificación del contrato.

¹⁸⁵ Si la respuesta fuera negativa, no podría invocarse la doctrina de los actos propios.

diversos mecanismos de protección de la confianza generada a través de la palabra empeñada. Muchos de esos medios de protección tienen carácter negocial, de modo que es innecesario acudir a remedios más opacos que el derivado de un claro incumplimiento.

De allí que sea indispensable para un cabal entendimiento de la doctrina de los actos propios, deslindarla de otras categorías jurídicas, tanto negociales como no negociales.

Una vez efectuadas las distinciones, la conclusión inmediata es que la doctrina de los actos propios tiene carácter residual, porque en numerosas situaciones en las que se vulnera la confianza protegible existen otros mecanismos legales para conseguir el mismo resultado, que es no contradecirse.

Ciertamente, su carácter residual no es incompatible con su calificación como principio, sino que incluso lo explica. Así, la protección de la confianza razonable es tan importante para la interacción contractual, que en aquellas situaciones en las que no pueden operar los remedios previstos para el incumplimiento, la doctrina de los actos propios puede penetrar y llenar las rendijas por las cuales se pretende filtrar comportamientos oportunistas.

Ahora bien, la doctrina de los actos propios no es tan elástica como se pretende, de modo que su uso irreflexivo mella su utilidad. Sin embargo, a medida que el tiempo permita una aplicación minuciosa y prolija, es previsible que se invoque con menor frecuencia, pero con mayor contundencia.

Para lograr esto último es indispensable plantearse las preguntas correctas, que por cierto no son lo suficientemente milagrosas como para asegurar respuestas asertivas, pero pueden servir para orientar la búsqueda en los hechos del caso, de señales que indiquen si nos dirigimos a la solución correcta.

El hecho que la doctrina de los actos propios tenga capacidad para desplegar efectos en un espacio reducido no le resta importancia y utilidad para generar eficiencia en el tráfico jurídico, pues cuanto más se tutele la confianza en las relaciones comerciales, menores serán los costos de negociación y de ejecución, y mayor será la eficiencia y productividad.

Tampoco le resta utilidad a la doctrina de los actos propios el hecho que sea aplicada por las cortes sin que ninguna norma imperativa así lo ordene explícitamente. Por el contrario, si concebimos el Derecho como el resultado de la interacción y no la causa de ella, ello es una buena razón para ser amigable con su aplicación, pues revela su capacidad adaptativa.

Así lo entienden las cortes peruanas y los operadores jurídicos incluso de áreas ajenas al Derecho Contractual, como se verá en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

USO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS POR LAS CORTES JUDICIALES PERUANAS Y SU USO EN ÁREAS AJENAS AL DERECHO CONTRACTUAL. HACIA UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN

“Quien crea una apariencia de derecho, se hace prisionero de ella”
Louis Josserand¹⁸⁶

5.1 Introducción. Sin un alcance práctico la teoría es insuficiente.-

La doctrina de los actos propios, como todo principio de derecho, tiene por vocación alcanzar la justicia. Es una eficaz herramienta contra la incoherencia que traiciona la confianza razonable en que cierto comportamiento no será contradicho. Como todo principio de derecho, sirve para cubrir las rendijas a través de las cuales pretende colarse la arbitrariedad que perturba la interacción humana.

Ahora bien, como se vio en el Capítulo anterior, la doctrina de los actos propios necesita ser encuadrada para evitar que se produzca un movimiento pendular que, paradójicamente, la haga un instrumento inservible por su falta de precisión. Su delimitación supone hacer, de un lado, un deslinde teórico para evitar traslapes con otras herramientas jurídicas que repudian la contradicción, y de otro lado, una minuciosa exploración de los hechos del caso para resolver el problema de manera contundente.

Desafortunadamente, no son pocos los autores y operadores jurídicos que, descuidando una estricta demarcación, han traspasado los límites de la doctrina de los actos propios, generando escepticismo e incluso rechazo a su aplicación, aplicación que como se verá en este Capítulo, opera también fuera del espacio contractual.

Las herramientas jurídicas son soluciones eficaces a los problemas de las personas solamente si las cortes son capaces de comprenderlas y llevarlas a la práctica. De allí la importancia de contrastar los alcances teóricos mencionados en los capítulos anteriores, sobre los presupuestos, consecuencias y distinciones de la doctrina de los actos propios, con el entendimiento que de esta tienen los jueces peruanos.

Las decisiones judiciales que se citan a continuación son una muestra del amplio espectro en el que son emitidas, desde una verificación minuciosa de sus requisitos, hasta una aplicación laxa y descuidada, que no solamente genera una solución injusta o poco técnica, sino que además debilita esta herramienta.

La primera sentencia, mencionada a continuación, es de singular relevancia en el ordenamiento jurídico peruano, pues fue emitida como resultado del Primer Pleno Casatorio Civil, Casación N° 1465-2007-Cajamarca (en lo sucesivo, “Pleno

¹⁸⁶ (Citado en Facco 2017: 33).

Casatorio”), para acoger de manera explícita la doctrina de los actos propios como herramienta de solución de controversias.

5.2 Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007-Cajamarca.-

El 2 de junio del 2000 un camión de titularidad de la empresa Ransa Comercial S.A. que transportaba mercurio, el cual era de propiedad de Minera Yanacocha, se volcó y produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, Cajamarca. Producto del vistoso color del metal y el desconocimiento, un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieron el mercurio sin conocer sus efectos dañinos.

Posteriormente el mismo día, se produjo un segundo derrame de mercurio en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, también en Cajamarca, en una longitud aproximada de 27 Km de la carretera.

Por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio durante varias horas, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, los familiares de quienes recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases emanados.

Producto del contacto con el mercurio, los pobladores empezaron a sufrir consecuencias físicas tales como mareos, vómitos, reacciones en la piel, entre muchas otras, y reclamaron a las empresas involucradas.

En dicho escenario, el 2 de setiembre de 2000, Minera Yanacocha S.R.L. y Giovanna Angélica Quiroz Villaty celebraron tres transacciones extrajudiciales. Una de ellas se hizo por derecho propio, la segunda por representación de su hijo de 15 años y la tercera en representación de sus dos últimos hijos. En las últimas dos transacciones se condicionaba el pago final del monto acordado a que se contara con la autorización judicial para celebrar la transacción, lo que ocurrió meses después.

La primera transacción fue por S/ 2,625.00, la segunda por S/ 5,625.00 y la tercera por S/ 7,875.00. Las transacciones comprendieron el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame. En todas estas transacciones se acordó que la empresa proveería de un seguro de salud a favor de la parte afectada, sin costo para esta, que, por el plazo de cinco años, cubriría los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio, seguro que podía ser renovado en caso la parte indemnizada necesitase atención médica y presentase alguna enfermedad derivada del derrame de mercurio que requiriese atención médica por un período adicional a la vigencia del seguro. Dos meses después se celebraron adendas a las tres transacciones mencionadas, por las cuales se acordó duplicar todos los montos.

Luego de efectuados los pagos, la Señora Quiroz inició un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad

extracontractual, en representación propia y de sus tres menores hijos (la “Demandante”), contra las empresas Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y el Señor Arturo Blanco Bar (el conductor del camión) (los “Demandados”)¹⁸⁷. Se plantearon diversas excepciones, pero lo relevante de cara al presente trabajo es cómo la Corte Suprema analizó la doctrina de los actos propios para resolver la controversia suscitada¹⁸⁸.

En primer lugar, la Corte Suprema indicó que *“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 con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”* (Poder Judicial 2007a: 47). Nótese que no la califica como principio sino como regla, aunque no ofrece una explicación para asumir esta postura.

Afirma la Corte que, en las Transacciones, las partes acordaron que Minera Yanacocha S.R.L. indemnizaba a los afectados por el derrame de mercurio que ocurrió en su localidad y que la Demandante renunciaba a cualquier reclamo futuro, por haber sido completamente indemnizada tanto ella como sus hijos por los daños irrogados por el derrame de mercurio.

La Corte Suprema sostiene que las transacciones son válidas por haber sido celebradas de común acuerdo e incluso contar con autorizaciones judiciales en el caso de los menores de edad, por lo cual, concluye que *“resulta contradictorio que la accionante, pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor al que fue materia de transacción”* (Poder Judicial 2007a: 49).

Para la Corte Suprema, la conducta contradictoria de la Demandante se evidencia en diferentes momentos: en primer lugar, al pretender desconocer su conducta anterior de poner fin a un asunto controvertido como fue la reparación de los daños causados por el derrame de mercurio mediante la celebración de las transacciones. En segundo lugar, la demanda no cuestiona la validez de

¹⁸⁷ Como pretensión principal se planteó la siguiente: pago de una suma de dinero ascendente a US \$ 1'800,000.00 por daño material (daño bioambiental y daño a la salud personal) y daño moral; y, como pretensiones acumuladas objetivas accesorias: (i) el pago de un seguro médico y seguro de vida a favor de la Demandante y sus hijos por una suma no menor a US \$ 100,000.00, por el lapso de quince años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas; (ii) que la Demandada cumpla con descontaminar completamente y de modo óptimo sus viviendas, de los materiales químicos cuya presencia ha generado los daños cuya reparación se demanda; y, (iii) el pago de los intereses legales devengados.

¹⁸⁸ La Demandante interpuso recurso de casación contra: (i) los extremos del auto que confirmó la resolución apelada que declaró fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de sus menores hijos; (ii) el auto apelado en cuanto declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión impugnatoria por daño ambiental; y, (iii) la revocación de la decisión de declarar infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la Demandante.

Sobre la decisión de la Corte Suprema de declarar fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción, se ha señalado que esta decisión es equivocada porque la eficacia de la cosa juzgada está reservada a los actos judiciales decisorios en el fondo y porque para oponer esta excepción es necesario que exista un proceso judicial previo concluido por transacción, de modo que no basta con una transacción extrajudicial, como ocurrió en el caso (Ledesma 325).

dichas transacciones. Sobre esto último, la Corte tiene en cuenta que, al absolver las excepciones planteadas por los Demandados, formuló defensas distintas; en una de ellas alegó la nulidad de pleno derecho de las transacciones, mientras que en otra indicó que las transacciones extrajudiciales no cumplían los requisitos procesales para ser planteadas (Poder Judicial 2007a: 52).

A criterio de la Corte, las mencionadas conductas contradictorias dan lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues la Demandante pretende desconocer injustificadamente un acto anterior válidamente realizado (es más, ni siquiera menciona las transacciones en la demanda). Para la Corte, si la Demandante consideraba que las transacciones adolecían de vicios debió solicitar su nulidad, pero en modo alguno puede actuar de manera contraria a una conducta anterior como fue la de renunciar a iniciar cualquier proceso judicial vía las transacciones. La base de la aplicación de la doctrina de los actos propios para la Corte es el principio de la buena fe, recogido en el artículo 1362 del Código Civil.

Estoy en desacuerdo con la decisión adoptada en la decisión comentada. La contradicción en que incurrió la Demandante no es otra cosa que el desconocimiento de un negocio jurídico y para hacer exigible este último no es necesario invocar la doctrina de los actos propios. De nuevo, no toda contradicción en el comportamiento da lugar a su aplicación. Un incumplimiento de contrato es contradictorio del pacto contenido en él. Lo mismo, es contradictorio plantear una demanda por daños y perjuicios respecto de los cuales se renunció en una transacción.

Para alcanzar el resultado que pretendió lograr la Corte Suprema no hacía falta acudir a una herramienta residual, incompatible además con los instrumentos negociales, como la renuncia tácita de derechos o como la modificación de contratos. La decisión podría haber arribado al mismo puerto con la simple indicación de que la transacción, mientras no se cuestionara su invalidez, debía desplegar todos sus efectos.

En esta misma línea, un voto en minoría de un grupo de vocales supremos señaló que la doctrina de los actos propios tiene una aplicación residual, esto es, que solamente se aplica cuando el ordenamiento jurídico no provee de otra solución para la conducta contradictoria; por consiguiente, no es aplicable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola (Poder Judicial 2007a: 114)¹⁸⁹.

Ahora bien, sin perjuicio de que en el caso concreto la doctrina de los actos propios no haya sido necesaria para alcanzar el mismo resultado, lo cierto es que la decisión comentada fue materia de un Pleno Casatorio. En tal sentido, puede concluirse que independientemente de que sea o no recogida de manera expresa en el ordenamiento jurídico, la doctrina de los actos propios puede ser aplicada para resolver controversias.

¹⁸⁹ El voto en minoría también discrepa con el mayoritario al considerar que la doctrina de los actos propios es un principio (y no una regla), a su vez derivado del principio de la buena fe.

Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, los integrantes de las Salas Especializadas tienen la potestad de “reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”¹⁹⁰.

En relación con la fuerza vinculante de los plenos, el artículo 400 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009, establece lo siguiente:

"Artículo 400.- Precedente judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad"¹⁹¹.

¹⁹⁰ Las fuentes generadoras de jurisprudencia vinculante no son uniformes. Existe un mecanismo general establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (precedentes vinculantes) y uno establecido para procesos civiles en el Código Procesal Civil, artículo 400, referido a los Plenos Casatorios. Sobre los precedentes vinculantes, el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

¹⁹¹ El texto anterior del mismo artículo, vigente al momento de la realización del Primer Pleno Casatorio Civil relativo a la doctrina de actos propios, es el siguiente:

“Artículo 400.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad”.

En la Casación N° 1218-2016-Lima Norte, publicada el 30 de enero de 2018 en el diario oficial El Peruano, la Corte Suprema indicó que la fuerza vinculativa de los plenos casatorios civiles aplica desde el día siguiente de su publicación¹⁹².

La sentencia comentada, recaída en la Casación N° 1465-2007-Cajamarca, fue enfática al señalar su obligatoriedad:

“La jurisprudencia vinculante que se establece por la presente tiene fuerza vinculativa para los jueces de todas las instancias de la República, será de obligatoria observancia para los casos similares, en los procesos de naturaleza homóloga desde el día siguiente a su publicación oficial, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio. No será vinculante para los casos similares que ya fueron resueltos por resolución firme; por tanto, no tendrá efectos retroactivos, sino alcances ex nunc, es decir, efectos sólo a partir del día siguiente de su publicación” (Poder Judicial 2007a: 145).

Aunque no acertó en su aplicación, es adecuado que la Corte Suprema haya dejado sentado que la doctrina de los actos propios es una herramienta relevante no solamente desde el punto de vista teórico, sino que puede ser utilizada para resolver problemas jurídicos concretos.

Las sentencias comentadas a continuación, emitidas antes y después del Pleno Casatorio mencionado, en general tampoco son prolijas al referirse a la doctrina de los actos propios, lo que permite advertir la importancia de delimitarla y reducir su espacio de aplicación, precisamente para fortalecerla, aunque parezca paradójico.

5.3 La doctrina de los actos propios ante las cortes judiciales peruanas.-

Usando distintos buscadores de jurisprudencia, como el elaborado por el Poder Judicial, Iuris Civil, V-Lex, entre otros, identifiqué 33 sentencias emitidas por las Salas Comerciales de la Corte Superior de Lima y por la Corte Suprema en las cuales, además de mencionarse la doctrina de los actos propios, se incluye un desarrollo sobre su significado y posible aplicación al caso concreto. La búsqueda se efectuó empleando como criterio central, su uso en casos de naturaleza contractual y comercial. Los casos no se presentan con el propósito de conferirles valor estadístico, sino para ilustrar sobre cuál es el entendimiento que las cortes mencionadas tienen sobre el uso de esta herramienta.

¹⁹² Si bien no se explica la forma jurídica que adoptan, los plenos casatorios tienen directivas obligatorias y deben ser respetados por los operadores jurídicos (Gómez 2015: 42). Sin embargo, para Javier De Belaunde, los plenos jurisdiccionales están en una situación especial, pues no se les ha atribuido fuerza vinculante, “sino que más bien servirían como espacios de debate y discusión entre los magistrados, con conclusiones que en todo caso podrían expresar ciertas tendencias de la magistratura con vocación de uniformizar sus decisiones, pero no más” (citado por Gómez 2015: 41). Las opiniones sobre los plenos casatorios son diversas. De hecho, se ha señalado que el artículo 400 del Código Procesal Civil es inconstitucional porque permite que un órgano que no ejerce función jurisdiccional (la Sala Plena de la Corte Suprema) se avoque al conocimiento y decisión de un proceso en giro, como efectivamente ocurrió en el caso de la Casación No. 1465-2007-Cajamarca, lo cual infringe el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución y el principio del juez natural (Ledesma 2009: 324).

Luego de presentar una reseña sobre cada uno de los casos, se formularán algunas ideas para resumir las conclusiones que pueden extraerse. De la mención de los casos que se presentan a continuación no puede deducirse que cuento con una opinión suficientemente informada sobre cada uno de ellos. Esto no sería posible, pues para ello habría sido necesario acceder a los expedientes completos, lo cual no era indispensable a efectos de este trabajo.

Esta revisión limitada de las decisiones judiciales adoptadas no impide obtener algunas conclusiones generales, que servirán para contrastarlas con lo que ya se ha dicho sobre los requisitos para aplicar la doctrina de los actos propios, sobre las consecuencias de su uso, y sobre las diferencias con otras herramientas jurídicas de rechazo a la contradicción.

Con la información revisada de los 33 casos, y para una adecuada sistematización de ellos, las sentencias reseñadas han sido clasificadas en seis categorías. Para la selección de las seis categorías he seguido dos pasos. En primer lugar, he separado los casos en los que la doctrina de los actos propios se discute a propósito de cuestiones de fondo (categorías (i) a (v)), de aquellos en los que la doctrina de los actos propios es alegada para cuestionar contradicciones al interior del proceso (categoría (vi)).

En segundo lugar, las sentencias comprendidas en las primeras cinco categorías han sido clasificadas en función de los puntos en común de los temas discutidos (anulación de laudos; anulación de actos jurídicos; obligaciones de dar sumas de dinero; ejecución de garantías; y, temas civiles varios).

Los casos que han sido asignados a cada categoría son los siguientes:

- (i) Demandas de anulación de laudos arbitrales: casos del 1 al 9 (9 casos).
- (ii) Demandas de anulación de actos jurídicos: casos del 10 al 15 (6 casos).
- (iii) Demandas de obligación de dar suma de dinero: casos del 16 al 17 (2 casos).
- (iv) Demandas de ejecución de garantías: casos del 18 al 19 (2 casos).
- (v) Demandas sobre diversos asuntos civiles: casos del 20 al 24 (5 casos).
- (vi) Cuestiones procesales contradictorias: casos del 25 al 33 (9 casos).

A continuación, se presenta la reseña de cada uno de las 33 sentencias según la categoría que les corresponda. Las deducciones que se puede obtener a partir de ellas se presentan en el acápite 5.4, de acuerdo con las mismas seis categorías.

(i) Demandas de anulación de laudos arbitrales:

Las sentencias recaídas en los 9 procesos judiciales no anulan los laudos sometidos a su revisión, pero en ellos se discute la aplicación de la doctrina de los actos propios tanto en los procesos arbitrales como en los propios procesos

de anulación. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

1)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de la República Primera Sala Civil Superior Subespecialidad en materia Comercial Expediente N° 170-2015 2015 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, interpuso una demanda de anulación de laudo por vulneración al debido proceso.
Argumentos de las partes	Uno de los principales argumentos planteado por el Ministerio es que los Árbitros realizaron una indebida aplicación de la teoría de los actos propios, pues omitieron pronunciarse sobre el fondo de la controversia para resolver en favor del Consorcio Cosapi, la demandada.
Decisión	La Corte Superior de Justicia señaló sobre ese extremo que lo que pretende la demandante es que se califiquen los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral, hecho que está expresamente prohibido por el artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje.
Conclusión	El Laudo no se anuló. La demanda fue declarada infundada.

2)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de la República Segunda Sala Civil Superior Subespecialidad Comercial Expediente N° 00093-2015 2015 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, Hospital Santa Rosa, interpuso una demanda de anulación de laudo por una incorrecta acumulación de procesos en el marco del arbitraje, en contra de lo establecido en el Acta de Instalación. La demandada, Tecnología Industrial y Nacional S.A., se opuso.
Argumentos de las partes	La demandante señala que no fue notificada con la solicitud de acumulación planteada por la contraparte y, por lo tanto, se había vulnerado sus derechos.
Decisión	El Poder Judicial deniega el recurso de anulación debido a que no se objetó en el arbitraje la acumulación de pretensiones que hoy se alega como

	<p>supuesto de vulneración al debido proceso. Así, la Corte Superior señaló que “de la cronología glosada se desprende de modo meridiano la ahora nulidisciente no solamente no formuló reclamo u objeción alguna a la acumulación dispuesta por el árbitro único a solicitud de la demandante, sino que incluso procedió en forma totalmente complaciente al no reclamar la denegatoria de nueva remisión del escrito de acumulación (lo que equivale a aceptar que su pedido fue bien denegado), y además solicitar que la demandante adecue y fundamente sus pretensiones, y hecho esto, absolver el traslado que le fue conferido; y finalmente, no formular objeción alguna a la fijación de puntos controvertidos que incluyó aquellas pretensiones acumuladas. En ese sentido, la conducta desplegada por la entidad en el curso del arbitraje refleja su renuncia a objetar por lo que el recurso de anulación interpuesto con el fundamento indicado resulta contrario a sus actos propios; por tanto, es de suyo improcedente”.</p>
Conclusión	<p>La objeción realizada luego de que se ha producido una renuncia del derecho a objetar por convalidación, constituye una actuación contra los actos propios.</p>

3)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 3175-2015 2015 Lima, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>Essalud presentó un recurso de anulación de laudo debido a que el convenio arbitral solo estuvo vigente desde noviembre de 2011 a noviembre de 2012 y que no existe un contrato complementario adicional. Además, alegó que el Árbitro violó el orden de prelación de las normas aplicables y no motivó la aplicación del artículo 1380 del Código Civil (en un caso de Contrataciones con el Estado). La Corte Superior declaró fundado el recurso de anulación presentado por Essalud respecto al literal c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Así, el Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima y Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Segunda Sala Civil subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.</p>
Argumentos de las partes	<p>El Consorcio fundamenta su recurso de casación en lo siguiente: a) infracción normativa del artículo 63 y 63.1.c) de la Ley de Arbitraje, pues la Corte Superior</p>

	<p>se pronuncia sobre la motivación planteada por el Árbitro sin antes haber determinado si existía una afectación al debido proceso; b) vulneración del debido proceso al pretender imponer las disposiciones normativas que podían aplicarse; c) apartamiento inmotivado de un precedente.</p>
Decisión	<p>La Corte Suprema advierte que la Sala Superior ha señalado que “el Árbitro Único ha tomado como fundamento lo prescrito en el artículo 1380 del Código Civil, basado en el principio de la confianza y buena fe materializado por una solicitud y aceptación formal de ambos contratantes con prestaciones recíprocas (...)”. La Corte Superior agregó que “respecto a la normativa contenida en la Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solamente se ha avocado a mencionarla, mas no esgrime fundamentos del por qué no es aplicable dicha normativa, o en todo caso por qué deben ser suplidas; siendo deber de los árbitros ajustar sus decisiones conforme a lo pactado entre las partes”.</p> <p>Al respecto, la Corte Suprema señala que si bien es cierto el Árbitro sustentó su decisión en el artículo 1380 del Código Civil, su argumento principal radica en el principio de la confianza y buena fe, así como la doctrina de los actos propios. Adicionalmente, argumenta que la Ley de Contrataciones ha acogido la doctrina de los actos propios en su artículo 4 que regula el principio de moralidad.</p> <p>Finalmente, la Corte Suprema concluye que en el laudo arbitral sí se observó el orden de prelación de las normas, al sustentarse en la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, que informan tanto el sistema jurídico privado como público de la normativa contractual. Por lo tanto, casaron la sentencia impugnada por haber vulnerado el principio de motivación de las resoluciones judiciales.</p>
Conclusión	<p>A criterio de la Corte, la teoría de los actos propios inspira el sistema de contratación público y privado y ello ha sido acogido por la Ley de Contrataciones con el Estado.</p>

4)

Datos del caso	<p>Corte Superior de Justicia de la República Primera Sala Civil Superior Subespecialidad Comercial Expediente N° 398-2015 2016 Lima, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>La Demandante, la Procuraduría del Ministerio de Educación, interpone una demanda de anulación de</p>

	<p>laudo contra el Consorcio Leonardo en virtud de los incisos b), c) y d) del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje.</p>
Argumentos de las partes	<p>El Ministerio de Educación ha alegado, entre otros aspectos, que se han aplicado normas no correspondientes al resolver los recursos contra el Laudo.</p>
Decisión	<p>La Corte Superior de Justicia señaló que se ha determinado de manera errónea por parte del Tribunal Arbitral la ley de contrataciones aplicable al fondo de la controversia pues se ha aplicado una norma posterior al proceso de selección. Al respecto, la Corte Superior analizó si el Ministerio de Educación cumplió con realizar el reclamo oportuno.</p> <p>A criterio de la Corte, la representante del Ministerio de Educación que firmó el acta de Instalación convalidó la aplicación de los DS. N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, en los siguientes términos:</p> <p>“13.1.2. En este contexto, es claro que la ENTIDAD avaló en la Instalación del Tribunal Arbitral que se establezca como normas aplicables los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, oportunidad en la que pudo objetar y no lo hizo, por lo que mal puede alegar ahora, que su defensa la basó en el Decreto Supremo N° 012-2011-PCM y su Reglamento -aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2001-PCM; actuando en contra de sus propios actos, lo que en derecho se conoce como la Teoría de los Actos Propios, principio que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos; ya que hacerlo significa quebrantar posiciones asumidas, el principio de nueva fe y afectar algún tipo de derecho o expectativa de la contraparte”.</p> <p>Agrega que, “el proceder de la ENTIDAD importa indudablemente una suerte de revalidación de las normas que el Tribunal Arbitral ha aplicado, toda vez que conforme se ha reseñado, es desde el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, que se fija el marco normativo bajo el cual se desarrollaría el proceso arbitral, oportunidad, en la que se reincide en señalar, la ENTIDAD tuvo la oportunidad para cuestionar esta circunstancia; por lo que no es admisible -por no decir temerario- que la ENTIDAD espere recién los resultados del proceso (que obviamente deberá serle adverso) para alegar el perjuicio producido, dado que se ha configurado la renuncia al derecho a objetar contemplada en el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1071”.</p>
Conclusión	<p>Si se convalida o avala un acto procesal dentro del arbitraje, posteriormente no se puede presentar</p>

ninguna objeción por algún vicio pues esa conducta iría en contra de la teoría de los actos propios.

5)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de la República Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial Expediente N° 10-2015-0-1817-SP-CO-02 2016 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, Gobierno Regional de Lima, interpone una demanda de anulación de laudo contra VV Contratista Generales S.R.L., porque no ha podido hacer valer sus derechos en el arbitraje.
Argumentos de las partes	La demandante señala que el Tribunal Arbitral no ha analizado la doctrina de los actos propios para arribar a su decisión puesto que la Entidad presentó una liquidación del contrato que no fue observada por el contratista; sin embargo, el contratista presentó una segunda liquidación. No se ha explicado esa conducta contradictoria.
Decisión	<p>El Poder Judicial no acoge el argumento de la demandante debido a que: “Así, como puede verse, es claro en el razonamiento arbitral que tratándose dicha Carta N° 312- 2009/GRL-GRI-OLT-JCD de un mero acto de información sin eficacia ni exigibilidad, resulta sin fuerza jurídica que pudiera determinar que el contratista al no contestar o cuestionar dicha carta, estuviera efectuando una aprobación a la cual quedaría vinculado irremediabilmente, para que el Tribunal Arbitral estuviera relevado de ingresar a analizar la liquidación presentada en primer lugar por éste y que fuera formalmente observada por la entidad”.</p> <p>Adicionalmente, señala que la doctrina de los actos propios no es una norma imperativa: “en ese sentido, se advierte la lógica y coherencia del razonamiento arbitral, sin que se denote la existencia de vacío de argumentación o expresión de razones que califique como vicio de motivación del laudo, debiendo acotarse que el hecho que no se hubiera hecho utilización o referencia expresa de la doctrina de los actos propios para resolver la causa, no puede considerarse –como pretende la entidad nulidscente- vicio de motivación, por cuanto ello supone asumir que el Tribunal debía inevitablemente hacerlo y que resulte jurídicamente reprochable que no lo haya hecho, lo cual, como es obvio, no es del caso, por cuanto no se trata de una norma imperativa cuya aplicación haya sido omitida, sino que se trata solamente de una técnica de razonamiento para</p>

	valorar los hechos sometidos al juicio arbitral, que no puede dar lugar a la invalidación del laudo, pues ello supondría que el órgano de control judicial asuma una función de juzgamiento superior”.
Conclusión	La aplicación de la doctrina de los actos propios no es obligatoria para un Tribunal Arbitral pues no se trata de una norma imperativa.

6)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de la República Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial Expediente N° 00183-2016-0-1817-SP-CO-01 2016 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, JS Industrial S.A.C., interpone una demanda de anulación de laudo contra Felguera IHI S.A., porque el Tribunal ha omitido pronunciarse sobre aspectos sometidos a su consideración.
Argumentos de las partes	La demandante señala que el Tribunal Arbitral ha omitido pronunciarse sobre las razones por las que no resulta aplicable la doctrina de los actos propios en este caso.
Decisión	El Poder Judicial denegó el recurso de anulación contra el laudo debido a que “La demanda arbitral obra a fojas 33-96, y de su lectura no se aprecia que el tema de los actos propios haya sido invocado de modo expreso para sustentar la primera pretensión principal de la demanda arbitral (que dio lugar al primer punto controvertido), que es lo que ahora sostiene la recurrente”. La Corte concluye que “no tiene asidero la protesta de la recurrente, en la medida que acusa una omisión en base a una alegación que no ha sido propuesta en la demanda arbitral al momento de explicar su posición fáctica y jurídica. Por tanto, si la alegación que ahora se hace en el recurso de anulación no es coherente con lo que se postuló en la demanda arbitral, es claro que no tiene sustento el recurso de anulación”.
Conclusión	Si las partes no han planteado como argumento una defensa basada en la doctrina de los actos propios de manera expresa, el Tribunal Arbitral no está obligado a pronunciarse al respecto.

7)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Comercial Permanente Expediente N° 123-201600273-2016-0-1817-SP-CO-01 2017 Lima, Perú.
----------------	--

Sumilla de hechos	La Demandante, ONO ASOCIADO S.A.C., interpone una demanda de anulación de laudo contra Red Asistencial Sabogal del Seguro Social.
Argumentos de las partes	La demandante señala que no es posible advertir si el laudo ha sido emitido dentro de plazo, pues el plazo establecido por el Árbitro Único no se desprende del convenio ni de lo actuado en el arbitraje.
Decisión	El Poder Judicial rechazó la objeción planteada sobre el plazo para laudar establecido por el Árbitro Único debido a que dicho plazo fue consentido por la demandante. Así señaló que “es claro que la demandante avaló en la Instalación del Arbitro Único que sea éste quien señale el plazo para laudar, por lo que se advierte que la demandante actúa en contra de sus propios actos, lo que en derecho se conoce como la Teoría de los Actos Propios, principio que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Verificando este Superior Colegiado que el Árbitro Único ha cumplido con los plazos señalados. Únicamente cabe precisar que se ha incurrido en error de tipo material al enumerar las resoluciones, pues correspondía que el Laudo esté contenido en la Resolución N° 27; sin embargo, tal hecho no enerva los efectos de este”. Agrega que “la demandante no puede acusar falta de motivación en dicho extremo; más aún, desconocer que los plazos fueron fijados por las Resoluciones N° 25 y 26, conforme a los lineamientos establecidos en el Acta de Instalación, en la que estuvo presente y representada por César Luis Sevillano Palacios y William Alonso De la Cruz Atencio”.
Conclusión	Si las partes consienten un procedimiento dentro del arbitraje, posteriormente no pueden objetarlo pues constituiría actuar contrar sus propios actos.

8)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial Expediente N° 00256-2017 2017 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, Empresa Municipal de Mercados S.A. (EMMSA), interpuso una demanda de anulación de laudo contra Petramas S.A.C. debido a que se ha incurrido en las causales estipuladas en los literales b) y d) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.
Argumentos de las partes	EMMSA señala que el Tribunal Arbitral hizo indebida aplicación de la doctrina de los actos debido a que no fue discutida por las partes.

Decisión	El Poder Judicial ha sostenido que “debe tenerse presente que la doctrina de los actos propios no es sino un desarrollo teórico específico del principio de buena fe que rige de modo transversal en materia contractual, y que constituye criterio de interpretación en esta materia conforme al artículo 1362 del Código Civil, por lo que perfectamente puede ser incorporado en el razonamiento arbitral para la calificación jurídica de la conducta de las partes, sin estar el Tribunal supeditado para ello a la invocación expresa de éstas”.
Conclusión	A pesar que las partes no invocaron la doctrina de los actos propios en sus respectivas defensas, al ser una norma general que se desprende de la buena fe contractual, los Árbitros pueden pronunciarse al respecto.

9)

Datos del caso	Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial Expediente N° 128-2018-0-1817-SP-CO-01 2019 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La Demandante, Consultora de Estudios y Supervisión S.A. presentó un recurso de anulación de laudo contra Proyecto Especial de Irrigación e Hidroenergético del Alto Piura, debido a que el laudo no se encontraba debidamente motivado.
Argumentos de las partes	La Consultora de Estudios y Supervisión S.A. ha sustentado su recurso en que existe una afectación al derecho de motivación y que se habría laudado sobre materias no sometidas a su decisión pues el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre la aplicación doctrina de los actos propios.
Decisión	El Poder Judicial no ha acogido el argumento de la demandante debido a que no “se ha acreditado la otra denuncia referida a que se pronunció sobre una materia no sometida a decisión, habida cuenta que lo laudado guarda correspondencia con lo que fue materia de debate en el ínterin en el proceso arbitral y lo fijado como puntos controvertidos; no pudiendo contrarrestar esta afirmación el solo hecho que el Arbitro haya utilizado la teoría de los Actos Propios; en primer lugar, porque la alusión de este principio no implica en lo absoluto incorporar una nueva pretensión, sino que el análisis de la conducta de las partes a la luz de la buena fe, únicamente sirve como sustento para respaldar su posición de que el contratista sí tuvo conocimiento del expediente técnico de lo que se desprende que el análisis jurídico

	se ha efectuado en mérito a las invocaciones de las partes. Así las cosas concluimos que los argumentos de anulación utilizados carecen de evidente asidero fáctico y jurídico, razón por la cual deberán correr suerte desestimatoria”.
Conclusión	El Poder Judicial ha sostenido que los Árbitros pueden pronunciarse sobre la doctrina de los actos propios porque su incorporación no implica añadir puntos controvertidos.

(ii) Demandas de anulación de actos jurídicos:

Las sentencias seleccionadas involucran causales de anulación de diversos instrumentos, como un contrato de compraventa con pacto de retroventa, un contrato de constitución de hipoteca, un pagaré, un contrato de compraventa sobre el 50% de acciones y derechos de un inmueble, un contrato de mutuo y un contrato de prestación de servicios a una Municipalidad. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

10)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Casación 150-2004 2005 Arequipa, Perú. Voto singular FERREIRA VILDOZOLA.
Sumilla de hechos	Los demandantes, la sociedad conyugal conformada por Oswaldo Yáñez y Adelaida Llerena, pretenden que se declare la nulidad del acto jurídico de compraventa con pacto de retroventa pues es un contrato simulado porque sustentaba un contrato de mutuo entre César Verano y Adelaida Llerena.
Argumentos de las partes	Tras desestimarse la demanda, los demandantes interponen un recurso de casación porque no se ha aplicado de manera correcta los artículos 140 y 1361 del Código Civil.
Decisión	El magistrado considera que existe una conducta contradictoria por parte de los demandantes en la medida que “en relación al tema de la buena fe, debemos detenernos un momento en la denominada Teoría de los Actos Propios, la que consiste en el proceder de un sujeto que objetivamente crea confianza en otros y que mantendrá ese comportamiento de forma tal que viene a constituir una suerte de promesa de una futura actuación coherente con un acto que ya se ha realizado; situación que según se observa, resulta ser una derivación directa del principio de la buena fe, según la disposición regulada en el artículo 1362 del Código Civil, dentro del capítulo de lo contratos en general, el

cual establece que los contratos deberán negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

A ello agrega que “siguiendo a Alejandro Borda sobre el tema en comentario, citando a Díez-Picazo refiere: "Cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada -conforme a la buena fe- en una determinada conducta futura, 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 sino en la obligatoriedad de comportarse coherentemente"; por lo que, prosigue el autor argentino, "Sería ir contra los propios actos atacar de nulidad un contrato cuando le resulta incómodo o perjudicial si lo ha considerado válido por años y se ha beneficiado de él, por lo que no resulta posible invocar la nulidad de un contrato cuando ha dejado de beneficiarlo, porque ha de tenerse en cuenta que el contrato siempre es el mismo (...), por ello debe declararse inadmisibles la pretensión de colocarse en contradicción con su conducta anterior deliberada y jurídicamente relevante, mas allá de que dicha pretensión si fuera tomada individualmente sea legítima y pueda ejercitarse; 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, (...) y ello es así por cuanto no solo 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 ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente". De manera expresa, con respecto a este caso se sostiene que "la postura doctrinaria anteriormente descrita, aunque no se encuentra muy enraizada en nuestra jurisprudencia lo que no sucede en otras latitudes como en la Argentina, y al margen que ella no se encuentra regulada en nuestro sistema jurídico, creemos pertinente su adecuación al Caso sub litis por cuanto ayudaría a dilucidar muchas controversias sobre este tipo de casos y en el entendido que la norma jurídica, como señala Marcelo López Mesa, 'No es tan solo un mandato de sentido y alcance inalterable, que siempre exige una misma

	interpretación, sino que por el contrario admite muy diversas aplicaciones en función de las circunstancias siempre cambiantes de la realidad social y en el entendido que el juzgador puede, dar a una norma o conjunto de normas, la interpretación que parezca más adecuada al momento en que vive" (...) en el caso de autos, el recurrente no podría ahora alegar una mala fe respecto de la otra parte por cuanto conforme a lo anotado, existía un precedente contractual entre las mismas partes el cual no fue impugnado oportunamente por el demandante por lo que mal podría ahora acogerse el demandante a la invocación de nulidad de acto jurídico al presumirse respecto de la otra parte buena fe contractual".
Conclusión	A criterio del Magistrado, si se ha consentido la validez de un contrato celebrado con anterioridad entre las partes, sobre la base de la buena fe no podría alegarse posteriormente la nulidad de un nuevo contrato celebrado en los mismos términos. En este caso, la Corte señaló que sí existió simulación por lo que la aplicación de los artículos 140 y 1361 no altera la nulidad del acto jurídico.

11)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 726-2012 2013 Cajamarca, Perú.
Sumilla de hechos	Los demandantes, Golden Residencial E.I.R.L., solicitó la nulidad de un pagaré presuntamente emitido en favor del Banco BBVA Continental (demandado) debido a la falta de manifestación de voluntad.
Argumentos de las partes	Tras estimarse parcialmente la demanda, el BBVA señala que no se ha analizado la doctrina de los actos propios debido a que el pagaré ha sido renovado hasta en 12 oportunidades cumpliendo con los requisitos de conducta vinculante y pretensión contradictoria.
Decisión	El Tribunal luego de analizar los presupuestos de la doctrina o teoría de los actos propios sobre la base del Primer Pleno Casatorio Civil N° 1465-2017, consideró lo siguiente: "corresponde precisar que la aplicación de la doctrina de los actos propios constituye un argumento recién esgrimido por el recurrente con el presente medio impugnatorio no habiendo sido por tanto materia del contradictorio ni puesto a debate en las instancias de mérito habiéndose declarado improcedente por extemporánea la contestación de la

	<p>demanda formulada por el Banco recurrente limitándose a señalar cuando apeló la sentencia de primera instancia que la hipoteca cumplió con los elementos esenciales del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código Civil así como en los artículos 1098 y 1099 del Código acotado no constituyendo el pagaré acto jurídico alguno para efectos de determinar la validez o eficacia de la hipoteca por consiguiente mal puede el recurrente invocar la aplicación de la precitada teoría en casación más aun si de conformidad con el principio de congruencia previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil los Jueces no pueden ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes consecuentemente al no haber sido la precitada alegación objeto de pronunciamiento por las instancias de mérito se concluye que este Supremo Tribunal se encuentra imposibilitado de analizar la aplicación de la Teoría de los Actos Propios debiendo procederse a analizar la infracción material”.</p>
Conclusión	<p>A criterio de la Corte, no resulta posible analizar en casación un argumento nuevo relacionado con la doctrina de los actos propios si no ha sido invocado con anterioridad.</p>

12)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 1322-2006 2006 Puno, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>La demandante interpuso una demanda de nulidad de acto jurídico (constitución de hipoteca) y del documento que la contiene (escritura pública del 5 de mayo de 1998), así como la nulidad del asiento registral, señalando que mediante minuta del 16 de abril de 1998, otorgó una supuesta garantía hipotecaria a favor del Banco Continental sucursal Juliaca, del bien inmueble ubicado en el Jirón Ramón Castilla número 647; la hipoteca recayó en el bien, sólo y únicamente el terreno, mas no la fábrica, porque este derecho superficiario no se hallaba inscrito.</p>
Argumentos de las partes	<p>La demandante alega que el juez ha interpretado erróneamente la norma aplicable (1099 Código Civil), en cuanto al requisito de validez de la hipoteca, que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.</p>

Decisión	Entre los argumentos utilizados por la Corte para denegar el recurso de casación, se señaló lo siguiente: “no debe dejar de repararse que las partes han celebrado una garantía hipotecaria, de común acuerdo, en donde han establecido, contractualmente, un mecanismo de respaldo de las obligaciones del deudor para con el acreedor, al que usualmente se le denomina hipoteca; de donde, se puede concluir que, cuando una de las partes, suscriptora del contrato de garantía, pretende la nulidad de la aludida escritura pública, no solo está afectando la relación contractual establecida por la partes, sino que estaría violando el principio jurídico "venire contra factum proprio, non valet" que no es sino el principio de la buena fe del que se deriva la doctrina de los actos propios, la misma que encierra la regla según la cual: nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior”.
Conclusión	La Corte señala que alegar la nulidad de la escritura pública de un acto jurídico es actuar contra sus actos propios.

13)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 2802-2009 2010 La Libertad, Perú.
Sumilla de hechos	El demandante alegó la nulidad de acto jurídico de una compraventa del 50% de derechos y acciones de un inmueble o subordinadamente, nulidad por simulación absoluta.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustenta en la errónea aplicación del artículo 168 del Código Civil debido a que el análisis de Sala Superior no se circunscribe a la pretensión.
Decisión	La Corte Suprema estimó el recurso debido a que “se aprecia que el Ad quem no ha considerado que la pretensión demandada contiene como petitorio la nulidad del acto jurídico de compraventa por la causal de simulación absoluta, es decir del acto que por ausencia de requisitos intrínsecos no surte efecto jurídico, y que "necesariamente se debe interpretar lo declarado por las partes y lo que las normas prevén para ello. Lo mismo que las partes al tiempo de celebrar sus contratos no pueden huir del contexto legal imperativo, el intérprete no puede quedarse sólo con lo querido por las partes, sino que debe

	<p>compatibilizar tal declaración con lo que el orden jurídico regula para ellas. En este sentido los efectos del acto se logran no solo por lo querido y manifestado por el otorgante, sino por lo previsto por la norma para dicho acto jurídico (...); en tal sentido justamente el legislador ha sancionado la falta de coincidencia entre lo expresado y la real intención de las partes, a través de la figura de nulidad del acto jurídico, que es materia del presente caso, por lo que el órgano jurisdiccional de segundo grado, debió analizar el negocio jurídico de compraventa celebrado entre las partes del cincuenta por ciento de derechos y acciones del inmueble sub judice, a fin de determinar si lo expresado por ellas es lo que verdaderamente quisieron y no concluir conforme señala Galgano que: "(...) nadie puede contradecir sus propios actos; y en consecuencia, que lo expresado por las partes es inmodificable; tanto más si la causal de nulidad del acto jurídico por simulación absoluta, es aquella que por decisión de las partes, aparenta la existencia de una reglamentación negocial que en realidad no es querida por tanto corresponde analizar al Ad quem los medios probatorios aportados a fin de resolver el conflicto intersubjetivo entre las partes a fin de emitir una sentencia ajustada a derecho".</p>
<p>Conclusión</p>	<p>A criterio de la Corte, no resulta posible concluir que una parte está imposibilitada de contradecir sus actos propios si se está ante un negocio simulado.</p>

14)

<p>Datos del caso</p>	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 3402-2014 2014 Lima, Perú.</p>
<p>Sumilla de hechos</p>	<p>Se trata de un recurso de nulidad de acto jurídico planteado por Carmen Amelia Gómez Pacheco y Carlos Néstor Fernando Flores Gómez contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito Atlantis Limitada con respecto al Contrato de Mutuo Hipotecario de marzo de 2008. La demanda se sustentaba en lo siguiente: 1) la Cooperativa se encuentra prohibida de conceder créditos al público en general, salvo a sus propios socios, pero concedió crédito a los demandantes; 2) los demandantes nunca tuvieron la condición de socios; 3) La Cooperativa se encuentra prohibida por ley de otorgar créditos hipotecarios a terceros. Ante ello, la Cooperativa sostuvo que la señora Gómez Pacheco sí es socia y que la finalidad de los</p>

	<p>demandantes es no cumplir con el pago de su acreencia.</p> <p>Tanto en primera como la segunda instancia declararon que el Contrato de mutuo con garantía hipotecaria era nulo.</p>
Argumentos de las partes	<p>La Cooperativa decidió interponer un recurso de casación sustentando lo siguiente: i) infracción normativa del artículo 141 del Código Civil; ii) Infracción normativa del artículo 374 del Código Procesal Civil pues no se admitió en segunda instancia un medio probatorio relevante; iii) infracción normativa del artículo 139.3, pues se ha vulnerado el debido proceso al no valorar el medio probatorio aportado; y, iv) infracción normativa al artículo V del Título Preliminar del Código Civil pues la demandante era socia de la Cooperativa y el contrato no debió ser declarado nulo.</p>
Decisión	<p>Con respecto a las infracciones normativas alegadas en los ítems ii) y iii), la Corte Suprema señaló que no hubo violación al debido proceso en la medida que el medio probatorio aportado no cumple con la teoría de los hechos nuevos y no fue presentado en la etapa postulatoria del proceso. Además, sostiene que la Corte Superior sí valoró el documento aludido por la recurrente y concluyó que se ha probado que la demandante era socia, mas no que lo era al momento de la celebración del acto jurídico. Por lo tanto, se desestiman ambas infracciones normativas.</p> <p>En cuanto a las alegadas infracciones normativas de los ítems i) y iv), la Corte Superior advierte que los demandantes suscribieron el contrato de mutuo, en cuya cláusula primera declararon expresamente tener la calidad de socios hábiles de la Cooperativa. A criterio de la Corte, se encuentran vinculados a la teoría de los actos propios.</p> <p>Explica claramente que “la denominada Doctrina de los Actos Propios, constituye una regla que no permite venire contra factum proprium; se encuentra íntimamente ligado a la vinculación originada por la manifestación de la voluntad y la imposibilidad de adoptar comportamiento contradictorio a la misma; su fundamento yace en la protección a la confianza que se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que ocasiona un deber de coherencia en el comportamiento y limita el ejercicio de los derechos objetivos, se trata de una protección de la confianza legítima”. Además, señala que deben cumplirse los requisitos señalados en el Primer Pleno Casatorio para su aplicación.</p>

	<p>“En el caso de autos opera la Doctrina de los Actos Propios, pues los demandantes luego que en la cláusula primera del contrato sub litis declararon expresamente tener la condición de socios hábiles de la Cooperativa, para beneficiarse con el referido mutuo hipotecario, pretenden desconocer dicha condición pese a que se encuentran vinculados por su manifestación de voluntad que debe ser interpretada bajo el principio de la buena fe; más aun teniendo en cuenta que el contrato de mutuo con garantía hipotecaria sub litis, ha merecido un proceso judicial sobre ejecución de garantía hipotecaria en el que se ha confirmado el remate del bien mediante resolución de vista de fecha catorce de julio de dos mil diez (fojas cuarenta y ocho) respecto de la cual se declaró improcedente el recurso de casación (fojas cincuenta y dos)”.</p>
Conclusión	<p>A criterio de la Corte, no se puede pretender un beneficio desconociendo de manera unilateral una declaración de voluntad anteriormente efectuada pues es contrario a la teoría de los actos propios.</p>

15)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 3231-2014 2016 Arequipa, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>La demandada, la Municipalidad Provincial de Arequipa, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda.</p> <p>El caso consiste en que el señor Luciano Emiliano Soncco Fernández alquiló ciertos materiales de construcción (encofrados y accesorios) a la Municipalidad de Arequipa para la construcción del Reservorio N° 37 e indica que celebró contrato con el residente de obra, el ingeniero Ciro Sánchez Tejada y que esto ha sido reconocido por la Municipalidad mediante resoluciones e informes donde se aprueba el gasto en dichos materiales.</p> <p>La Municipalidad indica que el contrato ha sido celebrado a título personal por lo cual la entidad demandada no está obligada al cumplimiento de la obligación.</p> <p>Tanto en primera como en segunda instancia se le da la razón al demandante y se ordena el pago de la obligación porque si bien no existe un contrato formal</p>

	<p>por escrito, la demandada ha reconocido en oportunidades previas la existencia de una deuda y la existencia del alquiler de dichos materiales. Se ha probado que la Municipalidad sí alquiló los materiales y que se usaron efectivamente para la construcción del Reservorio 37. Asimismo, señalan las instancias previas, que debería haber responsabilidad a los funcionarios de la Municipalidad por haber contratado sin seguir el procedimiento, pero de ninguna forma se puede no honrar la obligación contraída.</p>
Argumentos de las partes	<p>La demandada interpone recurso de casación por infracción normativa de (i) el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, porque el demandante no tenía derecho a participar como proveedor porque no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores y (ii) el artículo 139 de la Constitución porque las instancias previas no se han pronunciado sobre el contrato de alquiler que indica que en caso de discrepancia se debe actuar un proceso arbitral y no uno judicial como lo hizo la demandante (cláusula arbitral).</p>
Decisión	<p>Respecto a la primera supuesta infracción normativa, el Tribunal señala que esta constituye una nueva alegación que no ha merecido pronunciamiento de la instancia de mérito.</p> <p>Respecto a la segunda supuesta infracción normativa, el Tribunal expresamente señala que “el recurrente invoca como hecho que constituye afectación al debido proceso la no valoración del contrato; sin embargo, ello carece de asidero además de ser un argumento contradictorio a su posición a lo largo del proceso (en el que alega la no suscripción del contrato), la recurrente ha renunciado tácitamente al arbitraje al no cuestionar la competencia del a quo en mérito al artículo 18 del Decreto Legislativo 1071 (...)”.</p> <p>Sobre la doctrina de los actos propios, el Tribunal señala que “se trata de una protección de la confianza legítima, de allí que la informalidad de la prestación no puede ser perjudicial a quien prestó el servicio, pues dicha parte no tiene la obligación de cumplir con la formalidad del contrato, quien tenía la obligación de velar por el cumplimiento de las normas que invoca es la entidad demandada, la que avaló la prestación de un servicio a su favor pese al presunto incumplimiento de las formalidades de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Aceptar la posición de la entidad demandada sería permitir que se beneficie de su propia negligencia, pues los actos y documentos municipales denotan que no se concluyó con los</p>

	trámites de formalización del servicio y que sí se prestó el servicio de alquiler”. Finalmente, se declaró infundado el recurso de casación.
Conclusión	Se señaló que a quien corresponde el deber de velar por el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado era a la entidad y que esta no se podía basar en la ausencia de formalidad para incumplir, más aun cuando todos los actos y documentos emitidos por la Municipalidad permiten concluir que efectivamente sí se prestó el servicio. Además señaló que resultaba contradictorio con sus actos el desconocer a lo largo del proceso la existencia de un contrato de alquiler y luego alegar en casación la existencia de una cláusula arbitral.

Demandas de obligación de dar sumas de dinero:

En los tres casos reseñados sobre la obligación de pagar suma de dinero, la invocación de la doctrina de los actos propios se ha hecho por razones variadas: por haber consentido la ejecución del contrato pese a alegar su nulidad; y por haber alegado la aplicación de una ley cuando el pacto contenía estipulaciones distintas. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

16)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 1247-2010 2010 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La demandante interpuso una demanda de obligación de dar suma de dinero contra la Municipalidad Distrital de Jesús María para que cumpla con cancelarle el monto que le adeuda.
Argumentos de las partes	Uno de los principales argumentos esgrimidos por la demandada es que el contrato ha sido declarado nulo en sede judicial por lo que no corresponde otorgar la contraprestación solicitada por el demandante.
Decisión	La Corte en un extremo se pronuncia sobre la imposibilidad de negar las prestaciones efectuadas por el demandante en virtud de la doctrina de los actos propios. En ese sentido señaló que: “de la revisión de la recurrida, se aprecia que la misma se pronuncia sobre dos apelaciones: a) la apelación de la resolución número quince de fecha veintinueve de mayo de dos mil nueve, que declara improcedente la petición de incompetencia formulada por la demandante; y, b) la apelación de la sentencia de

fecha veintinueve de mayo del dos mil nueve, que declara fundada la demanda de obligación de dar suma de dinero. Respecto a la apelación de la resolución número quince señala que la demandante no pretende cuestionar acto o procedimiento administrativo alguno, sino el pago de la contraprestación realizada en virtud de un contrato de prestación de servicios, cuya naturaleza contractual se encuentra regulada por el artículo 1764 y siguientes del Código Civil (Contrato de Locación de servicios), por lo que el conocimiento de la pretensión corresponde a la naturaleza civil y no a la contenciosa administrativa, más aún si la alegada incompetencia no ha sido formulada vía excepción, siendo pertinente lo señalado en el artículo 466 del Código Procesal Civil, el cual prevé que consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida directa o indirectamente, a la validez de la relación citada, siendo que por resolución de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho, se declaró saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida; por lo que resuelve confirmar la resolución apelada número quince. En cuanto a la apelación de la sentencia, fundamenta su decisión indicando que los argumentos de la apelación deben ser desestimados, porque no existe controversia, esto es, la Comuna emplazada no ha negado respecto al hecho de que la demandante ejecutó las prestaciones a su cargo del cinco de diciembre del dos mil seis al dieciséis de enero del dos mil siete, como es el servicio de limpieza pública, recolección de residuos sólidos, barrido de calles y otros, conforme se detalla en la cláusula primera del contrato de fojas doscientos veintitrés; además el artículo 1764 del Código Civil, establece la obligación de pago a cargo del comitente por el servicio prestado. Negar la retribución por la prestación efectuada por la demandante, es ir en contra de los propios actos de la demandada, puesto que dicha Municipalidad consintió que la empresa efectúe las prestaciones a su cargo correspondientes al periodo del cinco de diciembre del dos mil seis al dieciséis de enero del dos mil siete, conducta negatoria que contraviene el principio de derecho de los actos propios, según el cual a nadie le está permitido ir en contra de sus propios actos. Si bien, mediante la carta notarial recepcionada por la demandante el once de enero del dos mil siete, la Municipalidad demandada le comunica que se abstenga de realizar las prestaciones propias del

	aludido contrato, no menos cierto es que la prestación se efectuó hasta el dieciséis de enero del dos mil siete, sin que exista oposición de la Municipalidad demandada. Por último la transacción extrajudicial celebrada entre las partes, con fecha uno de junio del dos mil siete, está referida al pago por las prestaciones ejecutadas correspondiente a los meses de julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre del dos mil seis, siendo que el monto del mes de diciembre, refiere al periodo anterior al cinco de dicho mes, por lo que dicha transacción no resulta ser prueba pertinente para resolver la controversia, dado que lo que se reclama en este proceso, es el pago de las prestaciones efectuadas, del cinco de diciembre del dos mil seis al dieciséis de enero del dos mil siete”.
Conclusión	Negar la retribución por la prestación efectuada por la demandante, implica actuar contra los propios actos cuando se ha consentido tal ejecución.

17)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Casación 2208-2005 2007 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	La demandante, el Banco de Crédito, interpuso una demanda de obligación de dar suma de dinero debido a que celebró un arrendamiento financiero cuyos pagos no fueron debidamente cumplidos.
Argumentos de las partes	El demandado, luego de haber obtenido resoluciones en su contra en las dos primeras instancias, interpuso un recurso de casación debido a que se ha contravenido el artículo 386 del Código Procesal Civil atentando contra la prohibición de <i>reformatio in pejus</i> . Adicionalmente, no existe motivación alguna con respecto al pago de costas y costos. Finalmente, se alegó que se habían inaplicado las normas denunciadas puesto que todas las cláusulas contractuales deben ser interpretadas en armonía con la ley, así como el Decreto Legislativo N° 299 que prescribe la restitución del inmueble como consecuencia de haber incurrido en una causal de rescisión. Por lo tanto, alega que no se puede pretender la restitución bajo una causal de resolución distinta a la que la ley prescribe.
Decisión	La Corte denegó el recurso debido a que “la aplicación de la norma, sea cual fuera esta, no se hace, a rajatabla, sino en función a las circunstancias propias de cada proceso, y en este caso, conforme han señalado las instancias, las partes han establecido

	<p>cláusulas contractuales que son obligatorias para ellas; por ende, si las partes han acordado resolver el contrato mediante la configuración de un vicio al que han denominado resolutivo y no rescisivo, como dice la ley, debe primar la voluntad establecida por estas, puesto que si no, implicaría una contravención a lo acordado por las partes; por lo demás, no existe nexo vinculatorio sólido para la denuncia formulada por la recurrente, respecto de la resolución expedida por los magistrados de mérito, puesto que cualquier cuestionamiento sustantivo, tiene que ser objeto de un proceso distinto al de ejecución, esto es, diferente a éste, siendo evidente que el vicio denunciado por la recurrente debe desestimarse.</p> <p>Agrega la Corte que "el comportamiento de la recurrente atenta contra la regla de derecho derivado del principio general de la buena fe (venire contra factum proprium non valet), y que se materializa en la teoría de los actos propios, según la cual "(..) a nadie le está permitido ir contra sus propios actos (...)" Carlos Soto Coaguila; Revista hechos de la Justicia; incluso, este autor, citando a ENNECERUS, indica que estamos ante una regla de derecho según la cual: "(...) "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe".</p>
Conclusión	Constituye actuar en contra de la doctrina de actos propios solicitar la aplicación de una consecuencia legal cuando las partes han regulado ese supuesto, aun cuando sea distinto a lo establecido por la ley.

Demandas de ejecución de garantías:

En los tres procesos de ejecución de garantías la doctrina de los actos propios es analizada a propósito de la modificación del contrato sin cumplir las formalidades; y del aprovechamiento del propio dolo. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

18)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 1218-2006 2006 Ucayali, Perú. Voto discordante.
----------------	--

Sumilla de hechos	Mediante escritura publica del Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria del 10 de noviembre de 2001, NCS American Forestal Sociedad Anónima Cerrada, DEMANDANTE, otorgó un préstamo de quince mil nuevos soles a favor de Luis López Marina, quien se comprometió a devolver el crédito en el plazo de 90 días contados a partir del otorgamiento de la citada escritura pública y que, para efectos de garantizar el pago del adeudo en las condiciones pactadas, fue constituida hipoteca sobre el inmueble de propiedad de los esposos Lizardo Miranda Ruiz y Yuvis Marlith Vásquez Corral. Posteriormente, el deudor no cumplió con efectuar el pago dentro del plazo acordado, y el 27 de septiembre de 2003, el asesor legal de la demandante remitió al deudor carta notarial requiriéndole la entrega de madera para efectos de cancelar la deuda contraída, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía hipotecaria otorgada.
Argumentos de las partes	Mientras que la demandante requiere el pago del préstamo en efectivo, los demandados se oponen alegando que la carta enviada por el abogado por la que requiere la entrega de madera ante la falta de pago en dinero es efectiva el demandado se opone a la ejecución. La demandante insiste en la ejecución por falta de pago pues la carta enviada por su abogado se trataría de un acto unilateral que no modificó el contrato de mutuo.
Decisión	La decisión en mayoría declaró fundado el recurso de casación, declaró nula la sentencia de vista, revocó la apelada y dispuso la ejecución del bien. El voto discordante señala que la entrega de la carta configura una conducta contradictoria no tolerada por la doctrina de los actos propios debido a que "si bien las partes suscribieron originariamente un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en los términos y formalidades antes descritos, sin embargo, con posterioridad a la suscripción del mismo, (...) las mismas partes acordaron que el pago se terminaría de realizar con la entrega de cierto volumen de madera, por lo que si bien ello no se condice en principio con el supuesto normativo del contrato de mutuo a que se contrae el artículo 1748 del Código Civil, en cuanto a la obligación del mutuuario de devolver en la misma especie y cantidad el dinero otorgado por el mutuante, y en cuanto a que de existir una modificación en el contrato original debió hacerse con la formalidad prevista en el artículo 1413 del Código Sustantivo, sin embargo, dichos aspectos se vieron superados por la realidad que subyace de los actos que con posterioridad se dieron entre las partes,

	<p>de lo que sirve de base para tomar en consideración que en el presente caso se advierte una dosis razonable de buena fe en el coejecutado en cuanto a cumplir su obligación originaria con la entrega de madera, lo que en su momento no fue cuestionado por la empresa demandante pues nada dice al respecto, y que por el contrario consiente dicha forma de pago con la carta notarial de fojas ciento ochenta, por lo que existe un precedente razonable para pensar que, en este caso, existió buena fe de uno de los contratantes; tanto más, si con posterioridad a la suscripción del contrato de mutuo, la accionante celebró otras formas de contrato con el coejecutado sobre entrega de madera a cambio de dinero, independientemente al contrato de mutuo ya señalado, según se verifica de las instrumentales de fojas ciento tres a ciento treintinueve”. Asimismo, se señala que “con relación al tema de la buena fe contractual, existe lo que en doctrina se denomina la Teoría de los Actos Propios, que consiste en el proceder de un sujeto que objetivamente crea confianza en otros y que mantendrá ese comportamiento, de forma tal que viene a constituir una suerte de promesa de una futura actuación coherente con un acto que ya se ha realizado; situación que según se observa, resulta ser una derivación directa del principio de la buena fe, según la disposición regulada en el artículo 1362 del Código Civil, dentro del capítulo de lo contratos en general, el cual establece que los contratos deberán negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.</p>
Conclusión	<p>El magistrado, en su voto discordante, consideró que una parte no se puede apartar de lo convenido con otra en base a la buena fe, a pesar de que la modificación contractual no haya seguido las formalidades correspondientes.</p>

19)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 2849-2001 2002 Jaén, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>El Caso trata de una ejecución de garantía a la que el demandado se opone debido a que el título es nulo.</p>
Argumentos de las partes	<p>En este caso se interpuso el recurso de casación por haberse interpretado erróneamente los artículos 156, 168 y 231 del Código Civil. En primer lugar, la parte que interpuso el recurso de casación alega que no tiene sustento la contradicción amparada en la nulidad</p>

	formal del título de ejecución y, además, se debe tener en consideración el principio general del derecho según el cual nadie puede ampararse o beneficiarse en su propio dolo.
Decisión	El Tribunal señaló que la representación no está sujeta a título formal y que, inclusive puede ser tácita. En cuanto a la inaplicación del artículo 168 del Código Civil, sostuvo que “el coejecutado no puede beneficiarse de su propio dolo para ampararse con la nulidad del título de ejecución. La buena fe consiste en un modelo de conducta ético-jurídico que tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesta. Según la teoría de los actos propios, nadie puede contradecir sus propios actos (venire contra factum proprium)”.
Conclusión	A criterio de la Corte, una parte no puede beneficiarse de la nulidad causada por su propio dolo pues implica actuar contra sus propios actos.

Demandas sobre diversos asuntos civiles:

En esta sección se incluyen las sentencias referidas a controversias variadas, como una una demanda de prescripción adquisitiva; una demanda de impugnación de paternidad; una demanda para la terminación de un contrato de comodato; una impugnación de acuerdos adoptados por asociaciones civiles; y la ejecución de una sentencia de divorcio emitida en el exterior. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

20)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Pleno Casatorio Civil Casación 2229-2008 2008 Lambayeque, Perú.
Sumilla de hechos	Se trata de una demanda de prescripción adquisitiva de dominio debido a que el demandante ostenta la posesión del inmueble por más de 60 años. En primera instancia se declaró infundada la demanda debido a que el demandante reconoció que ocupaba el inmueble como inquilino. La resolución fue ratificada por la Corte Superior debido a que no se demostró una posesión como titular.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustenta en que se han infringido las normas del debido proceso. Asimismo, se denuncia una aplicación errónea del artículo 950 del Código Civil.
Decisión	La Corte denegó el recurso debido a que “otro hecho que las instancias de mérito han considerado probado es el referente al proceso de Rectificación de Área seguido por el señor Aurelio Cornejo Barturén contra

	<p>Edith Córdova Calle y otros ante Segundo Juzgado Civil de Chiclayo, expediente N° 1457-2000 (el cual corre como acompañado del presente proceso de usucapión), en donde el señor Rafael Llúncor declara como testigo, a fojas doscientos cuatro, y ante la pregunta de que diga cómo es verdad "Que ocupa el inmueble urbano en la calle Manuel María Yzaga N° 769 de esta ciudad, en calidad de inquilino de los señores CEPEDA YZAGA" responde que "...es verdad, desde el año mil novecientos cuarenta y dos, siendo propietario del inmueble don Guillermo Cepeda Izaga", hecho que ha tratado de ser negado por el abogado de los accionantes, como se verifica a fojas cuatrocientos treinta y tres de autos, afirmación que luego, de manera contradictoria, trata de ser atenuada cuando seguidamente (fojas cuatrocientos treinta y cuatro) señala: "g. Que aun en la negada e infundada hipótesis que mi citado cliente hubiere sido alguna vez arrendatario, la magistratura deberá apercibirse que tal fantasiosa condición no le ha sido imputada a mi otra cliente y co demandante, Gladis Llúncor Moloche, quien habita el inmueble desde que nació, esto es, por más de sesenta años y quien nunca ha tenido relación jurídica alguna de ninguna estirpe con alguno de los demandados".</p> <p>56.- Creemos que hay un deber de coherencia que toda persona y todo litigante en especial (ello incluye a los abogados y demás intervinientes en un proceso) debe demostrar, lo cual se imbrica con la buena fe; puesto que aún haya resistencia por cierto sector nacional a la aplicación de la teoría de los Actos Propios, no es ágil [sic] que las mismas personas afirmen en un momento conducirse como propietarios de un bien y luego, cuando la parte contraria demuestra una condición diferente, pretendan deslindar situaciones jurídicas como la antes anotada, en el sentido que incluso demandando en calidad de litisconsortes necesarios (puesto que ambos alegan tener la misma titularidad jurídica posesoria homogénea), pretendan luego que los títulos posesorios sean considerados independientemente del uno respecto del otro, con lo cual están admitiendo que no tienen la misma posesión que afirmaban inicialmente en su demanda".</p>
Conclusión	Actuar de manera contradictoria en dos procesos diferentes con respecto al mismo asunto jurídico atenta contra la doctrina de los actos propios.

21)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República
----------------	---

	<p>Sala Civil Transitoria Casación 2245-2014 2014 San Martín, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>El caso consiste en una impugnación de paternidad de alguien que aceptó la paternidad de manera voluntaria, pues acudió a firmar la partida de nacimiento. En primera instancia, se declaró fundada la demanda debido a que se debe priorizar la verdad biológica frente a la formal.</p> <p>Por su parte, la Corte Superior revocó la sentencia y declaró infundada la demanda al considerar que, si los apellidos los adquiere el reconocido por la vía de la filiación, generando la relación de este con una familia determinada, la persona que realiza el reconocimiento no puede, después de efectuado el acto de reconocimiento, disponer todos los derechos que nacen a favor del reconocido.</p>
Argumentos de las partes	<p>El argumento que sustenta el recurso de casación consiste en que se ha afectado el debido proceso e inaplicado el artículo 386 del Código Civil, así como el artículo 7 de la Convención sobre Derechos del Niño.</p>
Decisión	<p>La Corte denegó el recurso debido a que “la Teoría de los Actos Propios, según la cual el declarante de voluntad no puede inobservarla, a menos que la ley legitime dicha contradicción; constituye una regla que requiere conducta vinculante, pretensiones contradictorias e identidad de sujetos; requisitos que concurren en el caso de autos, en el que la conducta vinculante está dada por el acto de reconocimiento del menor como padre, por parte del demandante a sabiendas que éste no es su hijo biológico (lo que finalmente ha quedado acreditado en autos); la pretensión contradictoria está dada por el alegar la nulidad de dicho acto de reconocimiento por no ser el padre biológico del menor pese a que lo realizó a sabiendas que no era el padre biológico del menor y la identidad de sujetos, pues el acto de reconocimiento involucra a las mismas partes, padre e hijo (...) En el caso de autos nos encontramos ante un reconocimiento de paternidad, "voluntariamente inexacto", al haber sido realizado por quien sabe que no es padre biológico del reconocido; por ello en virtud a la Teoría de los Actos Propios, quien realiza este tipo de reconocimientos no puede luego ir contra su propio acto pretendiendo se declare la nulidad del acto de reconocimiento alegando un vicio aceptado por éste”.</p>

Conclusión	Resulta contrario a los actos propios pretender la nulidad de un reconocimiento de hijo cuando fue reconocido sabiendo que no era hijo biológico.
------------	---

22)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 3780-2007 2008 Cuzco, Perú.
Sumilla de hechos	La demandante, Dina del Castillo, interpuso una demanda de conclusión del comodato y devolución del bien inmueble contra Renato Valdivia e Irma Bernardina Gonzalo.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se interpuso contra la Sentencia de la Corte Superior que confirma la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda.
Decisión	La Corte Suprema desestimó el recurso debido a que “a tenor de lo dispuesto por el artículo mil setecientos veintiocho del Código Civil, por el Comodato el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva. Ahora bien, para que exista contrato con la finalidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, es necesario el acuerdo de dos o más partes, esto es, que deba existir la perfecta coincidencia entre una oferta y una aceptación, lo que constituye la base de los contratos consensuales. Sin embargo, de autos no se ha probado la existencia del referido contrato en la medida que por un lado, la propia actora, que viene a ser madre del demandado Renato Valdivia Del Castillo, ha manifestado una actuación contradictoria -lo cual no le puede resultar favorable a la luz de la teoría de los actos propios- puesto que anteriormente ha desconocido el título del demandado al interponer la acción de desalojo por ocupante precario, que fuera declarada infundada, tal como aparece a fojas quinientos sesenta, proceso signado con el número de expediente dos mil uno-trescientos veinticuatro-cero- mil uno-JR-CI-cero dos, en tanto que en el presente proceso solicita la conclusión de un contrato de comodato, que señala mantiene con el mismo demandado; asimismo, conforme lo ha establecido la sentencia de primera instancia (considerando séptimo) se han realizado obras por los demandados en la parte del bien inmueble que vienen ocupando, conforme con los documentos de fojas cincuenta y nueve al ciento

	<p>ochenta y tres, conclusión fáctica que no se condice con la naturaleza de un contrato de comodato, el cual debe sustentarse en el uso o disfrute de un bien en forma gratuita para luego ser devuelto; en consecuencia, no habiéndose probado en este caso en concreto que las partes hayan establecido una relación jurídica para dar nacimiento al referido contrato, la demanda deviene en infundada, por lo que no son aplicables los artículos mil setecientos treinta y siete y mil setecientos treinta y ocho inciso quinto del Código Civil, como contrariamente pretende la actora en su recurso de casación y, estando a que la recurrida, no obstante que se ha incurrido en error de selección de la norma sustantiva, la parte decisoria de la misma se encuentra arreglada a ley, esta Sala Suprema resuelve por no casar la sentencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, por cuyas razones”.</p>
Conclusión	<p>La Corte Suprema señala que constituye una actuación contradictoria desconocer un derecho en un proceso anterior y luego pretender alegarlo en un nuevo proceso, pues es contrario a la doctrina de los actos propios.</p>

23)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Voto Singular Sala Civil Transitoria Casación 2978-2011 2013 Lima, Perú. Voto en Minoría de los Señores Jueces Supremos Huamaní Llamas, Ponce de Mier y Castañeda Serrano.</p>
Sumilla de hechos	<p>El Jockey Club (demandante) interpuso un recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que declaró fundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante al considerar que los artículos 1362 y 229 del Código Civil regulan la teoría de los actos propios, la que impediría que el Jockey Club alegue la nulidad de un acto en el que participó.</p>
Argumentos de las partes	<p>El Jockey Club sustentó su recurso en lo siguiente: a) Se afectó el debido proceso debido a que se desvió el proceso de nulidad de acto jurídico a uno de impugnación de acuerdos de la asociación; b) motivación incongruente al modificar la pretensión de la demanda; c) infracción al artículo 92 del Código Civil; d) Se ha afectado la prohibición de aplicar normas restrictivas por analogía; e) se han violado los</p>

	<p>plazos de caducidad del artículo 2004 al determinar que el plazo del artículo 92 es de caducidad; f) infracción al artículo 2001 del Código Civil porque el plazo de prescripción es de 10 años.</p>
<p>Decisión</p>	<p>En primer lugar, en el Voto Singular se analizó si resultaba aplicable al caso el artículo 92 del Código Civil. Se concluyó que no resultaba aplicable puesto que el supuesto de hecho de referido artículo es que el demandante sea un asociado de la asociación y no la propia asociación.</p> <p>Posteriormente, el Voto Singular considera que se debe distinguir entre el acuerdo societario y el acto jurídico que efectiviza el referido acuerdo. Luego de analizar las diversas nulidades alegadas por el Jockey Club, se concluye que no ha impugnado acuerdos asociativos sino verdaderamente actos jurídicos. Por lo tanto, no resulta aplicable el artículo 92 del Código Civil. Finalmente, con respecto a la excepción de caducidad, ha concluido que existe la infracción normativa señalada en el literal f) al inaplicar el artículo 2001 del Código Civil.</p> <p>En cuanto a las infracciones normativas con respecto a la excepción de falta de legitimidad, se denuncia que se ha aplicado incorrectamente la teoría de los actos propios pues la Corte Superior señaló que el demandante no puede solicitar la nulidad de un acto jurídico en el que ella misma ha participado. Así el voto disidente analiza la definición de actos propios y concluye que “según la doctrina, la Teoría de los Actos Propios tiene como presupuestos: a) Una conducta vinculante; b) Una pretensión contradictoria y c) Identidad de sujetos. a) Una conducta vinculante: Esta consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, es un acto volitivo, exteriorizado de las personas sobre un interés trascendente”.</p> <p>A ello añade que “este razonamiento recogido en el Primer Pleno Casatorio deja claro que resulta una conducta contraria al principio de la buena fe, del cual emerge la teoría de los actos propios, que una persona desconozca unilateralmente los efectos jurídicos de un acto jurídico celebrado por ella misma, pero que esto no obsta que recurra a la vía correspondiente, es decir, a la vía judicial para solicitar la nulidad de este acto por ocurrencia de un vicio de nulidad”.</p> <p>Por lo tanto, el voto disidente considera que no resulta aplicable la doctrina de los actos propios.</p>

Conclusión	En el voto disidente se ha señalado que no constituye un actuar en contra de la teoría de los actos propios que se alegue la nulidad de un acto jurídico del que se ha participado.
------------	---

24)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Casación 16668-2013 2013 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	En este caso, el recurso de casación se interpuso por la demandada Regina Angélica Pastor Castro contra la sentencia de segunda instancia que revocó la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda de reconocimiento de sentencia extranjera.
Argumentos de las partes	En este caso se alegan las siguientes infracciones normativas: i) infracción normativa del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y del artículo 122 pues la resolución no ha sido debidamente motivada en cuanto a la patria potestad y el régimen de visitas, pues eso es competencia de los Tribunales peruanos y no extranjeros; ii) Infracción normativa de los artículos 2104 y 2062 del Código Civil pues para que las sentencias sean reconocidas no deben resolver asuntos de competencia peruana.
Decisión	En primer lugar, la Corte Suprema señala que “según se verifica, la sentencia que se pretende reconocer tiene la calidad de cosa juzgada, sin ser cuestionada por las partes. Asimismo, el artículo 2062 del Código Civil, no contiene un supuesto de jurisdicción o competencia exclusiva, sino de extra territorialidad de la jurisdicción peruana, que alcanza a personas domiciliadas en el extranjero. Del mismo modo, de acuerdo al artículo 2081 del Código Civil, el divorcio y la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal, mas no dice que se rija sólo por la jurisdicción peruana, es decir, está referido al fondo de la controversia. Finalmente, las normas comentadas obligan a que el divorcio demandado en el extranjero deba hacerse conforme al derecho nacional, para la verificación de la existencia del derecho a demandar, lo que no significa que la jurisdicción peruana sea exclusiva para el conocimiento de dichos temas, pues dicha prohibición no está prevista en la Ley”. En la misma línea, la Corte Suprema acoge el Dictamen Fiscal en la medida que “quien ha demandado el divorcio resulta ser quien se opone a su reconocimiento por exequátur, lo cual importa un

	<p>contrasentido de intereses; que contraviene un principio de lógica jurídica elemental en el sentido que no puede venir contra actos propios negándoles su existencia y validez, y que se resume en el adagio latino, “venire contra factum proprium non valere”, es decir no es factible admitir que se cuestione la competencia jurisdiccional por parte de quien ha sido la persona que ha concurrido ante dicho órgano”. Por lo tanto, se declaró infundado el recurso de casación.</p>
Conclusión	<p>A criterio de la Corte, a quien se le ha concedido una demanda, no puede oponerse a su reconocimiento por exequátur pues es una contradicción que va en contra de la doctrina de los actos propios.</p>

Cuestiones procesales contradictorias:

Una importante porción de las sentencias reseñadas se ocupa de la doctrina de los actos propios para evitar que durante las actuaciones judiciales las partes incurran en contradicciones que generen desventajas que traicionan la confianza procesal. Las conclusiones derivadas de estas decisiones judiciales se comentan en el acápite 5.4.

25)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Casación 1191-2009 2009 Piura, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>El demandante interpuso una demanda de reivindicación de mejor derecho de posesión.</p>
Argumentos de las partes	<p>Tras desestimarse la demanda, se alega una contravención de las normas que garantizan el debido proceso debido que el juez no es competente.</p>
Decisión	<p>El Tribunal señala que la invocación sobre falta de competencia es extemporánea y va en contra de la doctrina de los actos propios pues “habiéndose ya saneado el proceso y agotado dos instancias en las que el recurrente ha podido hacer valer su pretensión reclamada, así como ejercitado sus derechos de defensa y pluralidad de instancia, sin que en dicho lapso haya cuestionado la competencia de los órganos jurisdiccionales que han conocido de este proceso, lo que recién efectúa en su recurso de casación. Lo anteriormente expuesto denota una contradicción en el proceder del recurrente con respecto a su conducta desarrollada a lo largo tanto de este proceso, como en el anterior proceso sobre desalojo que sostuvo también con la parte demandada, en los que en modo alguno cuestionó la</p>

	competencia del Poder Judicial para dilucidar la controversia relativa al inmueble sub litis, lo que se encuentra sancionado por la denominada teoría de los actos propios, derivada del principio general de la buena fe, conforme a la cual a nadie le es permitido hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior, "venire contra Factum proprium non valet, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 171, 172 y 175 del Código Procesal Civil, deviene en infundado este argumento".
Conclusión	La presentación de argumentos extemporáneos luego de haber consentido una conducta procesal o un vicio procesal (inclusive la incompetencia del juez) va en contra de la doctrina de los actos propios.

26)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Casación 1455-2008 2008 Arequipa, Perú.
Sumilla de hechos	El demandante, Scotiabank Perú S.A.A., interpuso un recurso de casación contra la sentencia que confirmó la sentencia apelada, que ha declarado fundada la contradicción pues el título valor emitido en forma incompleta ha sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, declarándose la improcedencia de la demanda.
Argumentos de las partes	La casación se sustenta en una violación del debido proceso debido a que no se ha realizado la audiencia especial del dictamen pericial.
Decisión	Entre los argumentos utilizados por la Corte para denegar el recurso de casación, se señaló que "conforme lo establece el inciso 1° del artículo 175 del Código Procesal Civil, no corresponde declarar la nulidad si quien la formula ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio; a eso se debe añadir que, según lo prevé la primera parte del artículo 176 del Código adjetivo glosado, el pedido de nulidad debe ser formulado en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo. Por los argumentos jurídicos expuestos, de los autos se aprecia que, el Banco demandante propició y permitió que la audiencia respectiva no se realizara, por lo que pedirla después de conocer los resultados de la sentencia de primera instancia, supone ir contra sus actos propios, lo cual atenta contra el principio de buena fe procesal prevista en el segundo párrafo del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal glosado, por ello esta primera denuncia debe ser desestimada".

Conclusión	La Corte señala que no se puede alegar la nulidad de una sentencia por no haberse realizado un acto procesal por culpa de quien solicita la nulidad pues constituye un actuar contrario a la teoría de los actos propios.
------------	---

27)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 4400-06 2012 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	El demandante, el Banco de Crédito, presentó una demanda de dar suma de dinero contra Edgar Benavente. Este último interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia señalando que con la impugnada se pretende convalidar un proceso totalmente irregular en el que se ha vulnerado derechos elementales y fundamentales como el derecho a la legítima defensa, el debido proceso, el principio contradictorio, el principio de igualdad entre las partes; entre otros derechos conculcados, precisa que en el presente proceso existió un grave vicio procesal pues todas las notificaciones fueron cursadas a un lugar en el que no domiciliaba, por lo que se evidencia una nulidad trascendente a todo el proceso.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustenta en una violación al debido proceso en la primera instancia puesto que no se le notificó al demandado a su domicilio procesal.
Decisión	La Corte Suprema desestimó el recurso debido a que cuando el demandando “refiere que se apersonó a las oficinas del Banco Santander Central Hispano y llenó unos formularios proporcionados por el mismo Banco, donde comunicó su cambio de domicilio, consignando su nuevo domicilio en Nicolás Aranibar 617, Santa Beatriz – Lima, y que recibió diversas comunicaciones del Banco a su nuevo domicilio, y si bien es cierto el ejecutado adjunta una carta notarial cursada por la entidad ejecutante a dicho domicilio, sin embargo, dicha instrumental, está referida a una obligación distinta a la que es materia del proceso, por lo que, se evidencia que los argumentos esgrimidos por el ejecutado no resultan contundentes”. La Corte agrega que “en este contexto y teniendo en cuenta que: a) Si bien es cierto la nulidad está destinada a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo el proceso y que los vicios de forma están referidos a las condiciones de tiempo, lugar y modo, en los que se realiza el acto procesal y,

	que constituyen una garantía para la defensa de los derechos de ciudadano; b) También es que uno de los Principios que rigen ésta es el de Protección, el cual dispone que la parte que dio lugar al vicio, o que concurrió voluntariamente a su producción, no está habilitada para solicitar la nulidad del acto procesal, sustentándose en la teoría de los actos propios; c) En este orden de ideas y de todo lo expuesto se concluye que la nulidad no resulta procedente porque: el demandado no ha acreditado fehacientemente haber comunicado el cambio de su domicilio y el hecho de notificarse al domicilio contractual en todo caso se debería a un hecho propio del nulicidente; por estas razones lo argumentado por la apelante merece desestimarse; por cuyos fundamentos y estando a lo dispuesto en el inciso primero del artículo ciento setenticinco del Código Procesal Civil ...”.
Conclusión	No procede alegar la nulidad de un acto procesal cuando lo ha causado quien alega la nulidad.

28)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 3108-2008 2010 Lima, Perú.
Sumilla de hechos	El caso trata del recurso de casación interpuesto por la Empresa Desarrollos Siglo XXI S.A.A. contra el auto emitido por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la resolución de primera instancia, que rechaza la demanda interpuesta por Desarrollos Siglo XXI S.A.A. contra el Grupo Pantel S.A., sobre nulidad de acuerdo societario.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustenta en la contravención de las normas que garantizan el debido proceso pues se ha interpretado erróneamente el artículo 235 del Código Procesal Civil en cuanto a que la copia de un documento público tiene el mismo sustento que el documento original, si está certificada.
Decisión	La Corte Suprema señala que la demandante presentó una demanda de nulidad de acuerdo societario por fin ilícito. Mediante auto se declara inadmisibles las demandas y se le concede un plazo de 3 días a la demandante para que cumpla con presentar documentos originales, copias legalizadas y/o copias certificadas por el funcionario público correspondiente, de acuerdo con el artículo 235 del Código Procesal Civil. Si bien se presentó un escrito de subsanación, se rechazó la demanda por no haber

	<p>recaudado las copias requeridas. La Sala confirmó el auto de primera instancia.</p> <p>La Corte Suprema señala que, en este caso, no hay afectación al debido proceso cuando el juez se ciñe a la norma procesal preestablecida; lo contrario a ello es actuar con arbitrariedad.</p> <p>Finalmente, la Corte concluye que el artículo 235 del Código Procesal Civil prescribe que la copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. Por ello, si a la demandante se le requirió, por ejemplo, que presentara las copias certificadas de los asientos registrales, tenía que obtenerlos de los Registros Públicos y presentarlos en el tiempo oportuno. En puridad, no es posible la nulidad cuando se formula por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, según lo regula el artículo ciento setenta y cinco inciso primero del Código Procesal Civil, que consagra la teoría de los actos propios en materia procesal.</p>
Conclusión	A criterio de la Corte, una parte no puede beneficiarse de la nulidad causada por su propio accionar pues implica actuar contra la doctrina de los actos propios.

29)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Civil Permanente Casación 2213-2002 2004 Arequipa, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>El petitorio de la demanda fue la anulación del contrato, la devolución de dinero más intereses y el pago de una indemnización de diez mil dólares o alternativamente la resolución del contrato por falta de saneamiento por vicios ocultos, devolución de dinero y pago de los daños y perjuicios mencionados.</p> <p>Se dictó la sentencia de primera instancia que declaró fundada en parte la pretensión de daños y perjuicios. Sin embargo, la demandante apeló la sentencia porque el juez se pronunció sobre responsabilidad extracontractual, cuando el caso era sobre responsabilidad contractual y que omitió resolver sobre la devolución del dinero.</p> <p>La Corte Superior reformó la sentencia y declaró improcedentes todas las pretensiones.</p>
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustenta en la contravención de la prohibición de reforma en peor en la apelación.

<p>Decisión</p>	<p>La Corte denegó el recurso debido a que de “los argumentos expuestos se puede apreciar que es la propia demandante quien posibilita que la causa sea analizada en segunda instancia, posibilidad que además no se limita a la indemnización, ya que según los agravios sustentados en su recurso de apelación de fojas quinientos, autoriza en buena cuenta al Colegiado para que pueda revisar nuevamente el aspecto contractual y determinar si de allí deriva la devolución y demás aspectos demandados, incluso la demandante enfatiza que el pago de daños y perjuicios deriva de la relación contractual, por lo que en virtud al principio "tantum devolutum quantum appellatum", autoriza a que el Colegiado pueda revisar nuevamente el contrato a nivel estructural y funcional. Es así que el Colegiado advierte que la pretensión de daños termina siendo accesoria respecto a la pretensión de anulación del contrato, más aún el énfasis de la recurrente por establecer que los daños son contractuales; es por ello, que el Colegiado se pronuncia sobre el contrato y al advertir que la pretensión de anulación no procede, siguiendo el principio de accesoriidad, en virtud al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (primer párrafo -in fine- del artículo 87 del Código Procesal Civil), termina concluyendo que la pretensión de daños contractuales tampoco procede.</p> <p>Además, la Corte señala que “en materia del proceso civil, las nulidades procesales deben ser analizadas a la luz de los principios procesales que las inspiran, tales como el principio de la trascendencia, en virtud al cual no es dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales; debiendo tenerse en cuenta principalmente que en virtud al principio de protección, la parte que hubiera dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado (inciso 1° del artículo 175 del Código Procesal Civil); en ese sentido, se advierte que la recurrente al permitir a través de sus agravios, que el Colegiado no solo se pronuncie sobre la pretensión de daños y perjuicios, sino también sobre las demás pretensiones, posibilitó que el Colegiado pudiera pronunciarse con la amplitud necesaria, no haberlo hecho conforme a lo solicitado por la recurrente habría dado lugar a un problema de congruencia por parte del Colegiado”.</p>
<p>Conclusión</p>	<p>No procede alegar la prohibición de la reforma en peor, cuando el apelante ha sometido todos los puntos a consideración del juez superior, pues va en contra de la doctrina de los actos propios.</p>

30)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Casación 2042-2002 2004 La Libertad, Perú.
Sumilla de hechos	No se señala en la sentencia.
Argumentos de las partes	El argumento que sustenta el recurso de casación consiste en la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, pues la Sala Superior declara nula la sentencia apelada sin que existan razones sustanciales para hacerlo, y evita con ello pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, por lo que ha infringido los principios contenidos en el inciso 3 del art. 119 de la Constitución, referidos a la tutela jurisdiccional y el debido proceso.
Decisión	La Corte denegó el recurso debido a que “conforme lo prescribe el inciso primero del art. ciento setenticinco del Código Procesal Civil no puede declararse nula una resolución por quien ha provocado el vicio, que se sustenta en la teoría de los actos propios. En el presente caso, el propio actor, y ahora recurrente, ha acumulado indebidamente sus pretensiones”.
Conclusión	El principio procesal que prohíbe que aquel que ha causado la nulidad de un acto procesal, no puede alegarla en su favor es una manifestación de la teoría de los actos propios.

31)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Casación 724-2006 2007 Lambayeque, Perú.
Sumilla de hechos	Se trata de un recurso de casación presentado por el demandante contra un auto de segunda instancia que confirma lo resuelto por primera instancia, en la que se declaró fundada la excepción de cosa juzgada presentada por el demandado, en la medida que el pronunciamiento bajo el Expediente N° 2482-99 tenía calidad de cosa juzgada.
Argumentos de las partes	El recurso de casación se sustentó en que se había incurrido en un vicio de motivación aparente, puesto que si bien el Expediente N° 2482-99 versó sobre responsabilidad contractual, el petitorio que se planteó en esa oportunidad precisó cuáles eran los incumplimientos invocados y, en esta oportunidad, se

	han invocado incumplimientos distintos; por lo que no procede una excepción de cosa juzgada.
Decisión	<p>En primer lugar, la Corte Suprema señaló que en este caso, el auto recurrido en casación está debidamente motivado; por lo que, rechaza el argumento planteado por el demandante.</p> <p>La Corte Suprema señaló que la cosa juzgada hace referencia al contenido de una sentencia firme y su inmutabilidad. Agregó que los límites de la cosa juzgada se circunscriben al objeto procesal, es decir, identidad de petitorio y de causa petendi. A criterio de la Corte Suprema, en el caso materia de análisis, la pretensión tiene sustento en el mismo contrato sobre el que se pronunciaron en el Expediente N° 2482-99, es decir, existe identidad de causa. En cuanto a la identidad de objeto, que el pronunciamiento del Expediente N° 2482-99 sobre responsabilidad contractual por cumplimiento tardío y doloso de obligaciones es congruente con el petitorio contenido en la demanda. Por lo tanto, no resulta procedente que se ventile nuevamente lo resuelto con autoridad de cosa juzgada.</p> <p>Finalmente, la Corte Suprema señaló como argumento adicional que no procede la nulidad invocada por quien la propició, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 175 inciso 1 del Código Procesal Civil, que se inspira en la teoría de los actos propios. Con esto la Corte se habría referido a que la situación habría sido causada por el propio demandante al iniciar un proceso sobre asuntos que son cosa juzgada.</p>
Conclusión	A criterio de la Corte, la teoría de los actos propios impide invocar una nulidad, que ha sido causada por quien la aduce.

32)

Datos del caso	Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 2984-2009 2010 Junín, Perú.
Sumilla de hechos	La sentencia de segunda instancia declaró fundada en parte la demanda. Así, ordenó que se cumpla con el otorgamiento de la escritura pública por parte de la Sucesión de Rita María de la Barra Soldevilla e infundada respecto de los demandados Néstor Alejandro Apaza Quispe y Blanca Inga. Declaró fundada la demanda en el extremo de la nulidad del acto jurídico y declaró nula la escritura pública del 21 de marzo de 1998, celebrada entre Dante Luis Pellane

	de la Barra y Mery Blanca Pellane de la Barra, con los cónyuges Néstor Alejandro Apaza Quispe y Blanca Inga Limaymanta; por lo que se canceló la anotación registral preventiva; y fundada en parte la pretensión de reivindicación contra los cónyuges Néstor Alejandro Apaza Quispe y Blanca Inga Limaymanta, e, infundado este extremo respecto a la sucesión demandada; e improcedente la pretensión de indemnización por daños y perjuicios respecto a todos los demandados.
Argumentos de las partes	El recurso de casación fue interpuesto por los demandados Néstor Alejandro Apaza Quispe y Blanca Inga Limaymanta debido a una errónea interpretación de los artículos 2014, 2022 y 1315 del Código Civil y contravención a las normas que regulan el debido proceso.
Decisión	<p>El Tribunal señala que con posterioridad a las apelaciones presentadas contra la sentencia de primera instancia, los demandados presentaron una transacción celebrada entre Juan Eleazar Sánchez Gonzáles y Néstor Alejandro Apaza Quispe a fin de que se declare la conclusión del proceso. Los demandados Dante Luis Pellane de la Barra y Mery Blanca Pellane de la Barra solicitaron adherirse a la transacción. Finalmente, el Juzgado decidió tener por no homologada la transacción pues no se pronunciaba sobre todas las pretensiones.</p> <p>La Corte Suprema señala que al analizar la apelación, la Sala Superior debió atender al principio de moralidad, que incluye la buena fe y la lealtad procesal.</p> <p>A ello agrega la Corte que “llama la atención de este Supremo Tribunal que, en el documento privado con firmas legalizadas de fojas trescientos setenta y tres, el demandante reconoce la titularidad del inmueble sub litis en la esfera jurídica de los demandados Néstor Alejandro Apaza Quispe y Blanca Inga Limaymanta, y luego, en su escrito de fojas cuatrocientos once, el demandante manifiesta que la transacción como contrato, fue únicamente con Néstor Alejandro Apaza Quispe, no siendo un arreglo definitivo con los otros demandados, y que no está presente la voluntad de los demandados Dante Luis Pellane de la Barra y Mery Blanca Pellane de la Barra; tales documentos de orden o destino judicial corren en el expediente, de donde se pueden extraer importantes elementos que coadyuven al análisis global de los medios probatorios, siendo que al momento de analizarse la conducta procesal de las partes en el proceso, se puede establecer como</p>

	<p>principio que, resulta "inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto"; entonces, puede resultar atentatorio contra la buena fe procesal reconocer una titularidad que antes se negaba.</p> <p>Adicionalmente, la Corte Suprema señaló que la debida motivación es un principio esencial que deben respetar las sentencias y ello incluye el principio de verificabilidad o razón suficiente; sin embargo, la Sala Superior no tomó en cuenta la conducta procesal del demandante al momento de valoración de la prueba. Por lo tanto las razones de la Sala Superior resultan insuficientes para confirmar la sentencia apelada.</p>
Conclusión	<p>A criterio de la Corte, resulta inadmisble reconocer la titularidad del inmueble al demandado cuando se pretende la titularidad del referido bien pues es una conducta contradictoria y que resulta atentatoria contra la buena fe procesal.</p>

33)

Datos del caso	<p>Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria Casación 3496-2007 2008 Arequipa, Perú.</p>
Sumilla de hechos	<p>Recurso de casación interpuesto por Juan Reyes Corimanya contra la resolución emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que revoca la resolución apelada y declara improcedente la demanda.</p>
Argumentos de las partes	<p>El recurso de casación se sustentó en que se violaron normas del debido proceso pues la Corte Superior ya se había pronunciado sobre la presunta falta de conexión entre los hechos y el petitorio en razón de que existían causales de anulabilidad. El juez de primera instancia emitió una primera sentencia declarando improcedente la demanda; no obstante, dicha decisión fue revocada por la Corte Superior, que dispuso que se emita nuevo fallo pronunciándose sobre el fondo del asunto, en base al principio del iura novit curia.</p> <p>El Juez de primera instancia emitió una nueva sentencia; sin embargo, la Sala Superior se pronuncia después señalando que no procede aplicar el principio iura novit curia para adecuar las causales de nulidad a las que realmente corresponden los hechos esgrimidos en la demanda, inobservando de esa forma lo dispuesto por ella misma en su anterior sentencia.</p>

Decisión	<p>La Corte Suprema advierte la contradicción en la Corte Superior y señala que “el Colegiado no puede contradecir lo expuesto por el mismo órgano jurisdiccional en un momento procesal anterior, puesto que, si bien es cierto, todos los magistrados tienen independencia y autonomía judicial, también lo es que “(...) la verdadera legitimación de los jueces está esencialmente en cómo cumplen diariamente su función garantizadora de los derechos de los ciudadanos (...)”; por ende, no se les puede permitir a los magistrados que emitan resoluciones donde estos se contradigan con lo expresado en una oportunidad procesal anterior y no justifiquen, de manera adecuada e idónea, su cambio de decisión”.</p> <p>A ello añade que “siendo esto así, en este particular caso se aplica la teoría de los actos propios, puesto que el comportamiento del Colegiado Superior atenta contra la regla de derecho derivada del principio general de la buena fe (venire contra factum proprium non valet), y que se materializa en la teoría de los actos propios, según la cual “(...) a nadie le está permitido ir contra sus propios actos. (...)” (Carlos Soto Coaguila; Revista hechos de la Justicia); por ende, las partes (o sujetos procesales, entre los que se incluye a los propios magistrados) no pueden contradecir en el proceso sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces”.</p> <p>Por lo tanto, se configura un vicio a la debida motivación de una decisión, que contempla no emitir una decisión evidentemente contradictoria con otra anterior.</p>
Conclusión	A criterio de la Corte, las Salas Superiores no pueden contradecir su conducta procesal válidamente emitida en un momento anterior, pues de lo contrario atentarían contra la doctrina de los actos propios.

5.4 Conclusiones sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en los casos comentados.-

Como ya se ha indicado, los 33 casos reseñados no ofrecen valor estadístico, ni se han elegido con ese propósito. El objetivo de su selección y clasificación en los seis temas antes indicados ha sido ilustrar sobre cuál es el entendimiento que las cortes que los conocieron tienen sobre el uso de la doctrina de los actos propios. Esto permitirá saber si tal entendimiento puede conciliarse con los requisitos para que opere, con sus consecuencias y con sus distinciones respecto de otras figuras jurídicas.

De otro lado, este insumo es fundamental para evaluar la conveniencia o necesidad de incluir una referencia normativa expresa a la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano, que brinde orientación tanto a los agentes económicos interesados en aplicarla como a los encargados de resolver las eventuales controversias.

5.4.1 Cuestiones generales sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios.-

En este punto se puede dar cuenta de dos grandes conclusiones a partir de las sentencias reseñadas.

De un lado, independientemente de su aplicación rigurosa o descuidada, o incluso de que la invocación de la doctrina de los actos propios haya sido desestimada, lo importante es que, según los casos reseñados, algunos incluso previos al Pleno Casatorio (emitido en el 2007), la doctrina de los actos propios existe para las cortes peruanas. Esto último podría parecer evidente, pero no lo es considerando el escepticismo que provoca su irrestricta aplicación. Lo que queda por delante es colaborar para que la doctrina de los actos propios siga siendo utilizada para resolver casos de manera justa, y para esto hace falta mayor rigurosidad.

De otro lado, la doctrina de los actos propios es un principio de derecho. Lo es porque tiene vocación de ponderación, no de subsunción. Sin embargo, como se indicó al comentar el Pleno Casatorio, este último señala que la doctrina de los actos propios es una regla de derecho, aunque no haya ofrecido una explicación para asumir dicha postura. A pesar de lo anterior, son varias las sentencias emitidas por la Corte Superior y por la Corte Suprema, posteriores a aquél, que le confieren la condición de principio de derecho¹⁹³.

5.4.2 Demandas de anulación de laudos arbitrales.-

Las 9 decisiones judiciales expedidas en relación con la doctrina de los actos propios (casos 1 al 9) tienen en común que desestimaron las pretensiones de anulación de los laudos. Sin perjuicio de ello, pueden ser distribuidas en tres grupos.

Primer grupo de sentencias

En primer lugar, se encuentran aquellas sentencias (casos 1, 3, 8 y 9) emitidas ante el cuestionamiento de una de las partes de la indebida aplicación de la doctrina de los actos propios en sede arbitral. Es interesante notar que en el caso 3 se sostuvo que la doctrina de los actos propios inspira el sistema de contratación pública y que ha sido acogida por la Ley de Contrataciones con el Estado.

¹⁹³ De las 33 sentencias reseñadas, 8 señalan expresamente que la doctrina de los actos propios es un principio: Caso 4 (Corte Superior, 2016), Caso 7 (Corte Superior, 2017), Caso 9 (Corte Superior, 2019), Caso 12 (Corte Suprema, 2006), Caso 16 (Corte Suprema, 2010) y Caso 19 (Corte Suprema, 2002).

También se ha señalado que los árbitros pueden invocar la doctrina de los actos propios aunque las partes no lo hayan hecho (casos 8 y 9). Sobre este tema se indicó que la doctrina de los actos propios es un desarrollo teórico específico del principio de la buena fe y que sí puede incorporarse al razonamiento judicial para la calificación jurídica. Estoy de acuerdo con esta posición, pero es importante tener claro que el principio *iura novit curia* tiene como límite la invocación de hechos invocados por las partes, y no habilita a los jueces a añadir nuevas pretensiones, sino que deben limitarse a las que hayan sido planteadas, dando oportunidad a las partes de presentar sus posiciones sobre las normas a ser aplicadas de oficio.

La sentencia del caso 8 hace bien entonces en asumir que la doctrina de los actos propios está vinculada con el principio de la buena fe y que por tanto puede invocarse aunque las partes no lo hayan hecho. Sin embargo, esta decisión se equivoca al asociarla a las reglas de interpretación de los contratos.

En efecto, es posible interpretar los contratos teniendo en cuenta la conducta previa de las partes, y es posible que a ello haya hecho referencia la sentencia. Sin embargo, la aplicación estricta de la doctrina de los actos propios supone distanciarse de una herramienta negocial, como la conducta interpretativa. Mientras que la conducta interpretativa dota de un significado a las cláusulas dudosas por el resto del plazo de ejecución contractual, la doctrina de los actos propios impide una conducta contradictoria únicamente mientras se haya generado confianza protegible, lo que no necesariamente coincide con el plazo restante de ejecución contractual.

Segundo grupo de sentencias

Una segunda categoría de sentencias (casos 5 y 6) desestima los cuestionamientos planteados vía anulación referidos a que los laudos no habrían aplicado la doctrina de los actos propios. Al respecto en el caso 5 se destacó que la doctrina es una técnica para el razonamiento judicial, y que no es de aplicación imperativa.

Estoy de acuerdo por dos razones. En primer lugar, porque se debe ser congruente con la posición ya asumida sobre la posibilidad de pactar en contra de la posible invocación de la doctrina de los actos propios. En segundo lugar, porque la decisión judicial de repudiar la actitud contradictoria de una de las partes no puede afectar las pretensiones que se discuten, especialmente si el beneficiario de la doctrina de los actos propios es el demandante. En efecto, el resultado de aplicarla es limitar el ejercicio de un derecho, lo que no necesariamente es lo pedido en el proceso. Entonces, solo si los hechos del caso lo permiten, si no existe pacto limitativo o si las pretensiones planteadas son compatibles con la aplicación de la doctrina de los actos propios, los jueces podrán invocarla al resolver una controversia, a pedido de parte o incluso de oficio.

Tercer grupo de sentencias

Una tercera categoría de sentencias referidas a la doctrina de los actos propios en los procesos de impugnación de laudos es aquella en la que los pedidos de anulación fueron desestimados por haberse producido la renuncia del derecho a objetar, de modo que el solicitante habría consentido a situaciones procesales que pretendía cuestionar de forma inoportuna (casos 2, 4 y 7). En el fondo, estas decisiones se asemejan a las que se mencionarán en el acápite 5.4.7.

5.4.3 Demandas de anulación de actos jurídicos.-

Uno de los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios es la existencia de una conducta vinculante, objetiva e inequívoca, que posteriormente es contradicha. Dicha conducta vinculante debe ser válida para ser portadora de confianza razonable. En tal sentido, en principio, la doctrina de los actos propios no puede penetrar una defensa de la contradicción basada en la nulidad de un contrato. En efecto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el Código Civil peruano no establece restricciones para que quienes celebraron el negocio jurídico invoquen causales de nulidad.

Sin embargo, tratándose de un vicio derivado de la falta de formalidades, la discusión es más compleja, como ya se vio en el Capítulo 3. De hecho, en uno de los casos reseñados se señaló que negar la existencia de la obligación de pagar la retribución pactada por la prestación efectuada por la demandante, alegando la falta de formalidades previstas, implica actuar contra los propios actos, cuando se ha consentido tal ejecución (caso 15).

Bajo la misma lógica, la Corte Suprema cuestionó que una entidad estatal haya pretendido amparar su incumplimiento en la ausencia de formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando todos los actos y documentos emitidos por la propia entidad revelaban que efectivamente sí se había prestado el servicio (caso 12). De hecho, la Corte Suprema ha sostenido que la mencionada Ley de Contrataciones con el Estado ha acogido la doctrina de los actos propios en su artículo 4, que regula el principio de moralidad.

En la misma línea, la Corte Suprema ha señalado que opera la doctrina de los actos propios en un caso en el cual los demandantes invocaron la nulidad de un contrato de mutuo contra una Cooperativa por el hecho que esta solo puede hacer préstamos a sus socios, alegando que si bien habían sido socios durante el proceso, no lo fueron al momento de celebrarse el contrato. Para la Corte Suprema, al haber expresado en el contrato que eran socios hábiles para beneficiarse del mutuo hipotecario, no se puede desconocer posteriormente dicha condición, pues ello sería contrario a la doctrina de los actos propios (caso 14).

Tratándose de la nulidad por simulación, la Corte Suprema ha acogido la tesis en virtud de la cual quien celebra un acto simulado sí contradecirlo pidiendo que se declare nulo, sin que por ello se oponga la doctrina de los actos propios (casos 10 y 13).

5.4.4 Demandas de obligación de dar suma de dinero.-

Hay dos casos en los cuales se brindó protección, mediante la doctrina de los actos propios, al acreedor cuyo deudor se negaba a cumplir con la prestación.

En el primero, cuando el demandante interpuso la demanda de obligación de dar suma de dinero, la demandada contestó que el contrato había sido declarado nulo en sede judicial por lo que no correspondía otorgar la contraprestación solicitada por el demandante. La corte decidió que negar la retribución si se había consentido la ejecución, era actuar contra la doctrina de los actos propios (caso 16). Habría sido interesante que en el proceso se analizara la posible aplicación del enriquecimiento sin causa.

En otro de los casos reseñados se señaló que constituye actuar en contra de la doctrina de los actos propios solicitar la aplicación de una consecuencia legal (en el caso se trataba de la rescisión del contrato prevista en el Decreto Legislativo 299) cuando las partes han regulado el mismo supuesto con una consecuencia diferente (en el caso, la resolución del contrato) a la establecida en la ley. El problema de una afirmación como esa es que, como se ha señalado en el Capítulo 3, para que la conducta genere confianza razonable debe ser legítima. Solo si la actuación es compatible con la ley, la contradicción posterior podrá ser inadmisibles y por tanto podrá activarse la doctrina de los actos propios. Dicho a la inversa, no existen “actos propios” en contravención de normas, pues no cabe aplicar la doctrina de los actos propios cuando la primera conducta es contraria a la ley (caso 17).

5.4.5 Demandas de ejecución de garantías.-

En relación con una demanda de ejecución de garantías, se suscitó una controversia resuelta en mayoría por la Corte Suprema priorizando el pacto establecido por las partes para modificar el contrato celebrado por ellas. A pesar de ello, vale la pena hacer notar que el asunto referido a las nulidades por falta de formalidades en contraste con la doctrina de los actos propios, es controversial. De hecho, el voto en minoría señaló que una parte no se puede apartar de lo convenido con otra en base a la buena fe, a pesar de que la modificación contractual no haya seguido las formalidades requeridas por el Código Civil, según el cual las modificaciones del contrato original deben hacerse en la forma prescrita en él, bajo sanción de nulidad (caso 18).

Otro caso controversial es uno en el cual el acreedor pretendía hacer valer su crédito por la vía de ejecución, mientras que el deudor sostenía la nulidad del título. La Corte Suprema señaló que una parte no puede beneficiarse de la nulidad causada por su propio dolo, pues ello implica actuar contra sus propios actos. Esta postura no ha sido acogida en la regulación peruana sobre la nulidad de los actos jurídicos, que permite que las propias partes demanden su declaración (caso 19).

5.4.6 Demandas sobre diversos asuntos civiles.-

La doctrina de los actos propios viene siendo utilizada por las cortes en casos de lo más diversos. Por ejemplo, durante una discusión relativa a la terminación de

un contrato de comodato, se ha señalado que la defensa de fondo esgrimida en un proceso no puede ser incompatible con la defensa articulada en uno distinto (caso 22).

También sobre la inconsistencia en el actuar, la Corte Suprema ha señalado que vulnera la doctrina de los actos propios quien ha demandado con éxito el divorcio en el extranjero pero se opone a su reconocimiento por la vía del exequátur en el Perú (caso 24).

Un tercer ejemplo interesante es aquel en el cual la Corte Suprema ha señalado que es contrario a los actos propios pretender la nulidad de un reconocimiento de hijo cuando dicho acto fue realizado a sabiendas de que no era el biológico (caso 21).

5.4.7 Cuestiones procesales contradictorias.-

Una buena parte de las decisiones reseñadas se refiere a la doctrina de los actos propios no tanto como herramienta de solución al fondo de los casos sino más bien para cuestionar contradicciones producidas al interior de una controversia judicial o al interior de dos procesos distintos.

En varias de las resoluciones emitidas para preservar la coherencia al interior del proceso se invocó el artículo 175 del Código Procesal Civil, en virtud del cual, quien propicia la nulidad de un acto procesal no puede alegarla posteriormente¹⁹⁴. Nótese que mientras la regulación civil de la nulidad no ha recogido la regla en virtud de la cual el causante de la nulidad del negocio jurídico está impedido de alegarla, la reglamentación procesal sí contiene norma al respecto. En efecto, la Corte Suprema ha señalado en varias oportunidades que no es posible alegar la nulidad cuando el pedido se formula por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, según lo regula el artículo 175 inciso primero del Código Procesal Civil, que consagra la teoría de los actos propios en materia procesal (casos 27 y 28).

Entre otros supuestos de inconsistencia procesal, la Corte Suprema se ha referido a los casos en los cuales la doctrina de los actos propios es aplicable porque: (i) el demandante alegó una nulidad procesal en casación, cuando en realidad el propio demandante no había cumplido con presentar los documentos exigidos por las reglas procesales (caso 28); (ii) la incompetencia del juez fue invocada de manera extemporánea, luego de la etapa de saneamiento procesal (caso 25); (iii) el demandante de un título de ejecución propició que no se realice una audiencia pericial, pero luego de haber sido notificado con la sentencia que le fue desfavorable, alegó la violación al debido proceso por la no realización de la audiencia (caso 26); (iv) una parte alega la prohibición de la reforma en peor, pese a que ella misma sometió todos los puntos en controversia a consideración

¹⁹⁴ "Artículo 175.- Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad.-

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio;
2. Se sustente en causal no prevista en este Código;
3. Se trate de cuestión anteriormente resuelta; o
4. La invalidez haya sido saneada, convalidada o subsanada".

del juez superior (caso 29); y, (v) el demandante cuestiona una excepción de cosa juzgada, cuando fue el propio demandante quien causó la situación, por haber iniciado procesos con pretensiones similares (caso 31).

Es interesante también que la Corte Suprema haya puesto límites a los magistrados para evitar que emitan resoluciones que contradigan lo expresado en una oportunidad procesal anterior sin justificar, de manera adecuada e idónea, su cambio de postura. En el caso reseñado, la Corte Superior pidió al Juez de primera instancia que adecúe los hechos a una causal de nulidad sobre la base del principio *iura novit curia*; pero cuando lo hizo, la misma Corte Superior señaló que dicha adecuación no era posible (caso 33).

5.4.8 Falta de tecnicismo y predictibilidad en la aplicación de la doctrina de los actos propios por las cortes judiciales peruanas.-

El objetivo de reseñar las sentencias seleccionadas y comentadas es ilustrar sobre cuál es el entendimiento que las cortes peruanas que las emitieron tienen sobre la doctrina de los actos propios.

Son tres los aspectos positivos resultantes de los casos reseñados. El primero es bastante obvio, pero muy importante, y es que, para los jueces peruanos, incluso antes de la emisión del Pleno Casatorio, la doctrina de los actos propios existe. Los jueces son conscientes de que no existe una norma que la mencione de manera explícita, pero la reconocen como una herramienta para resolver conflictos.

Ello es consecuente con el segundo aspecto positivo derivado de la reflexión anterior. Tanto la Corte Superior como la Corte Suprema han dicho expresamente que la doctrina de los actos propios es un principio de derecho. Esto es relevante, pues los principios son mandatos de optimización, que se cumplen en la mayor medida posible, para lo cual necesitan elasticidad.

Y en tercer lugar, precisamente por tratarse de un principio, los casos resueltos revelan que la doctrina de los actos propios tiene capacidad adaptativa a circunstancias diversas.

Es en este punto donde aparece una paradoja, pues la bondad del carácter maleable de la doctrina de los actos propios le puede jugar en contra si no hay claridad sobre su condición residual.

En efecto, otra conclusión relevante es que las decisiones judiciales que se han adoptado sobre la doctrina de los actos propios son erráticas, no arrojan luces sobre sus linderos y, por tanto, no generan predictibilidad sobre su uso. Además, no son necesariamente compatibles con los requisitos para que opere, con sus consecuencias y con sus distinciones de otras figuras jurídicas. De hecho, se le suele aplicar con la fórmula “a mayor abundamiento”.

En relación con esto último, se debe distinguir entre los argumentos que conforman la *ratio decidendi* del fallo, de aquellos esgrimidos con carácter *obiter dicta*.

“Esta distinción permite establecer el peso de los argumentos en el discurso jurisdiccional. Mientras que *ratio decidendi* alude a los razonamientos que fundamentan de manera directa la resolución del conflicto, *obiter dicta* es el conjunto de racionamientos, ilustraciones, recursos tópicos o retóricos que no fundamentan de manera directa la resolución del conflicto” (López Oneto 554).

En tal sentido, se debe discernir los casos en que los jueces acuden a la doctrina de los actos propios como argumentación fundamental, de aquellos otros en que solo acuden lateralmente a ella. De las sentencias reseñadas puede concluirse que en el caso de las cortes judiciales peruanas ocurre fundamentalmente lo segundo.

Es útil estar enterado de que aunque las cortes judiciales se apoyan en la doctrina de los actos propios, no aportan claridad sobre sus linderos, no verifican escrupulosamente el cumplimiento de los requisitos para que opere, y no indican con claridad cuáles son sus consecuencias. Propongo que para despejar posibles confusiones, los interesados en contrastar la doctrina de los actos propios con los hechos del caso consideren el *test* sugerido en el capítulo anterior.

Para ello es indispensable simplificar el problema real y subsumirlo en los sujetos A y B, asumiendo que A se comporta de una manera determinada frente a B, que posteriormente cambia de conducta, y que B intenta desafiar la contradicción de A invocando la doctrina de los actos propios.

1. ¿A se comportó de cierta manera frente a B?
2. De ser afirmativa la respuesta, ¿A luego se contradujo?
3. De ser afirmativa la respuesta, ¿hay alguna regla que regule explícitamente dicha contradicción?
4. De ser negativa la respuesta anterior, ¿la conducta inicial estaba prevista expresamente en el contrato?
5. De ser negativa la respuesta anterior, ¿B considera que la conducta inicial de A sirve para interpretar el sentido del contrato?
6. De ser negativa la respuesta anterior, ¿la conducta inicial era válida?
7. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿hubo suficiente frecuencia de acuerdo con las circunstancias como para generar confianza razonable en que dicha conducta (acción u omisión) se mantendría?
8. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿B considera que el comportamiento de A supone una renuncia de sus derechos?
9. De ser negativa la respuesta anterior, ¿B considera que el comportamiento de A coincide con la voluntad de B de cambiar los términos del contrato? Si no hay

claridad sobre la respuesta, ¿B considera que el nuevo comportamiento de A debe necesariamente ser conservado hasta el final de la relación contractual?

10. De ser negativa la respuesta anterior, ¿A sabía que B tenía razones contundentes para confiar en su primera conducta?

11. Si la respuesta anterior es afirmativa, la doctrina de los actos propios sería en principio aplicable, a menos que no se cumpla el requisito de identidad de sujetos. En cambio, si la respuesta fuera negativa, teniendo en cuenta las circunstancias, ¿A, o una persona razonable en las circunstancias de A, tenía elementos para inferir que a partir de su conducta anterior (acción u omisión), B podía entender que A la mantendría?

12. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿son A y B los únicos protagonistas de la conducta anterior (acción u omisión) y su posterior contradicción?

13. Si la respuesta anterior es afirmativa, la doctrina de los actos propios sería en principio aplicable. En cambio, si la respuesta fuese negativa y también participara un sujeto C, sería necesario preguntarse si existe una relación de representación, o un contrato a favor de tercero, o si se ha producido una transmisión a título universal, a partir de una sucesión hereditaria o una reorganización empresarial.

14. Finalmente, si la conducta inicial fue desplegada por varias entidades estatales, habría que preguntarse si se generó apariencia razonable de que sus actuaciones eran vinculantes para el Estado.

La aplicación del *test* no garantiza un resultado a prueba de confusiones, pero sí las minimiza. Va a permitir un diagnóstico más acertado para encontrar la solución que corresponda al caso concreto. La aplicación reiterada de este *test* permitirá a los interesados deconstruir la doctrina de los actos propios y recomponer su verdadera estructura, para así llegar al fiel de la balanza. Se confirmará así que el hecho de ser un principio de derecho y de ser residual no la hace el mejor remedio para todas las circunstancias.

Solo su real entendimiento, tanto teórico como práctico, sustentará una recomendación para mencionarla -o no hacerlo- de forma expresa en el ordenamiento jurídico. En este camino, es provechoso tener una idea ligera sobre la utilización de la doctrina de los actos propios en otras áreas del Derecho, pues ello contribuirá a la discusión sobre si es o no necesario o conveniente regularla, y de serlo, qué instrumento normativo le correspondería.

5.5 Aplicación de la doctrina de los actos propios en áreas ajenas al Derecho Contractual.-

El presente trabajo se enfoca en el estudio de la doctrina de los actos propios en el Derecho de Contratos, a pesar de lo cual, en este acápite se presentan algunas ideas sobre cómo esta herramienta es recibida en áreas del Derecho distintas, lo cual permitirá analizar con mayor convicción la necesidad o conveniencia de mencionarla expresamente en el ordenamiento jurídico.

5.5.1 Aplicación de la doctrina de los actos propios por el Tribunal Constitucional peruano.-

La doctrina de los actos propios ha sido mencionada por el Tribunal Constitucional, como argumentos para resolver demandas de amparo. De ello dan cuenta las dos decisiones que se mencionan a continuación.

1. El Exp. N° 1567-2006-PA/TC recayó sobre un recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía de Exploraciones Algamarca (“Exploraciones Algamarca”) contra la resolución emitida por la Corte Superior que declaró improcedente la demanda de amparo presentada por dicha empresa. Exploraciones Algamarca había interpuesto una acción de amparo contra la Compañía Minera Algamarca S.A.C. (“Minera Algamarca”), la Compañía Sulliden Shauindo S.A.C. (“Sulliden”) y el señor Miguel Orbegoso Tudela, así como contra los árbitros que emitieron un laudo arbitral que habría afectado sus intereses (Tribunal Constitucional 2006b).

Ocurrió que el Señor Orbegoso suscribió un contrato de transferencia de propiedades mineras con Sulliden en nombre y representación de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca. Exploraciones Algamarca, la demandante en el amparo, alega que dicho contrato no la vincula porque el Señor Orbegoso violó sus facultades de representación conferidas por la junta general de accionistas. Sulliden inició un proceso arbitral que, según Exploraciones Algamarca, vulneró su derecho al debido proceso, debido a que el convenio arbitral había sido suscrito por el Señor Orbegoso sin contar con facultades para ello, y por tanto, el tribunal arbitral no era competente (la demanda de amparo pretendía dejar sin efecto el convenio arbitral y la instalación del tribunal). Sulliden contestó, entre otros argumentos, que el Señor Orbegoso era además gerente general, de modo que contaba con facultades para suscribir el convenio arbitral por el solo hecho de serlo.

En primera instancia, en el proceso de amparo iniciado por Exploraciones Algamarca, se declaró infundada la demanda por tratarse de un asunto de carácter contractual. En segunda instancia, la Corte Superior declaró improcedente la demanda. Finalmente, el Tribunal Constitucional también declaró improcedente la demanda, por falta de agotamiento de la vía previa, dado que por el principio *kompetence-kompetence*, era el tribunal arbitral el encargado de decidir sobre su propia competencia.

Sin perjuicio de ello, en la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional señaló que los demandados alegaron la aplicación de la doctrina de los actos propios, puesto que Exploraciones Algamarca, la demandante, negó la validez del convenio arbitral a pesar de que en otro proceso judicial (iniciado por Sulliden), alegó la existencia del mismo convenio arbitral.

Nótese que el Tribunal Arbitral no necesita aplicar o desestimar el argumento referido a la doctrina de los actos propios, dado que concluyó que la demanda fue improcedente; sin embargo, no negó su posibilidad de aplicación. Como puede observarse, el Tribunal Constitucional aplicó la doctrina de los actos propios sin necesitarla para resolver la controversia, y más bien lo hizo con el

propósito llamado “a mayor abundamiento”. Nótese que, como la Corte Suprema ha hecho, el Tribunal Constitucional aplicó la doctrina de los actos propios en relación con situaciones que involucraron a los mismos sujetos, pero respecto de conductas desplegadas en dos procesos judiciales diferentes.

2. El Expediente 02335-2013-PA/TC recayó sobre una demanda de amparo interpuesta por una trabajadora contra el Gobierno Regional del Callao, que solicitó se deje sin efecto una carta mediante la cual la demandante fue despedida de su centro de labores. La demandante alegó que se vulneró su derecho al trabajo, frente a lo cual el demandado respondió que el despido se originó en una falta grave (Tribunal Constitucional 2017).

El Tribunal Constitucional concluyó que si bien el Gobierno Regional del Callao podía declarar la nulidad de sus actos administrativos, la propia entidad había ratificado la contratación de la demandante con anterioridad, por lo que la declaración de nulidad atenta contra de la teoría de los actos propios. Además, se declaró fundada la demanda de amparo debido a que se vulneró el principio de inmediatez al notificar la presunta nulidad de la contratación luego de más de tres años de haber sido emitida la decisión correspondiente.

A propósito de la doctrina de los actos propios, el Tribunal Constitucional señaló que:

“[...] en relación con el primer punto, no es irrelevante desde el punto de vista constitucional que la administración pública, en su accionar, debe someterse a determinados principios, los cuales, en determinados casos, cuentan con soporte constitucional. En dicho marco, la doctrina de los actos propios adquiere especial notoriedad. De conformidad con ella, a la administración pública le está vedada la posibilidad de desconocer, por su propia acción, aquellos actos que hubiera avalado con anterioridad, más aún si de los mismos se puede desprender el reconocimiento de determinados derechos subjetivos a favor de las personas” (2017: fundamento 10).

3. Las sentencias anteriores no han sido comentadas con el propósito de ser analizadas de manera exhaustiva, sino para poner en evidencia que la doctrina de los actos propios es utilizada también por el Tribunal Constitucional, intérprete de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico peruano. Independientemente de que lo haya hecho o no guardando la máxima rigurosidad, lo importante es que el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de esta herramienta en el ordenamiento jurídico peruano y que los jueces pueden utilizarla para resolver controversias.

5.5.2 Aplicación de la doctrina de los actos propios en el proceso.-

He identificado cuatro asuntos relevantes de cara a la vinculación de la doctrina de los actos propios con las actuaciones procesales.

5.5.2.1 La doctrina de los actos propios no siempre se configura en el marco de un proceso:

Como se ha sostenido en el Capítulo 3 de este trabajo, la doctrina de los actos propios es lo suficientemente flexible como para operar en dos sentidos, como un mecanismo de acción o uno de defensa. Ello dependerá de cuál es el acto contradictorio que se pretende combatir con su invocación. En efecto, el momento del proceso en que se puede recurrir a la doctrina de los actos propios depende del contenido de la contradicción. Si el actuar incoherente supone formular un reclamo inesperado, la doctrina de los actos propios será planteada a manera de contestación o como mecanismo de defensa. Sin embargo, la contradicción puede plantearse sin formular reclamo alguno, pero con una negativa a ejecutar el contrato de la manera en que se venía haciendo. En tal caso, el afectado con la incoherencia puede pedir que en el proceso se declare que en virtud de la doctrina de los actos propios, se disponga el remedio que corresponda.

Lo señalado en el párrafo precedente es la razón por la cual la doctrina de los actos propios, cuando se plantea en vía de excepción, opera como una defensa de fondo, de modo que se puede invocar para conseguir que la demanda se declare infundada, mas no improcedente.

Sin perjuicio de lo anterior, e independientemente de que se trate de una defensa de fondo, Díez-Picazo sostiene que la doctrina de los actos propios presupone siempre una situación procesal, pues es en el proceso donde no puede venirse contra los actos propios.

“Lo que se veda es que un litigante adopte, en el proceso, una actitud que le ponga en contradicción con su anterior conducta. Es la contradicción entre la conducta procesal, y la conducta pre-procesal o extraprocesal lo que resulta inadmisibles y condenables. Lo que la persona no puede hacer es accionar, invocar o alegar en contra de sus propios actos. Invocar y alegar vale tanto como aportar hechos y razones de derecho, como fundamento de una petición dirigida a un juez (Díez-Picazo 2014: 172).

La consecuencia de esta posición es que la doctrina de los actos propios agota “su eficacia en enervar, detener o impedir la afirmación procesal contraria a la conducta prelitigiosa, siendo un medio de defensa, una excepción, o en sentido más amplio, una objeción” (Díez-Picazo 2014: 173).

La postura en virtud de la cual la doctrina de los actos propios, aunque se trata de una defensa de fondo, supone siempre una situación procesal, se explica en que el núcleo que motiva su invocación es una contradicción. Como dice el autor citado, esta contradicción puede operar entre una conducta procesal y otra extraprocesal. Es decir, en el marco de la ejecución del contrato se despliega una conducta vinculante generadora de confianza, que es luego contradicha en el marco de una disputa formal.

Sin embargo, dicha posición es incompleta y por tanto incorrecta. Es posible que el proceso haya sido promovido no con el ánimo de contradecir una conducta previa y vinculante, sino por el contrario, para denunciarla, pedir que se declare la existencia de contradicción durante la ejecución del contrato y se dispongan las medidas correctivas que sean necesarias.

Como puede apreciarse, la postura que considera que la doctrina de los actos propios importa siempre un marco procesal, supone que la conducta vinculante se produce fuera del proceso y que la contradicción posterior se produce dentro de él. Por el contrario, la posición que planteo es que ambas conductas, la primigenia y la contradictoria, pueden generarse durante la ejecución del contrato, de modo que el proceso posterior sirva para dar cuenta de la incoherencia y pedir que se corrija.

5.5.2.2 La doctrina de los actos propios frente a la preclusión y la renuncia del derecho a objetar:

Un segundo asunto relevante de cara a la doctrina de los actos propios en el marco de un proceso, es que aquélla debe distinguirse de la institución de la preclusión. La preclusión confiere precisión y rapidez al proceso, poniendo límites al ejercicio de las facultades procesales.

“Pero ocurre que el principio de preclusión en cuanto impide el regreso a etapas o estadios procesales consumidos por ejercicio válido de la facultad o por la caducidad del derecho, justamente por su no ejercicio, dispone de una construcción consolidada en la teoría general del Derecho procesal y normas diversas en torno a su reconocimiento [...] que lo aíslan del *venire contra proprium factum* y hacen innecesario acudir a ella para explicar la clausura definitiva de las diversas y sucesivas etapas del proceso” (Morello 1985: 65).

Además de la preclusión procesal, vale la pena mencionar en este punto a una institución consagrada en el Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el Arbitraje, que presenta una vocación parecida a la de la doctrina de los actos propios. El artículo 11 regula la renuncia del derecho a objetar, señalando que:

“Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias”.

La lógica que subyace a dicha regla es, de un lado, propiciar la eficiencia en el proceso, como ocurre con la preclusión, y de otro lado, sancionar la contradicción. Puede parecer paradójico considerar que quien guarda silencio no puede contradecirse posteriormente, pero no hay paradoja alguna. La regla opera cuando las partes del arbitraje estuvieron en condiciones de saber que la ley arbitral fue incumplida, pese a lo cual callaron. Si deciden dar cuenta de la infracción fuera de un tiempo razonable, el laudo queda protegido y no podrá alegarse la vulneración del debido proceso por dicha circunstancia.

Como ya se ha mencionado, el artículo 175 inciso 1 del Código Procesal Civil tiene una regla similar, según la cual el pedido de nulidad será declarado inadmisibles o improcedentes, según corresponda, cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio. La diferencia con la Ley que norma el Arbitraje es que el Código Procesal Civil no solo sanciona la mera omisión, sino

además una actitud, pues impide alegar la nulidad a quien consintió o propició el vicio.

El artículo 172 del Código Procesal Civil es incluso más parecido al artículo 11 de la Ley que norma el Arbitraje, pues tratándose de vicios en la notificación de la nulidad existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.

5.5.2.3 La doctrina de los actos propios y las contradicciones procesales:

En los párrafos anteriores se discutió si la contradicción que configura la doctrina de los actos propios puede ser anterior al proceso o producirse en él. En ambos casos, la conducta vinculante se produjo en el marco de la ejecución del contrato, lo cual genera que la doctrina de los actos propios planteada en esos términos, sea siempre una defensa de fondo, independientemente de que la contradicción se formule dentro de un marco procesal o fuera de él.

Lo que se presenta a continuación más bien, son casos en los cuales tanto la conducta vinculante como la contradicción posterior se presentan dentro de un proceso, lo cual genera que, en este espacio, la doctrina de los actos propios no se trate de una herramienta para defender la coherencia contractual, sino la conducta congruente y de buena fe al interior de un proceso. En buena cuenta, esto es lo que por cierto ha decidido la Corte Suprema en algunos de los casos reseñados en la sección anterior de este capítulo.

En efecto, “la circunstancia de que un sujeto de derecho intente verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, es inadmisibles” (Morello 1985: 57).

En esa línea, diversos autores dan cuenta de situaciones que ameritaron la aplicación de la doctrina de los actos propios no como instrumento contractual sino procesal: (i) el litigante no solicita una prueba e incluso se opone a ella para luego alegar la nulidad de la sentencia por no haberse practicado la prueba; (ii) el ejecutado solicita la sustitución del bien trabado cuando en la diligencia de embargo no formuló objeción ni se opuso al embargo de los bienes gravados; (iii) el litigante formula nulidades procesales contra actuaciones consentidas sin haber planteado los recursos previstos; (iv) un litigante cambia abruptamente de estrategia procesal, pues luego de expresar su voluntad de cumplir el laudo condenatorio y negociar únicamente cuestiones puntuales, opta, luego del fracaso de las tratativas, por interponer un recurso de nulidad; y, (v) en instancias distintas el accionante sostiene su pretensión en fundamentos distintos, pues en primera instancia alega la teoría de la imprevisión y en segunda instancia, pacto comisorio.

La doctrina de los actos propios ha servido para combatir comportamientos incoherentes al interior de un proceso, pero también para impedir a quien hizo dos alegaciones incompatibles entre sí en sedes distintas, el ejercicio de derechos que contraría sus anteriores alegaciones (López Mesa 2013, 179). Incluso se ha usado en procesos laborales, cuando se ha alegado lo contrario a

lo defendido en un proceso civil, y también se ha usado en sede administrativa, cuando se niega en sede jurisdiccional lo defendido en el expediente administrativo (Joan Picó i Junoy 2003: 127-129)¹⁹⁵.

5.5.2.4 La doctrina de los actos propios y las decisiones judiciales:

No hay unanimidad entre los autores sobre la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios cuando los jueces adoptan decisiones contradictorias entre sí al interior de un proceso o en procesos distintos. Las decisiones adoptadas por las cortes judiciales peruanas, mencionadas en el acápite 5.4.7, tampoco ofrecen mayor claridad.

El Profesor Isidoro Eisner habría sido el primero en postular que la doctrina de los actos propios debe ser aplicada también a los jueces y tribunales (Mesa Valencia, 78). Lo mismo considera López Mesa, según el cual la doctrina de los actos propios se aplica a jueces y árbitros para que no “desanden el camino recorrido en el expediente, salvo que enmienden un acto anterior gravemente viciado” (López Mesa 2013: 201). No obstante, este mismo autor señala que Alejandro Borda no está de acuerdo con su postura (López Mesa 2013: 203).

Para esta corriente de pensamiento, los jueces no solamente no pueden contradecir sus actos anteriores en el mismo expediente, sino que no pueden contradecir el criterio que hubieran adoptado sobre el mismo tema en casos anteriores. “Un juez no puede darse el lujo de ser voluble ni de aplicar dos criterios para un mismo caso, porque está obligado a mantener una coherencia interpretativa y decisoria, pues lo contrario compromete la garantía de seguridad jurídica” (Mesa 2013: 80).

Opinión similar es recogida en la sentencia expedida por la Corte Constitucional de Colombia C-836 del 2001, en la cual se señaló que “esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial” (Bernal 2013: 265).

Es comprensible la preocupación de los autores por aquellas situaciones en las cuales quienes toman decisiones al interior de un proceso no son consistentes con sus propias decisiones previas, adoptadas dentro del mismo proceso o en algún otro que involucra a partes distintas.

¹⁹⁵ Se ha incluido como ejemplo incluso el caso de un conductor de colectivo que demandó a una empresa de ómnibus para la que trabajaba, por incapacidad “laborativa” total, por los microtraumas absorbidos por la columna por la deficiente amortiguación del vehículo. Venció en el juicio y cobró una indemnización. Años después demandó a otra empresa con el mismo planteo, pero dado que ambas empresas tuvieron el mismo abogado, la segunda empresa demandada tomó conocimiento del proceso anterior y cuestionó esta actitud procesal sobre la base de la doctrina de los actos propios (López Mesa 2013: 177). Según López Mesa, en el caso debía prosperar la doctrina de los actos propios, pero esta postura presenta dos dificultades. De un lado, no se presenta el requisito de identidad de los demandados, y de otro lado, la forma de desestimar la demanda era a través de una defensa de fondo, por no acreditarse la existencia de daño pendiente de ser indemnizado.

Por supuesto, la preocupación anterior se justifica solamente asumiendo que la inconsistencia de dichas decisiones no puede explicarse por circunstancias diferentes que ameriten la variación.

Ahora bien, si no hay razón alguna que explique la aparente inconsistencia, lo que en el fondo se cuestiona al acudir a la doctrina de los actos propios, es la incongruencia de las decisiones judiciales que vulneran las expectativas legítimas de los justiciables. Sin embargo, en un sistema en el cual las decisiones judiciales no son vinculantes, no hace falta hacer uso de la doctrina de los actos propios sino utilizar los remedios que el andamiaje del sistema de justicia provee, frente a la eventual vulneración del debido proceso, la posible existencia del delito de prevaricato o las investigaciones por conductas reñidas con la ética judicial.

Como consecuencia de todo lo anterior, la vinculación de la doctrina de los actos propios y los asuntos procesales pueden producirse a cuatro niveles. El primer nivel es cuando la conducta vinculante ocurre fuera del proceso, en ejecución del contrato, pero la conducta contradictoria se produce a través de una actuación procesal. El segundo nivel es cuando, independientemente de cuál sea el asunto controvertido, una de las partes actúa en el proceso de manera contradictoria con actuaciones previas. El tercer nivel ocurre cuando la incoherencia de los litigantes se muestra respecto de conductas planteadas en procesos distintos. Finalmente, algunos autores mencionan la doctrina de los actos propios no en relación con el comportamiento de las partes, sino de los jueces al interior del proceso o respecto a decisiones emitidas en procesos distintos con circunstancias idénticas. Sobre esto último, la doctrina de los actos propios también ha sido utilizada para combatir actuaciones irregulares de las entidades administrativas, como se puede apreciar a continuación.

5.5.3 Aplicación de la doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo.- el principio de confianza legítima.-

Ya se ha señalado que la doctrina de los actos propios no es la única construcción teórica destinada a proteger la confianza. De hecho, todo el sistema de contratación civil está construido sobre la base de ella. Ahora bien, el Derecho Administrativo es un espacio en el que se ha dotado a la certeza de las decisiones una protección especial a través del llamado “principio de confianza legítima”.

La doctrina o principio de la protección de la confianza o de la confianza legítima se desarrolló en Alemania luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, con el propósito de reaccionar judicialmente frente a la defraudación de la confianza de los ciudadanos por parte de los poderes públicos (Schneider 2002: 250).

En efecto, por razones históricas conocidas, terminada la Segunda Guerra Mundial, en Alemania se criticaba la frialdad y la rigidez de la ley, contexto en el cual fue emitida la Sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín del 14 de noviembre de 1956. Con ella se impidió revocar un acto de reconocimiento de una pensión de viudez a la viuda de un funcionario. “Con base en la confianza creada por el acto administrativo, la

beneficiaria decidió mudarse a Berlín oeste. De forma que la revocación del acto le habría producido serios perjuicios. Al resolver el caso, el Tribunal consideró que, con fundamento en los principios de paz, seguridad jurídica y buena fe, no se justificaba la revocación del acto” (Díez 2018: 71).

La doctrina alemana ha definido el principio de confianza legítima como el principio general del Derecho en virtud del cual algunas expectativas, derivadas de las situaciones de confianza creadas por la conducta de los poderes públicos, producen efectos jurídicos cuando la confianza protegida debe prevalecer sobre el interés público (Díaz 2014: 103).

“El principio de protección de la confianza surgió en Europa como consecuencia del desencanto imperante con la vigencia meramente formal de la Ley. Su momento de elaboración coincide con la construcción del Estado social. En ese sentido, tiene un origen común con la doctrina de los actos propios, que también se configuró en su momento para paliar los efectos derivados de una aplicación excesivamente rigurosa de las normas jurídicas” (Díez 2008: 71).

Como señala Díez-Sastre, tanto el principio de protección de la confianza como la doctrina de los actos propios surgieron para dotar de flexibilidad a las relaciones jurídicas, en el marco de la buena fe, pero esta coincidencia no impide marcar las diferencias entre una y otra.

La finalidad de este principio ha sido la de proteger las expectativas legítimas de los administrados. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y de los tribunales alemanes, la protección de tales expectativas tiene fundamento en que ellas sean razonables y, además, que sea imprevisible su modificación por parte de la administración pública, pues, en caso contrario, es decir, si el cambio en las reglas por parte de la administración es previsible o esperado, se considera que el particular no requiere de la protección que se brinda a través de esta figura (Bernal 2013: 271).

El principio de protección de la confianza recíproca también es defendido como presupuesto para alcanzar el bienestar macroeconómico. “Condición previa para que puedan tener lugar tales interacciones productivas es, sin embargo, la confianza de los distintos actores en su respectiva disposición recíproca a la cooperación. Para ello resulta imprescindible que estos intercambien información creíble sobre sus intenciones y comportamientos futuros” (Schneider 2002: 253).

Además, es defendido desde la óptica de la teoría de los derechos fundamentales, pues “la protección de la confianza significa protección de la libertad, ya que es aquella la que garantizaría un desarrollo óptimo de la personalidad de los ciudadanos” (Schneider 2002: 251).

En España se implementó el principio de confianza legítima mediante sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 1989, por la que se decidió proteger a un centro escolar que durante varios años se había beneficiado de

ciertas subvenciones que repentinamente fueron modificadas en perjuicio suyo (Mesa 2013: 31)¹⁹⁶.

Por su parte, para la Corte Constitucional colombiana, el principio de confianza legítima es una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación de las autoridades con los particulares, para conciliar los intereses generales con los de las personas (Mesa 2013: 36).

Como puede fácilmente advertirse, la observación que surge instantáneamente cuando se yuxtapone la protección de la confianza con la certeza que deben producir las decisiones administrativas es que la Administración pública, a diferencia de los sujetos privados, debe actuar según el principio de legalidad. La réplica a la observación sería que las entidades no actúan solamente según actividades regladas, sino que poseen cierto margen de discrecionalidad. “Y es precisamente en ese ámbito en el que se considera necesario reforzar los criterios de control de la actuación administrativa. En ese sentido, la jurisprudencia considera aplicable la doctrina de los actos propios al ejercicio de potestades discrecionales” (Díez 2018: 49).

Lo antes señalado es clave para dotar de algún sentido a la doctrina de los actos propios o principio de confianza legítima en las actuaciones de las entidades públicas.

En efecto, en el espacio contractual del Derecho Privado la doctrina de los actos propios exige que la conducta portadora de confianza sea vinculante, pero la exigencia de que el acto administrativo sea “vinculante” puede conducir a conclusiones poco razonables. “Así, puede llevar a afirmar que un acto administrativo que concede una licencia impide que posteriormente se deniegue esa misma licencia con base en la doctrina de los actos propios. [...] La vinculación al acto administrativo no se explica por la doctrina de los actos propios. Se explica por el régimen jurídico que rodea el ejercicio de las potestades administrativas y a la validez y eficacia de los actos administrativos” (Díez 2018: 50).

Dicho en otras palabras, las decisiones “vinculantes” adoptadas por las entidades públicas no lo son porque les sea aplicable la doctrina de los actos propios o el principio de confianza legítima, sino porque el régimen jurídico les confiere carácter obligatorio, partiendo de la premisa de que dichas decisiones son adoptadas sobre la base del principio de legalidad. En efecto, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de los actos administrativos, el principio de confianza legítima actúa si la confianza del individuo ha sido violentada con signos externos sorpresivos (Mesa 2013: 35).

Ahora bien, dicho principio se limita a operar respecto de actuaciones no vinculantes. En efecto, la confianza es protegible cuando el acto que la suscita no es vinculante por naturaleza, pues si lo fuera, sería irrelevante que haya generado confianza en el administrado (de acuerdo a un estándar externo de conducta y no según el estado psicológico interno de los sujetos). Es solo en los

¹⁹⁶ Los principios de buena fe y confianza legítima en el Derecho Administrativo fueron acogidos en el ordenamiento español mediante la Ley 4/1999 y la Ley 40/2015.

casos de decisiones no vinculantes que cabe discutir sobre el deber de la Administración de mantener su propio criterio expresado con anterioridad (Díez 2018: 52)¹⁹⁷.

A propósito del ámbito tributario, que se rige además por los principios del Derecho Administrativo, se ha sostenido que para que se vulnere la doctrina de los actos propios por parte de la Administración es necesario que su actuación rompa la previsibilidad y la buena fe del administrado y que existan signos externos concluyentes que hayan orientado la conducta de este (Martínez 2014: 67). Por ejemplo, que el administrado se haya guiado por actuaciones de la Administración en ejercicios anteriores por idénticos conceptos.

Además, el acto administrativo no vinculante que puede generar confianza protegible debe ser conforme a Derecho, pues la doctrina de los actos propios en Derecho Administrativo o principio de confianza legítima no puede aplicarse si la consecuencia es crear situaciones contrarias a intereses tutelados por normas. En tal sentido, no opera para prolongar los efectos de una disposición administrativa ilegal¹⁹⁸. En otras palabras, el límite es el principio de legalidad, pues la doctrina de los actos propios no sirve para validar un acto de la Administración contrario al ordenamiento jurídico. En este punto, nótese la semejanza con la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito contractual privado, en que la conducta inicial debe emanar de un contrato válido para ser vinculante.

En el Derecho Administrativo se ha acuñado el concepto de “autovinculación de la Administración”, que supone exigir coherencia en las actuaciones de los funcionarios públicos. Sin embargo, para que ellas puedan ser vinculantes hace falta remitirse a principios jurídicos, como el de igualdad en la aplicación de la ley, el principio de buena fe o el principio de protección de la confianza (Díez Sastre 2008: 193). Añade la autora que la doctrina de los actos propios está enmarcada en los dos últimos principios, y que debe deslindarse de la doctrina del precedente administrativo, pues en la primera los sujetos deben ser los mismos, mientras que los precedentes administrativos suponen la existencia de relaciones jurídicas distintas, respecto de las cuales es pertinente el principio de igualdad de los administrados.

Al respecto, el artículo 1.8. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, contenido en el Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, menciona el Principio de buena fe procedimental:

“Artículo 1.8.- Principio de buena fe procedimental.-La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad

¹⁹⁷ La autora pone como ejemplos de actuaciones no vinculantes a las promesas, consultas, disposiciones administrativas internas, etc., que sean capaces de generar confianza protegible (Díez 2008: 377).

¹⁹⁸ Por ejemplo, si la Administración indica erróneamente el régimen de recursos contra un acto, no opera el principio de confianza legítima, pues de lo contrario se inaplicaría el régimen legal correspondiente (Díez 2018: 52).

administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental” [el subrayado es agregado].

Es esencial tener clara la diferencia entre la doctrina de los actos propios y los precedentes administrativos, pues la doctrina de los actos propios se produce en el seno de la misma relación, mientras que los precedentes se refieren a una relación jurídica distinta. El criterio contenido en ellos puede cambiarse siempre que se presente una motivación suficiente (Martínez 2014: 68).

Carrasco mantiene una posición distinta, pues sostiene que la doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo no exige que la confianza del administrado haya sido defraudada, pues basta que la conducta significativa haya favorecido a terceros que estén respecto a la norma en la misma posición que el afectado (Carrasco 2016: 469). Como puede apreciarse, para este autor la doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo no solo abarca las conductas inconsistentes de la Administración respecto de un administrado, sino la vulneración de su confianza debido a un trato diferenciado respecto de otros administrados. Esto último, más que referirse a la doctrina de los actos propios, está prohibido por el principio de igualdad que debe regir los actos administrativos.

También se invoca la doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo contra el recurso de lesividad, que permite a la autoridad que emitió un acto administrativo, impugnarlo en la vía contencioso administrativa. Sobre ello, García de Enterría sostiene que el principio de los actos propios no tiene nada que ver con el régimen que consagra el recurso de lesividad. “La doctrina de los actos propios se utiliza generalmente con una inespecífica, y aún más, grosera imprecisión, y esto no sólo en el Derecho Administrativo, donde es notorio que su invocación por los autores y por la jurisprudencia descarga de ordinario de la necesidad de mayores análisis, sino también en el campo, más depurado técnicamente, del Derecho civil” (García de Enterría 1956: 71).

Nótese que García de Enterría no solo se opone a la invocación de la doctrina de los actos propios frente al ejercicio de la Administración de impugnar sus decisiones, sino que en general la acusa de falta de precisión, incluso en el Derecho Civil. En todo caso, las propias reglas de procedimiento administrativo permiten a la Administración dejar sin efecto sus propios actos a través de los procedimientos de revisión de oficio, que exigen ciertas garantías procesales¹⁹⁹.

Como puede apreciarse, el principio de confianza legítima configura un límite a las facultades revisoras y revocatorias de la administración, pues permite mantener una situación jurídica reconocida e incluso creada previamente por el acto administrativo que posteriormente pretende revocarse (Mesa 2013: 33).

¹⁹⁹ Ello, sin perjuicio de la posible indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la confianza de los administrados en los efectos de los actos administrativos que les fueron favorables (Parada 2004, 213-214).

Así, la doctrina de los actos propios a través del principio de confianza legítima ha ganado un espacio en el Derecho Administrativo y de ello también dan cuenta autores como Alejandro Borda (2017: 149) y Marcelo López Mesa (2013: 231), pero no es menos cierto que su uso en el ámbito de los procedimientos ante entidades públicas genera escepticismo por su falta de claridad y por tanto de certeza sobre los efectos que produce.

A continuación, a manera ilustrativa se presenta una controversia en la cual se analizó la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito de la Administración.

Un consorcio (el “Consortio”) y una entidad (la “Entidad”) celebraron un contrato de compra de determinados bienes (los “Bienes”) por un precio que estaba dentro del tope máximo fijado (el “Contrato”).

Días después de la firma del Contrato, ambas partes suscribieron, en papel membretado de la Entidad, una Cláusula Adicional al Contrato mediante la cual dejaron constancia de que por error material se había consignado en la parte final del Contrato la fecha 28 de diciembre de 2006, cuando la fecha correcta de suscripción había sido el 29 de diciembre de 2006.

Poco después, en un contexto de críticas de los medios de comunicación al precio de adquisición de los Bienes, la Presidencia del Consejo de Ministros (“PCM”) propuso al Consortio una renegociación de las condiciones del Contrato, que el Consortio aceptó. Para estos efectos, se nombró a una comisión negociadora, que propuso un nuevo precio al Consortio, aceptado por este.

Sin embargo, antes de la firma de dicha modificación contractual, el Gobierno planteó resolver el Contrato por mutuo disenso, lo cual fue también aceptado por el Consortio. No obstante, ello no se concretó dado que, sorpresivamente, la Entidad emitió una resolución ministerial por la cual declaró unilateralmente la nulidad del Contrato.

La Entidad fundamentó dicha nulidad en la supuesta falta del Consortio al principio de presunción de veracidad, dado que, al 28 de diciembre de 2006, fecha en que se firmó el Contrato, este aun no estaba constituido, puesto que la escritura pública de constitución fue otorgada ese mismo día.

El Consortio manifestó su disconformidad a la resolución ministerial, pero, sin perjuicio de ello, devolvió el importe del adelanto recibido más los correspondientes intereses legales.

En dicho contexto, el Consortio acudió a un procedimiento arbitral donde formuló como pretensiones las siguientes: (i) que se declare que la Entidad carecía de facultades para declarar unilateralmente la nulidad del Contrato; (ii) que se declare la ineficacia de la decisión ministerial; (iii) que se declare que el Consortio no hizo nada que pudiera justificar la declaración de nulidad del Contrato; y, (iv) que se declare terminado el Contrato por imposibilidad sobrevenida.

La Entidad afirmó que la potestad de declarar unilateralmente la resolución del Contrato era parte del ejercicio de su *ius imperii*. El Consorcio alegó en el proceso que no era posible admitir la posición de la Entidad y que esta contravenía la doctrina de los actos propios, dado que mediante una conducta actual se pretendía desconocer conductas pasadas.

Respecto a la afirmación de la Entidad sobre el ejercicio del *ius imperii*, se dijo que esta no tenía asidero porque cuando el Estado actúa como contratante lo hace como una parte más, vinculada a las exigencias de la buena fe. En ese sentido, dado que la doctrina de los actos propios es una manifestación de la buena fe, ella le es claramente aplicable a la Administración Pública en su conjunto y, en este caso, a la Entidad.

El Consorcio alegó que se había acreditado que la Entidad actuó contra la doctrina de los actos propios, pues concurrían los tres elementos requeridos para ellos: (i) una conducta relevante pasada; (ii) un intento de ejercer un derecho o pretensión en contradicción con la conducta relevante pasada; y, (iii) identidad de sujetos.

En primer lugar, según el Consorcio, la conducta relevante de la Entidad fue recogida en dos actuaciones. Por un lado, la firma de la Cláusula Adicional, por la cual ambas partes declararon que había habido un error en la fecha del Contrato y que la fecha correcta el 29 de diciembre de 2006. Por otro lado, la segunda actuación relevante fue la renegociación de las condiciones económicas del Contrato impulsadas por la PCM: el propio Estado nombró una comisión negociadora, a la cual incluso otorgó un reconocimiento público por su trabajo realizado.

Resulta contradictorio entonces que la Entidad, para declarar la nulidad del Contrato, haya aducido que el Consorcio faltó a la verdad por haberse constituido en la fecha de suscripción del Contrato, es decir, el 28 de diciembre de 2006, cuando la propia Entidad firmó un documento que reconocía que la verdadera fecha de suscripción del Contrato fue el 29 de diciembre de 2006. Es también contradictorio declarar unilateralmente la nulidad de un Contrato que previamente se había estado negociando con seriedad y convicción y para lo cual la misma PCM, a través de su comisión negociadora, propuso un nuevo precio. Es más, una vez que el Consorcio transmitió a la Entidad su conformidad con el nuevo precio, esta cambió de opinión y consideró que era preferible terminar el Contrato por mutuo disenso, a lo que el Consorcio también dio su conformidad. Sin embargo, antes de formalizar el documento, cambió nuevamente de opinión y, sin explicación alguna, declaró la nulidad aduciendo la falta a la verdad por parte del Consorcio.

Finalmente, sobre la identidad de personas en las dos actuaciones generadoras de confianza, el Consorcio señaló que respecto a la primera (la celebración de la Cláusula Adicional) no cabe duda que el requisito fue cumplido: el Consorcio y la Entidad celebraron dicho documento y luego la Entidad alega ante el Consorcio un fundamento que lo habilitaría a declarar la nulidad del Contrato, contradictorio con dicho documento.

La duda se suscita respecto de la segunda actuación, la negociación del nuevo precio, dado que quien la llevó a cabo fue la PCM y no la misma Entidad. Sobre este tema, el Consorcio señaló que la Administración General del Estado tiene personalidad jurídica única, lo cual se reafirma con la resolución ministerial que creó a la comisión negociadora, emitida por la PCM, en la cual se indicó expresamente que “el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 560 - Ley del Poder Ejecutivo, establece que el Presidente del Consejo de Ministros colabora con el Presidente de la República en la dirección de la política general del Gobierno y coordina la actividad intersectorial de la función política administrativa del Estado”.

Para el Consorcio quedó claro entonces que el Estado, incluyendo a la PCM y a la Entidad, tiene única personalidad jurídica, por lo cual también respecto de la segunda actuación se cumplió el tercer requisito de la doctrina de los actos propios: la identidad de sujetos.

Independientemente de que el Consorcio o la Entidad hayan o no tenido razón, esta controversia es útil para revelar las complejidades que presenta la posible aplicación de la doctrina de los actos propios en el marco de un proceso administrativo, considerando además que dicha herramienta es impertinente cuando el acto que se contradice es firme, o cuando dicho acto presenta un vicio que amerita su corrección por la propia Administración.

5.5.4 Aplicación de la doctrina de los actos propios en el Derecho Laboral.-

La doctrina de los actos propios ha extendido sus alcances incluso a las disputas de carácter laboral, lo cual amerita ser discutido si se le contrasta con los principios inherentes al Derecho del Trabajo, que son el de primacía de la realidad y de la irrenunciabilidad de derechos, los que en principio serían un obstáculo para su aplicación.

Para esta postura restrictiva, no debe equipararse la buena fe propia de una relación entre iguales del Derecho Civil con la buena fe que nace de una relación de asimetría en el Derecho Laboral.

“También se debe tener en cuenta que en el contrato de trabajo –en su mayoría– las partes no se encuentran en igualdad de condiciones y por ende no existe paridad al momento de negociar las condiciones de dicho contrato sino que, en nuestra opinión, en la mayor parte de casos (con excepciones por el cargo a ocupar o por la necesidad de contratar a alguien con un expertise muy especializado que haga imprescindible su contratación) la contratación laboral es un símil a la celebración de un contrato de adhesión en el cual en la práctica el trabajador se “allana” a las condiciones laborales expresadas en el contrato sin mayor margen ni poder de negociación” (Gómez 2015: 50).

Esta relación de asimetría es la razón que subyace al principio de irrenunciabilidad de derechos, que impediría, según esta postura, aplicar la doctrina de los actos propios²⁰⁰.

Por el contrario, para otros autores, la doctrina de los actos propios “puede ser aplicada, aun en perjuicio de los derechos irrenunciables de los trabajadores, si acaso ha existido un ejercicio abusivo de tal clase de derechos. La distinción en la cual se sostiene esta hipótesis es la existente entre ejercicio no abusivo de los derechos laborales (ejercicio lícito) y ejercicio abusivo de tal clase de derechos (ejercicio ilícito)” (López Oneto 2016: 548).

El Tribunal Constitucional peruano ya se ha referido a este asunto mediante STC N° 2906-2002-AA/TC del 20 de enero de 2004, al señalar que la Constitución “protege al trabajador aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento –y sobre todo en los casos de amenaza, coacción o violencia- se perjudique” (Tribunal Constitucional 2004: fundamento 4).

Lo interesante de este caso es que, si bien se amparó la demanda sobre la base de la irrenunciabilidad de derechos laborales, se desestimó en parte invocándose los “actos propios” del trabajador. En efecto, este último suscribió un acta por la cual aceptó su disminución de categoría, reducción de sueldo y rotación de puesto. Así, se desestimó su pedido de regresar al área en la cual se desempeñaba, pues “habiendo manifestado el demandante su disposición a ser trasladado a otra área de trabajo, dentro de su categoría [...], no puede pretender sustraerse a las consecuencias de sus actos”.

En un caso en el que se discutía si la contratación laboral se realizó a plazo fijo o indeterminado, la Corte Suprema de Chile señaló en el considerando 7 de la sentencia del 10 de junio de 2008 (causa rol N° 2320-2018): “Que a propósito de la buena fe con la que deben cumplirse los contratos, resulta útil traer a colación la denominada Teoría de los Actos Propios, según la cual si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente, sus propias actuaciones, de modo que si la demandante durante casi tres años concurrió a generar una relación laboral de plazo fijo, a través de las sucesivas suscripciones de contratos de esa naturaleza, con sus correspondientes finiquitos al término de cada período, no es dable que ahora pretenda desconocer dichos acuerdos, aludiendo a una realidad distinta y a derechos irrenunciables” (Gómez 2015: 46).

En otra causa la misma Corte sostuvo una posición parecida (considerando 3 de la sentencia del 4 de noviembre de 2008; causa rol N° 5129-2008): “Que, al

²⁰⁰ Además, esta postura señala que no se cumple el requisito de contradicción de conductas. En efecto, en un caso en el cual se reclamó la existencia de relación laboral a pesar de haberse prestado servicios con un sistema de pago de honorarios profesionales, se señaló que “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 imputable” (Sierra Herrero, 146).

efecto, resulta pertinente señalar que en la demanda se reconoce por la actora haber trabajado para la Universidad Mayor cerca de seis años mediante la modalidad de prestación de servicios a honorarios, lo que importa la aceptación por parte de esta de la situación descrita en forma reiterada y mantenida en el tiempo, lo que se exteriorizó a través de la emisión de las respectivas boletas de honorarios. Tras este comportamiento, denominado por la doctrina como “de los actos propios” subyace sin duda la primacía del principio de la buena fe, del cual se encuentra imbuido no sólo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico” (Gómez 2015: 46-47).

Como puede apreciarse, aunque este trabajo se haya enfocado en el estudio de la doctrina de los actos propios en el Derecho Contractual, su uso para resolver controversias de carácter público, con o sin rigurosidad, revela su creciente importancia en el ordenamiento jurídico, que en buena cuenta está estructurado sobre la base de la protección de la confianza. Esto no solamente no sorprende, sino que es intuitivamente explicable bajo la premisa de que el Derecho es el resultado de la interacción humana, que no puede producirse de manera pacífica sin relaciones de confianza.

5.6 Sobre la necesidad y la conveniencia de mencionar la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano.-

5.6.1 Justificación de la incorporación expresa de la doctrina de los actos propios a la legislación peruana.-

A lo largo del presente trabajo se ha podido apreciar que son diversos los espacios de resolución de disputas, nacionales o extranjeros, públicos o privados, judiciales o arbitrales, bajo leyes nacionales o bajo la *lex mercatoria*, sobre diversas áreas del Derecho, en los cuales se repudia la contradicción que traicionó la confianza que merecía protección por ser razonable.

Ello ha ocurrido sin necesidad de que un cuerpo normativo acoja de manera expresa el rechazo de la contradicción. De hecho, la razón de esto último es que los principios de Derecho, como la doctrina de los actos propios, tengan la condición de normas jurídicas sin necesidad de un enunciado manifiesto. En la misma línea, si se retirara la mención de la buena fe como criterio rector de las relaciones contractuales, sería un despropósito negar la obligación de las partes de comportarse de buena fe al ejecutar sus contratos. “En consecuencia, sin necesidad de reformas legales, se ha explicitado en el tráfico jurídico el modo en que se deben entender, ejecutar y cumplir las obligaciones y todo negocio jurídico en general. Se ha creado, en la práctica, un nuevo estándar del deber: el comportamiento coherente, en perspectiva del resguardo a la confianza suscitada en otros” (Padilla 2013: 143).

La mayor dosis de ponderación a cargo de los jueces, propia de la aplicación de estándares de comportamiento, da lugar a la calificación de la doctrina de los actos propios como un principio del derecho, sin que para ello, como ya se ha mencionado respecto de la buena fe, sea necesaria una formulación legal expresa.

“Huelga mencionar que la fuerza de esta regla o doctrina, en sí misma, no estriba en la presencia o existencia de una norma jurídica, o de un determinado precepto normativo, por cuanto su temple y linaje no emergen del Derecho positivo, sino de la lógica, en primer término, y de su conexión con principios generales del Derecho, como la buena fe, en segundo lugar, fuente de indiscutidos deberes de conducta, entre otros el apellidado *deber de coherencia*” (Jaramillo 2014: 48).

Dado que la doctrina de los actos propios requiere para su aplicación de una fuerte dosis de ponderación, y que, de forma contraria a las reglas, no hace falta un trabajo de subsunción de las circunstancias del caso en los supuestos de hecho, su obligatoriedad no depende de la existencia de una norma que regule con detalle los requisitos para que opere y las consecuencias de ello.

Ciertamente, no es necesario consagrar positivamente la doctrina objeto de estudio en una o varias normas, pues ella configura un principio de derecho que a su vez se deriva del principio de la buena fe, y una función importante de los principios es el carácter dinámico que le otorgan al ordenamiento jurídico para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad. En efecto, si se pretendiera precisar y regular todas las posibles aplicaciones de la doctrina, tal intención podría llevar a imprecisiones por intentar agotar su contenido, de suyo variable y renovable, en un texto normativo que, además, posiblemente quedaría desactualizado en poco tiempo (Bernal 2013: 229).

En tal sentido, ante la pregunta de si es indispensable incorporar una fórmula legal que recoja expresamente la doctrina de los actos propios para que esta opere, la respuesta es negativa. Lo que queda por dilucidar es si ello es o no conveniente, y de serlo, en qué sentido.

Tienen razón quienes avalan su existencia y posibilidad de uso, no solamente porque los principios de derecho pueden operar sin necesidad de mención expresa de la ley, sino además porque la doctrina de los actos propios emana del principio de la buena fe, cuya obligatoriedad está consolidada. De hecho, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil señala que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

Por cierto, su utilización por diversos jueces, incluyendo los integrantes de la Corte Suprema, e incluso la emisión del Pleno Casatorio antes citado, confirman que en el Perú es posible resolver controversias invocando la doctrina de los actos propios.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico, no encuentro razones contundentes para afirmar que todos los encargados de resolver controversias suscitadas como consecuencia de comportamientos contradictorios, estarán dispuestos, de ser necesario, a limitar el derecho de alguna de las partes sin que alguna norma expresa reconozca la existencia de la doctrina de los actos propios.

De allí que encuentro utilidad, mas no necesidad, en la incorporación expresa de la doctrina de los actos propios al ordenamiento jurídico, pues el mero

reconocimiento manifiesto de su existencia puede dotar de comodidad a los operadores jurídicos para hacer uso de ella. También considero que el espacio más apropiado para ser introducida en el ordenamiento jurídico es el Título Preliminar del Código Civil.

A propósito de la introducción en el Título Preliminar del Código Civil de España del deber de ejercer los derechos en buena fe, Díez-Picazo señala:

“[...] [l]a inserción de un texto en el Título Preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. **El Título Preliminar del Código Civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio.** Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el Título Preliminar. Llegar, en cambio, a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición” [énfasis agregado] (2014: 2007).

No es lo mismo tener una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve, que tenerla escondida en un rincón, dice Díez-Picazo. Tiene razón. La vocación de los títulos preliminares que anteceden a los trabajos de codificación es servir como repositorio de los principios que subyacen a la regulación codificada.

En el caso del Título Preliminar del Código Civil peruano, esta finalidad inspiradora de principios está reconocida en su propio texto, que le atribuye una función supletoria: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

Desde luego, el hecho que sea conveniente –mas no necesario- incorporar una mención a la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico, y que el espacio ideal para ello sea el Título Preliminar del Código Civil, no le confiere mayor fortaleza teórica, sino que facilita su invocación en la práctica.

Es decir, aunque la protección brindada por la doctrina de los actos propios sea recogida de manera expresa en el “pórtico del ordenamiento jurídico” siguiendo las palabras de Díez-Picazo, ello no la haría más poderosa, ni le conferiría la fuerza para resolver todos los problemas derivados de la contradicción en el comportamiento. Y es que ni la buena fe ni la doctrina de los actos propios enervan el hecho que en materia de contratos la libertad es la premisa, siempre que no se genere confianza en la contraparte y que esta haya actuado en consecuencia.

A pesar de lo anterior, y de que conceptualmente esa sea la premisa correcta, es probable que la inclusión de la doctrina de los actos propios de manera positiva en el ordenamiento jurídico pueda facilitar su operatividad práctica, considerando que los agentes jurídicos sentirían más “seguridad” o “comodidad” para invocarla o aplicarla, y para hacerlo de manera correcta.

Así lo creen los legisladores catalanes, considerando que el artículo 111-8 del Código Civil de Cataluña señala que:

“Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual”.

Algo similar habría ocurrido con la figura del abuso del derecho, pues si bien no se necesita de una norma que la recoja de manera explícita, es probable que su uso se haya extendido a partir de su inclusión en el Título Preliminar del Código Civil, sin que por ello se haya apropiado de espacios que les corresponden a los otros remedios contractuales²⁰¹.

Ciertamente, la posición que planteo no es unánime en doctrina. Por ejemplo, Marcelo López Mesa considera que la doctrina de los actos propios no se debe legislar (2013: 159). También se ha señalado que: (i) lo más prudente es dirigirse al principio de buena fe como fuente de las doctrinas de protección a la apariencia y de la no contradicción de actos propios; (ii) que la aplicación de estas doctrinas en caso alguno puede considerarse como un principio absoluto; y que, (iii) su aplicación práctica no se ha visto mermada por una falta de reconocimiento legal expreso (Salah 2008: 202).

Se trata de un asunto controversial, pero que afortunadamente no es medular para definir la efectividad de la doctrina de los actos propios. En otras palabras, la doctrina de los actos propios es un principio de derecho que no necesita formulación legal expresa para ser efectivo en la práctica, aunque desde una perspectiva pragmática y no teórica, su reconocimiento legal sí es conveniente. Dada su versatilidad para ser utilizada en diversos espacios, incluso no contractuales, el Título Preliminar del Código Civil es el receptáculo ideal, considerando su carácter supletorio en el ordenamiento jurídico peruano.

“Ya llegará el momento, no muy lejano por cierto, en que el legislador, sabedor de sus múltiples bondades, le dará plena cabida normativa, con un carácter general, impulsado por la mejor doctrina y por la jurisprudencia, según ha tenido lugar en innumerables ocasiones y en diferentes ámbitos del Derecho. Al fin y al cabo, desde esta perspectiva, la misión de una y otra es más preparatoria, a manera de una especie de laboratorio *iuris*, en el que por un prolongado espacio de tiempo se corroboró su pertinencia y efectividad” (Jaramillo 2014: 360).

5.6.2 Intentos de incluir la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano.-

Hubo ya intentos, sin éxito, de incorporar la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil, como se explica en el acápite siguiente.

El 8 de noviembre de 1994 se promulgó la Ley N° 26394, mediante la cual se constituyó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de

²⁰¹ “Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

reforma del Código Civil (la “Comisión Reformadora”). Dicha norma fue modificada el 21 de octubre de 1996 a través de la Ley N° 26673, mediante la cual la Comisión pasó de estar conformada por siete representantes a trece, cinco del Poder Legislativo y ocho del Poder Ejecutivo.

La principal motivación de reformar el Código Civil fue actualizarlo y revitalizarlo, particularmente en función de los avances tecnológicos respecto del tráfico mercantil, las comunicaciones o situaciones como la reproducción asistida o la clonación, hechos que exigen una regulación adecuada. Ello en función de que el Código cumpliría diez años desde su promulgación.

Inicialmente la Comisión fue presidida por Jorge Muñiz Siches, y funcionó hasta el 2001 sin lograr su cometido. En el año 2002, mediante Resolución Ministerial N° 460-2002-JUS se conformó una nueva comisión presidida por Jorge Avendaño Valdez.

Las propuestas elaboradas por la mencionada comisión y su respectiva exposición de motivos fueron remitidas el 31 de enero de 2006 al Ministerio de Justicia y se ordenó su publicación el 3 de febrero de 2006 en la página web del Ministerio de Justicia, por Resolución Ministerial N° 043-2006-JUS.

La Comisión Reformadora propuso modificaciones mediante el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil peruano, a nueve de los diez libros que conforman el Código Civil de 1984, incluyendo el Título Preliminar, cuya revisión estuvo a cargo de Marcial Rubio Correa (Espinoza 2011: 184).

En concreto, la Comisión Reformadora sugirió añadir un artículo referente a la doctrina de los actos propios, con el siguiente tenor:

“Artículo II-B.- Actos propios

No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente que no se ejercerá tal derecho”²⁰².

A continuación, se reproduce el texto de la Exposición de Motivos que explica la sugerencia de incorporar a la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil.

“Es esta una norma nueva en nuestro Título Preliminar, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del Derecho contemporáneo, y que, si bien no necesitaba formalización escrita para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado.

La Comisión ha decidido introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en los que alguien hace valer un derecho para sí. No en otros supuestos de hecho.

²⁰² Un texto similar se encuentra en el Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 2005:

“Artículo VI.- Actos propios

No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho”.

El derecho de que se trate va a ser enfrentado a otro sujeto. La norma tal como está establecida señala que cuando el titular del derecho hizo confiar razonablemente a su contraparte que no ejercitaría tal derecho, luego no puede pretender cambiar su línea de conducta y ejercitarlo.

Así definida, la regla de los actos propios es una excepción al principio del ejercicio libre de los derechos y se funda en que la actuación de las personas debe ser consistente frente a los otros para generar relaciones jurídicas y humanas, de paz y no de conflicto.

Como la doctrina de los actos propios es una restricción al ejercicio de los derechos, su aplicación tendrá que conformarse a la norma establecida en el artículo IV del Título Preliminar”.

Una vez publicado el Anteproyecto, el Ministro de Justicia solicitó al Congreso de la República la delegación de facultades a fin de proceder con las reformas mediante Proyecto de Ley N° 14040/2005-PE de fecha 9 de noviembre de 2005.

No obstante, mediante Ley N° 28776, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de julio de 2006, el Congreso constituyó la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (en adelante, la “Comisión de Estudio”), encargada de elaborar un informe en relación con el referido Anteproyecto elaborado por la Comisión Reformadora y presentarlo ante la Comisión de Constitución y Reglamento y la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso.

Así, el 29 de marzo de 2011, luego de cinco años de estudio, la Comisión de Estudio emitió su informe y el 14 de abril de 2011 fue remitido al Congreso de la República. En dicho informe, la Comisión de Estudio presentó un análisis de los 141 artículos que constituyeron la reforma y dividió aquellas propuestas formuladas por la Comisión Reformadora que aceptaba y aquellas que objetaba, sustentando en ambos casos los motivos por los cuales adoptaba la decisión respectiva. De tal modo, la Comisión de Estudio decidió aceptar la enmienda del Código Civil en 58 artículos, objetar la enmienda de 79 artículos y proponer la objeción parcial y un texto viable de otros 4 artículos.

El artículo II-B del Título Preliminar, referido a la doctrina de los actos propios, estaba comprendido en el grupo de 79 artículos objetados.

Al respecto, la Comisión de Estudio señaló lo siguiente:

“Coincidimos con la Comisión Reformadora respecto de que la positivización de la teoría de los actos propios no resulta, en estricto, necesaria.

Creemos que hoy en día la doctrina de los actos propios debe tomarse con pinzas, pues es un recurso para ser usado en determinadas circunstancias y no así, de manera tan general como podría suceder si se acepta la implementación en el Título Preliminar. A ello debemos agregar que, a la fecha, su aplicación requiere del cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Si bien la Comisión Reformadora señaló en la Exposición de Motivos que ha decidido introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en que alguien hace valer un derecho para sí y no en otros supuestos de hecho, creemos que esta lectura no se desprende de la norma.

Finalmente, somos del parecer que la inserción propuesta en el Título Preliminar, no sólo circunscribiría su aplicación al Derecho Civil, sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho una teoría que a la fecha se encuentra en estado de lenta maduración y no es aceptada, conocida y manejada por el medio jurídico, y menos aún por el ciudadano de a pie, a quien finalmente va dirigida la norma”.

La Comisión de Estudio no puede impedir lo que ya viene ocurriendo en los hechos: la cada vez más frecuente aplicación de la doctrina de los actos propios por las cortes, haya o no sido invocada. Esta aplicación no es rigurosa, pues no hay claridad sobre su identidad, sino más bien opacidad en los límites con otros remedios incluso más apropiados.

En marzo de 2011, la entonces Ministra de Justicia, Rosario Fernández Figueroa, convocó a los miembros de la Comisión Reformadora presidida por Jorge Avendaño Valdez para revisar el mencionado Informe Final. La Comisión Avendaño entregó al Ministerio de Justicia el Proyecto de Reformas Urgentes al Código Civil”.

Los dos pilares sobre los que se estructura la propuesta de artículo II-B del Título Preliminar del Código Civil son, de un lado, el carácter ilícito de la conducta contradictoria, y del otro, la limitación en el ejercicio de un derecho como consecuencia.

En efecto, la norma propuesta señala que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente que no se ejercerá tal derecho.

A continuación se menciona cada uno de los argumentos que sustentan la propuesta, contenidos en la ya citada Exposición de Motivos.

En primer lugar, se menciona que se trataría de una norma nueva en nuestro Título Preliminar, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del Derecho contemporáneo, y que, si bien no necesitaba formalización escrita para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado.

Estoy de acuerdo con tales afirmaciones. En efecto, (i) se trata de un principio de Derecho; (ii) se trata de una norma “nueva”, en el sentido que no ha sido positivizada previamente; (iii) forma parte del Derecho Contemporáneo, incluyendo como parte de este al que forma parte de la *lex mercatoria*; (iv) no necesita formalización escrita para aplicarse; y, (v) a pesar de lo anterior, es bueno que sea incluida de manera expresa en el Título Preliminar del Código Civil.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos señala que la Comisión Reformadora decidió introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en los que alguien hace valer un derecho para sí, y no en otros supuestos de hecho. En este punto comparto con Rómulo Morales la duda sobre qué significa que alguien quiera hacer valer un derecho para sí. Mejor dicho, no se entiende la razón por la cual la Comisión ha sido tan enfática en requerir que el derecho sea ejercido

“para sí” y no en otro supuesto, cuando esa es la premisa sobre la cual los derechos pueden ser ejercidos: los puede ejercer únicamente su titular, salvo supuestos excepcionales, como los contratos a favor de tercero, por ejemplo.

Sin perjuicio de ello, en este punto comparto con la Comisión Reformadora el haber considerado como presupuesto para la doctrina de los actos propios, que cierta conducta haya generado motivos justificados para confiar razonablemente en que un derecho no sería ejercido. El segundo elemento implícito en la propuesta de la Comisión es que posteriormente se despliegue una conducta contradictoria con la anterior.

En tercer lugar, la Exposición de Motivos señala que el derecho de que se trate va a ser enfrentado a otro sujeto. En efecto, cuando el titular del derecho hizo confiar razonablemente a su contraparte en que no ejercitaría tal derecho, luego no puede pretender cambiar su línea de conducta y ejercitarlo. Tiene razón la Comisión Reformadora, pues ese es precisamente el efecto de la aplicación de la doctrina de los actos propios: la limitación del ejercicio de un derecho.

En cuarto lugar, también acierta la Exposición de Motivos al indicar que la regla de los actos propios es una excepción al principio del ejercicio libre de los derechos y se funda en que la actuación de las personas debe ser consistente frente a los otros para generar relaciones jurídicas y humanas, de paz y no de conflicto.

Finalmente, la Exposición de Motivos señala que como la doctrina de los actos propios es una restricción al ejercicio de los derechos, su aplicación tendrá que conformarse a la norma establecida en el artículo IV del Título Preliminar, según el cual, la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Ciertamente, la doctrina de los actos propios podrá invocarse solamente se los supuestos de hecho coinciden con los requisitos para su aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, independientemente de que el texto propuesto por la Comisión Reformadora haya sido el óptimo posible, las razones que lo motivaron tienen sustento razonable. Sin embargo, como se verá a continuación al examinar la opinión de la Comisión de Estudio, puede concluirse que no está de acuerdo con la propuesta de modificación normativa.

En lo que acertadamente coinciden ambas Comisiones es en que la positivización de la teoría de los actos propios no resulta, en estricto, necesaria.

En segundo lugar, la Comisión de Estudio considera que “la doctrina de los actos propios debe tomarse con pinzas, pues es un recurso para ser usado en determinadas circunstancias y no así, de manera tan general como podría suceder si se acepta la implementación en el Título Preliminar”.

La falta de delimitación de los contornos de la doctrina de los actos propios y su superposición con otras herramientas jurídicas para combatir la incoherencia justifican que aquélla sea tomada “con pinzas”, como propone la Comisión de Estudio, pero siempre que ello no sea equiparado a un obstáculo para su

inclusión expresa en el ordenamiento. Sin embargo, la segunda parte de la idea anterior apunta a eso, a desmerecer la propuesta de regulación alegando que no debe ser de uso general, sino solamente bajo ciertas circunstancias. Curiosamente, esta última observación es aplicable a cualquier propuesta normativa, pero sobre todo, a los operadores jurídicos encargados de llevar las normas a la práctica. Una aplicación poco técnica, general y confusa de la doctrina de los actos propios, lejos de fortalecerla, la debilita. Sin embargo, la solución no es evitar su mención expresa en el ordenamiento.

También le preocupa a la Comisión de Estudio “que, a la fecha, su aplicación requiere del cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia”. En efecto, ello es así, pero no encuentro razón para preocuparse. Todo lo contrario, es auspicioso que tanto la doctrina como la jurisprudencia contribuyan a su mejor entendimiento.

Finalmente, la Comisión de Estudio cuestiona que la inserción propuesta en el Título Preliminar no sólo circunscribiría la aplicación de la doctrina de los actos propios al Derecho Civil, “sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho una teoría que a la fecha se encuentra en estado de lenta maduración y no es aceptada, conocida y manejada por el medio jurídico, y menos aún por el ciudadano de a pie, a quien finalmente va dirigida la norma”.

Tales comentarios ameritan una réplica. Ignoro cuáles son las razones para afirmar que la doctrina de los actos propios se encuentra en un estado de lenta maduración. Más bien, evidencia de lo contrario es, por ejemplo, que: (i) la antigua jurisprudencia romana se inspiró en ella; (ii) la protección de la confianza es subyacente a numerosas regulaciones consolidadas en el Derecho Civil; (iii) las cortes comerciales internacionales vienen haciendo uso constante de ella; (iv) ha sido incorporada a la *lex mercatoria*; (v) en el sistema del *common law* ha encontrado acogida a través del *estoppel*; (vi) cada vez más publicaciones académicas se ocupen de ella, a favor o en contra, pero revelando un mejor entendimiento de sus requisitos y sus consecuencias; y por último y no menos importante, (vii) numerosas decisiones judiciales extranjeras y peruanas la invocan para resolver las disputas sometidas a su conocimiento.

En segundo lugar, es precisamente la supuesta falta de maduración la que justificaría su reforzamiento a través de su incorporación expresa al ordenamiento jurídico.

Finalmente, es justamente el ciudadano de a pie, aquel por el cual se preocupa la Comisión de Estudio, quien más necesita soluciones jurídicas permeables a diversas circunstancias. Es la flexibilidad de nociones como la buena fe, el abuso del derecho y la doctrina de los actos propios, el remedio que necesitan los ciudadanos de a pie cuando las inconsistencias que les afectan no son subsumibles en reglas precisas.

En síntesis, la Comisión Reformadora no se equivocó al elaborar la propuesta normativa en virtud de la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido

motivo justificado para confiar razonablemente que no se ejercerá tal derecho. En efecto, los dos pilares sobre los que se estructura son, de un lado, el carácter ilícito de la conducta contradictoria, y del otro, la limitación en el ejercicio de un derecho como consecuencia.

Sobre el carácter ilícito de la contradicción que se pretende combatir con la doctrina de los actos propios, es pertinente recordar lo que proponen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en relación con los llamados ilícitos “atípicos”. Como se indica en el Capítulo 3, los autores parten de la premisa que es ilícito el acto contrario a una norma regulativa de mandato, y como estas pueden ser principios o reglas, también puede distinguirse entre actos ilícitos según sean contrarios a reglas o a principios.

Son ilícitos típicos los contrarios a reglas, mientras que son atípicos los ilícitos contrarios a principios, como por ejemplo el abuso del derecho o el fraude a la ley. Propongo entonces que la doctrina de los actos propios califique como ilícito “atípico” en los términos sugeridos por Atienza y Ruiz Manero. Como en el abuso del derecho y en el fraude a la ley, esto permitirá una aplicación más flexible y a la vez más segura de la doctrina de los actos propios.

Sobre el segundo pilar que soporta la propuesta de la Comisión Reformadora, es decir, sobre los efectos que produce la doctrina de los actos propios, debe recordarse que la consecuencia de su aplicación exitosa no es la modificación de los términos contractuales, ni la declaración de un incumplimiento, sino que la doctrina de los actos propios genera una limitación de los derechos de quien se contradice, que no puede ejercerlos por el tiempo en que la confianza que propició con sus propias acciones haya estado vigente en la contraparte.

5.6.3 Texto sugerido para la inclusión de la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil.-

Estoy de acuerdo con la Comisión Reformadora en que siendo el Título Preliminar del Código Civil el “pórtico del ordenamiento jurídico”, es el mejor espacio para acoger la doctrina de los actos propios, considerando su condición de principio de derecho, su flexibilidad y su vocación por resolver distintos tipos de controversias motivadas en la incoherencia.

En lo que no estoy de acuerdo es en que el texto que propone sea el idóneo para ser introducido por primera vez de forma expresa en el ordenamiento jurídico peruano. El texto propuesto por la Comisión Reformadora es:

“No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente que no se ejercerá tal derecho”.

Mi propuesta es más lacónica y apuesta por una fórmula inspirada en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, según el cual:

“Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

En efecto, una fórmula austera para incorporar de modo expreso la doctrina de los actos propios al ordenamiento jurídico presenta diversas ventajas.

La primera ventaja es que permite guardar coherencia con las necesidades que precisamente se busca atender con esta herramienta jurídica. Es decir, dada la diversidad de situaciones de hecho en las cuales la doctrina de los actos propios puede ser invocada, es mejor tener un texto moldeable.

En segundo lugar, una fórmula lacónica satisface tanto a quienes creen firmemente en su utilidad, como a quienes la toleran con timidez. Serán su aplicación práctica, la sabiduría de las cortes y su riguroso estudio, los que facilitarán que se vaya asentando con el uso.

En tercer lugar, la propuesta de la Comisión Reformadora incluye una calificación técnica de la doctrina de los actos propios, al mencionar su ilicitud. Aunque en mi opinión lo haya hecho con acierto, desde una perspectiva pragmática es preferible no introducir calificaciones precisas sobre su naturaleza y permitir más bien que su uso la termine de configurar. Es precisamente de esta forma como la *lex mercatoria* ha cobrado consistencia. La *lex mercatoria* es la muestra viva de que el Derecho es el resultado de la interacción humana y que las mejores prácticas, luego de un proceso de ensayo y error, son las que perduran en el tiempo.

“Según nuestra opinión, la constatación fáctica de la aplicación de la Lex Mercatoria como norma por parte de los comerciantes [...] es el argumento más contundente para afirmar la necesidad de hallar las bases adecuadas para afianzar mediante la garantía del reconocimiento estatal. De lo contrario se daría la situación de que la respuesta del Derecho sea ajena a la realidad social que regula” (Tovar 2004: 164).

Hay evidencia de que los comerciantes especializados y los contratantes en general esperan que sus contrapartes respeten las situaciones de confianza propiciadas por ellas. Dado que ciertos estados de confianza no poseen carácter negocial (de lo contrario, se trataría de meros incumplimientos), la protección conferida por la doctrina de los actos propios es limitada: rige mientras la creencia razonable haya estado vigente, y lejos de crear un derecho a favor de quien la invoca, limita el de la persona contra quien se opone.

Propongo entonces que el se incorpore en el Título Preliminar del Código Civil peruano el texto contenido en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, según el cual, “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

Esta fórmula presenta ventajas en relación con la propuesta por la Comisión Reformadora, que si bien no es equivocada, no es la más conveniente. La primera razón por la cual el texto propuesto por la Comisión no es el idóneo es que en él se califica a la doctrina de los actos propios como un ilícito, lo cual no es necesario que se incluya en la norma. La segunda razón es que según la

propuesta de la Comisión Reformadora, la contradicción se produce en relación con una conducta, pero es mejor que se contraste con un entendimiento suscitado por quien se contradice. Esto último, por dos razones. En primer lugar, porque dado que el centro de protección es la confianza, el eje se debe centrar en el entendimiento suscitado, más que en la conducta desplegada. En segundo lugar, porque dicho entendimiento puede generarse no solamente por una conducta sino además por una omisión.

La tercera razón por la cual es aconsejable incluir la fórmula recogida en los Principios UNIDROIT es que si bien tiene un tenor imperativo (“Una parte no puede actuar [...]”), no establece requisitos ni propone soluciones específicas. En otras palabras, el andamiaje de la norma no es el que corresponde a las reglas, que operan en función de supuestos y consecuencias, sino que su estructura es la que concierne a los principios, que en este caso concreto es uno que impone a los sujetos un deber de coherencia.

Finalmente, compartir la fórmula con los Principios UNIDROIT posee la ventaja de que su confección no es simplemente el resultado de registrar las prácticas existentes. Son en parte la codificación de principios generalmente adoptados en los contratos internacionales, y en parte presentan regulaciones originales, resultantes del trabajo elaborado por un grupo grande de expertos de varias partes del mundo (Cordero 2007: 21). Aunque el Título Preliminar del Código Civil peruano es una norma de Derecho interno, es atractiva la posibilidad de interpretarlo como ocurriría con principales prácticas y principios que rigen la contratación internacional.

5.7 Ideas finales.

Es predecible que la introducción de la fórmula del artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT en el ordenamiento jurídico peruano generaría objeciones. Dado que este enunciado no contiene los requisitos para aplicar la doctrina de los actos propios ni anuncia sus consecuencias, no se cumplirá el cometido de delimitarla normativamente y así reducir su espacio de aplicación. Esta flexibilidad, aunque parezca paradójico, es necesaria precisamente para fortalecerla, dado que su uso excesivo e impertinente puede vaciarla de contenido.

Sin embargo, dicha necesidad debe ser balanceada con la vocación inherente de los principios en general y de la doctrina de los actos propios en particular: su fortaleza adaptativa. Esta última es su principal virtud, dado que es precisamente lo que se necesita para facilitar la interacción humana. Serán las cortes nacionales e internacionales, los agentes económicos y los estudiosos del Derecho los que a lo largo del tiempo y según las circunstancias, llenarán de contenido el principio de la doctrina de los actos propios.

De otro lado, su carácter subsidiario no es incompatible con la falta de certeza absoluta sobre cuándo puede ser invocada. Como ocurre con las normas jurídicas con vocación de ponderación y no de subsunción, como la buena fe por ejemplo, las particularidades de las disputas permitirán intuir si la solución inspirada en este principio tutela o no la confianza razonable generada por quien actúa de forma inconsistente.

“[L]a confianza es el factor más relevante en una relación de intercambio. Las relaciones de confianza se basan en múltiples intercambios positivos. La colaboración previa y la vinculación personal proporcionan la base para la confianza mutua en la que las partes están dispuestas a compartir información relevante. Las transacciones repetidas reducen el oportunismo, fomentan la cooperación y determinan la confiabilidad (Doz, 1996). La confianza limita el comportamiento oportunista y permite a las partes adoptar precauciones menos elaboradas (Kale, Singh y Perlmute, 2000). Por lo tanto, reducir los costos de transacción asociados con el monitoreo de los comportamientos de una parte y los costos asociados con los mecanismos de control (Bromiley y Cummings, 1995; Lyons et al, 1997)” (Chow 2008: 26)²⁰³.

En aras de proteger dicha confianza, es conveniente, mas no indispensable, incorporar expresamente la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico, pues el mero reconocimiento manifiesto de su existencia puede dotar de comodidad a los operadores jurídicos para hacer uso de ella, sin perjuicio de que el carácter poroso de su definición impida aportar de antemano soluciones concretas a la incoherencia en el actuar. Está bien que así sea, pues los remedios que emergen de los principios de derecho solo pueden prepararse según las circunstancias de cada caso concreto.

Por cierto, la falta de mención expresa de la doctrina de los actos propios en el Título Preliminar del Código Civil, no impedirá su uso. Con o sin mención, se viene aplicando por las cortes cada vez con mayor frecuencia, pero desafortunadamente con poca claridad.

Sería contraproducente, acaso imposible, enunciar en detalle la doctrina de los actos propios bajo la modalidad supuesto-consecuencia, que es propia de las reglas. Al contrario, su formulación debe ser lacónica pero contundente, pues tratándose de la mención expresa de los principios en el ordenamiento jurídico, menos es más.

²⁰³ Traducción libre de: “Trust is the most critical factor in an exchange relationship. Trusting relationships are built on multiple positive exchanges. Previous collaboration and personal bonding provide the basis for mutual trust in which partners are willing to share critical information. Repeated transactions reduce opportunism, foster cooperation, and determine trustworthiness (Doz, 1996). Trust constrains opportunistic behavior and allows parties to adopt less elaborate safeguards (Kale, Singh, and Perlmute, 2000). Thus, reducing transaction costs associated with monitoring a partner’s behaviors and lowering the costs associated with control mechanisms (Bromiley and Cummings, 1995; Lyons et al, 1997)” (Chow 2008: 26).

CONCLUSIONES

1. La doctrina de los actos propios es expresión de la coherencia en el actuar y protege las expectativas razonables generadas por la conducta de las partes en determinado sentido, cuando se ven defraudadas por la contradicción no justificada en el pacto o en la ley. La doctrina de los actos propios protege la confianza, que es crucial para garantizar operaciones contractuales seguras, con instrumentos jurídicos que incentiven la celebración de contratos como mecanismo de generación de bienestar a través del respeto a las promesas realizadas.

2. El origen de la doctrina de los actos propios revela que su vocación no es constructivista, en el sentido que no fue ensamblada en un laboratorio jurídico con el propósito de ser inoculada como solución a los conflictos suscitados en el mundo real. Por el contrario, sus remotas referencias romanas, su desarrollo mediante la teoría del *estoppel* y las decisiones sustentadas en la *lex mercatoria*, evidencian que se trata de una herramienta flexible. La interacción humana, después de todo, se basa en la cooperación, no en la contradicción.

3. Una concepción del Derecho “funcional” lo concibe como el resultado de la interacción humana y no excluye nociones de moralidad, dado que esta es resultante de la cooperación, como consecuencia del ejercicio de discernimiento previo a la toma de decisiones. La noción de moralidad que corresponde a la reducción de la incertidumbre y la protección de la confianza es la buena fe.

4. A partir de esta visión del Derecho, la función de los principios es facilitar la aplicación de las reglas, o servir para atemperarlas, o integrarlas, o crear nuevas reglas. Mientras que las reglas responden a un esquema de subsunción de las circunstancias en supuestos de hecho para la aplicación de consecuencias, los principios responden a una labor de ponderación. Los principios son la esencia del Derecho, dado que este no es una construcción importada artificialmente por la comunidad, sino el resultado de la interacción al interior de ella.

5. La doctrina de los actos propios es un principio de derecho aplicable para impedir que un sujeto actúe de manera incoherente con una conducta anterior, cuando de esta deriva confianza en otro sujeto que merece protección, por haber asumido razonablemente que no habría variación en el sentido de dicha conducta. En el fondo, es el repudio de una conducta oportunista que traiciona la confianza generada por la apariencia. Ello, como consecuencia del principio de la buena fe, que incorpora el valor ético de la confianza y de la coherencia en el actuar, que es indispensable para la interacción humana. El efecto práctico de la calificación de la doctrina de los actos propios como principio de derecho es que para determinar la consecuencia del cambio de conducta de una de las partes hay que remitirse a estándares de conducta que permitan llevar a cabo la labor de ponderación.

6. La naturaleza de principio no es incompatible con la exigencia de presupuestos mínimos para la correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. Ellos son, la existencia de una conducta vinculante, una pretensión

contradictoria e identidad de sujetos. Para verificar dichos presupuestos debe aplicarse un estándar de buena fe objetiva.

7. La consecuencia de su correcta aplicación consiste en limitar el ejercicio de un derecho de quien actuó de forma inconsistente. Dependiendo de las circunstancias, puede incluso extinguirse la posibilidad de ejercerlo. No hay impedimento para que, adicionalmente, aquel contra quien se invoca la doctrina de los actos propios deba pagar una indemnización, en caso se acredite un daño, el factor de atribución y el nexo causal, como ocurre en cualquier caso de ejecución irregular de un contrato.

8. La doctrina de los actos propios puede invocarse dentro o fuera de un marco procesal, y además, como mecanismo de acción o de defensa. Si la parte que puede usarla en su favor no la invoca en su defensa, el juez puede resolver aplicándola de oficio en aplicación del principio *iura novit curia*, con las limitaciones derivadas de este principio.

9. La doctrina de los actos propios no es tan elástica como se pretende, de modo que su uso irreflexivo mella su utilidad. Es previsible que a medida que el tiempo permita una aplicación minuciosa y prolija, se invoque con menor frecuencia, pero con mayor contundencia. Para ello se le debe distinguir de categorías jurídicas negociales, como el negocio jurídico y su modificación, la conducta interpretativa, la renuncia de derechos y el silencio como manifestación de voluntad. También se debe le distinguir de otras categorías jurídicas no negociales, como el abuso del derecho, la prescripción extintiva y la doctrina de la protección de la apariencia.

10. La consecuencia de lo anterior es que la doctrina de los actos propios tiene carácter residual. Esto no es incompatible con su calificación como principio, sino que incluso la explica. Así, la protección de la confianza razonable es tan importante para la interacción contractual, que en aquellas situaciones en las que no pueden operar los remedios previstos para el incumplimiento, la doctrina de los actos propios puede penetrar y llenar las rendijas por las cuales se pretenden filtrar comportamientos oportunistas.

11. Las herramientas jurídicas son soluciones eficaces a los problemas de las personas solamente si las cortes son capaces de comprenderlas y llevarlas a la práctica. Luego de contrastar los alcances teóricos sobre los presupuestos, las consecuencias y las distinciones de la doctrina de los actos propios, con el entendimiento que de esta tienen los jueces peruanos, puede concluirse que sus decisiones son por lo general poco prolijas, lo que a su vez genera escepticismo sobre su utilidad. Lejos de asignarle un verdadero carácter residual, las cortes peruanas adoptan el criterio “a mayor abundamiento” o la consideran un “cajón de sastre”.

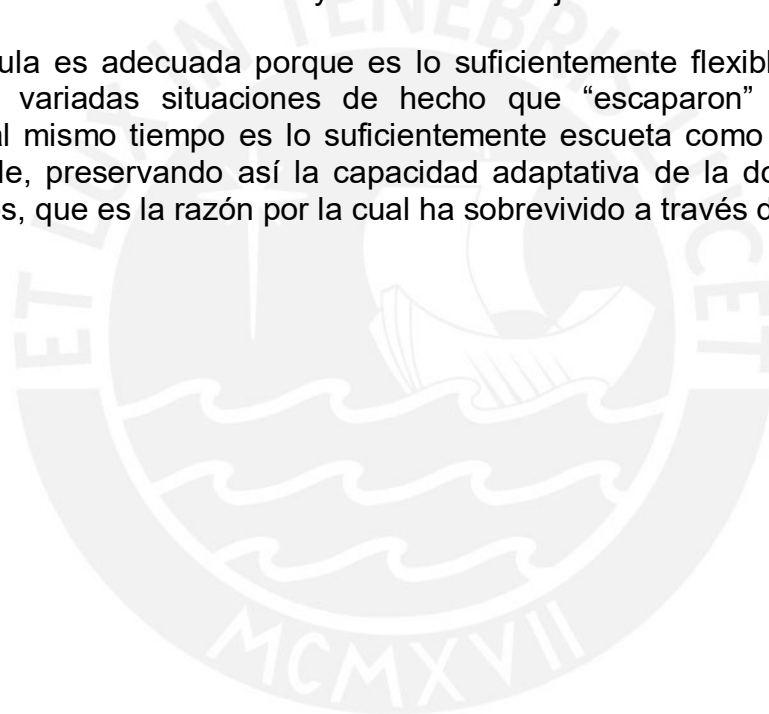
12. Para afrontar un problema en que se discute la aplicación de la doctrina de los actos propios, sugiero una guía de preguntas que parten de los presupuestos para que opere: en primer lugar, una conducta relevante, inequívoca y objetiva; en segundo lugar, una conducta ulterior de carácter contradictorio; y, por último, identidad de sujetos. El *test* recoge criterios adicionales, como la razonabilidad

de las expectativas generadas, la validez de la conducta vinculante y la posibilidad de existencia de otras figuras negociales y no negociales.

13. Es conveniente, mas no indispensable, incorporar expresamente la doctrina de los actos propios en el ordenamiento jurídico peruano, pues el reconocimiento manifiesto de su existencia puede dotar de comodidad a los operadores jurídicos para hacer uso de ella. El carácter poroso de su definición impide aportar de antemano soluciones concretas a la incoherencia en el actuar, lo cual es consistente con su condición de principio, pues los remedios que emanan de estos solo pueden prepararse según las circunstancias de cada caso concreto.

14. Es conveniente incluir en el Título Preliminar del Código Civil peruano una fórmula similar a la del artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, según el cual, “[u]na parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

15. La fórmula es adecuada porque es lo suficientemente flexible como para comprender variadas situaciones de hecho que “escaparon” del Derecho positivo, y al mismo tiempo es lo suficientemente escueta como para decir lo indispensable, preservando así la capacidad adaptativa de la doctrina de los actos propios, que es la razón por la cual ha sobrevivido a través del tiempo.



BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS Y LIBROS

- AGUILÓ, Josep, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ
2007 *Fragmentos de una Teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.
- ALCALDE, Enrique
2003 *Los Principios Generales del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ALEXY, Robert
2013 “El No Positivismo Incluyente”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 36, pp. 15-23.
- ALEXY, Robert y Eugenio BULYGIN
2005 *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALMARCHA, Jesús
2017 “Evolución histórica de la doctrina de los actos propios y su aplicación en las disconformidades emanadas en el marco de la Convención de Viena de 1980 de compraventas internacionales de mercaderías”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Castilla- La Mancha, número 3, pp. 29-54.
- ALTERINI, Atilio y Roberto LÓPEZ CABANA
1984 “La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino”. *Revista La Ley*. Buenos Aires, volumen 1, pp. 877-880.
- ARRIGHI, Paul
2017 “El principio de la buena fe en el arbitraje”. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*. Montevideo, año 5, número 5, pp. 1-14.
- ASTONE, Francesco
2006 *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*. Napoli: Jovene Editore S.P.A.
- ATIENZA, Manuel
2021 *Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*. Lima: Palestra Editores.
- 2017 *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- 2014 *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Planeta.
- 2013 “Justicia Constitucional y Escepticismo Moral”. *Sufragio*. México D.F., número 11, pp. 13-27.

- ATIENZA, Manuel y Juan GARCÍA AMADO
2016 *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUÍZ MANERO
2007 "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía*. México D.F., número 27, pp. 1-28.
- 2006 *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- 2005 *Las piezas del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- 1991 "Sobre principios y reglas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 10, pp. 101-119.
- AUTOR DESCONOCIDO
2009 *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Primer volumen. México: Bibliográfica Omeba.
- 1986 *Doctrina de los Actos Propios. Manuales de Jurisprudencia*. Buenos Aires: La Ley S.A.
- BARBIERI, Laura
1999 "La doctrina de los actos propios y nuestra jurisprudencia". *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo, número 30, pp. 767-775.
- BARBERIS, Mauro
2015 *Juristas y Filósofos*. Lima: Communitas.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano
2007 "La Interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984". *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Lima, número 3, pp. 1765-1816.
- BENATTI, Francesco
1960 "Osservazioni in tema di "doveri di protezioni"". *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán, año XIV, pp. 349-379.
- BERNAL, Mariana
2013 *Deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- 2010 "La Doctrina de los Actos Propios y la Interpretación del Contrato". *Revista Universitas*. Bogotá, número 120, pp. 253-270.
- 2008 "El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Bogotá, número 13, pp. 291-321.
- BERRO, Federico

1989 *La relevancia jurídica de la conducta anterior*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.

BENSON, Bruce L.

1989 "The Spontaneous Evolution of Commercial Law". *Southern Economic Journal*. Florida, volumen 55, número 3, pp. 644-661.

BETTI, Emilio

1970 *Teoría General de las Obligaciones*. Segundo volumen. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

1969 *Teoría General de las Obligaciones*. Primer volumen. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

BIANCA, Massimo

2007 *Derecho Civil*. Volumen tres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BIANCHI, Enrique y Héctor IRIBARNE

1984 "El principio general de la buena fe y la doctrina 'venire contra factum proprium non valet'". *El Derecho – Jurisprudencia General*. Buenos Aires, volumen 106, pp. 851-862

BORDA, Alejandro

2017 *La Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

2010 "La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina." *Cuadernos de extensión jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 35-55.

BOWDEN, Paul

2018 "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration". *Transnational Rules in Commercial Arbitration*. París, volumen 480, número 4.

BRÖDERMANN, Ekkart

2018 "Chapter 1 — General Provisions". *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*. Kluwer Law International, pp. 21-38.

BÜCHER, Eugenio

2009 "La diversidad de significados de Schuldvermatnis (Relación obligatoria en el Código Civil Alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones)". *Indret: Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, número 3, p. 11. Consulta: 2 de abril de 2021.
www.indret.com/pdf/383_es.pdf

BUCUR, Loredana Iona

2018 "Lex mercatoria, soft law and a closer approach of UNIDROIT Principles". *Law Review*, volumen VIII, número 2, Julio-diciembre, pp. 292-312.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2010 "Los fantasmas sí existen: la doctrina de los actos propios". *Ius et Veritas*. Lima, número 40, pp. 50-62.

2007a "De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual". *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Lima, volumen 3, pp. 1709-1764.

2007b "Informe legal". *En Defensa de la PUCP*. Lima, número 60, pp. 117-158.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y José Luis REPETTO

2014 "Charles Darwin y el Arbitraje". *Forseti – Revista de Derecho*. Lima, número 1, pp. 1-15.

BUNTING, Kristina

2011 "Estoppel by Convention and Pre-Contractual Understandings: The Position and Practical Consequences". *Victoria University of Wellington Law Review*. Wellington, pp. 511-536.

BURTON, Steven

1980 "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith". *Harvard Law Review*. Cambridge, volumen 94, pp. 369-404.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo

2009 *Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson

BUSTOS PUECHE, José Enrique

1999 *La doctrina de la apariencia jurídica*. Madrid: Dykinson

CAIVANO, Roque

1996 "Silencio, doctrina de los actos propios y renuncia tácita". *Revista La Ley*. Buenos Aires, tomo. 1996-C197.

CARAMELO, Gustavo

2016 *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tres volúmenes. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos

1997 "Autonomía privada, contrato y constitución". *Derecho Civil Patrimonial*. Lima.

CARRASCO PERERA, Ángel

2016 *Tratado del Abuso del Derecho y del Fraude a la Ley*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

CARTWRIGHT, John

2006 "Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law". *Electronic Journal of Comparative Law*. Netherland, volumen 10, número 3, pp. 1-22.

CASTILLO FREYRE, Mario

2005 *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Lima: Palestra Editores.
[p://dx.doi.org/10.26439/iusetpraxis2009.n040.3724](http://dx.doi.org/10.26439/iusetpraxis2009.n040.3724)

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA

2017 *La Teoría de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

2009 "La teoría de los actos propios y la anulabilidad: ¿regla o principio de derecho?". *Ius Et Praxis*. Lima, número 40, pp. 17-39. Consulta: 2 de abril de 2021.
<http://dx.doi.org/10.26439/iusetpraxis2009.n040.3724>

CHOW, Irene Hau-Siu

2008 "How Trust Reduces Transaction Costs and Enhances Performance in China's Businesses". *SAM Advanced Management Journal*. Hong Kong, volumen 73, número 2, pp. 25-34.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

2004 "Aspectos filosóficos de la buena fe". *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Buenos Aires, volumen I, pp. 5-23.

CNUDMI

2010 *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Nueva York: Naciones Unidas.

COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DEL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

2011 Informe *final*. Consulta: 2 de abril de 2021.
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/\\$FILE/ATTJDK8N.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/$FILE/ATTJDK8N.pdf)

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén

1985 "La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de voluntad". *Revista La Ley*. Buenos Aires, volumen 1, pp. 1000.

CONCHA MACHUCA, Ricardo

2014 "Nulidad y obligaciones naturales: la obligación de restituir contra el derecho a retener en el Código Civil de Bello". *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, número 26, pp. 255-266.

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio
2010 “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena”. *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 81-102.
- COOKE, Elizabeth
2003 *The Modern Law of Estoppel*. Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press.
2000 *The Modern Law of Estoppel*. Nueva York: Oxford University Press.
- CORRAL TALCIANI, Hernán
2010a “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”. *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 103-140.
2010b “La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet””. *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 19-33.
- CORDERO, Giuditta
2007 “International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith”. *Global Jurist*. Berlin, volumen 7, número 1, pp. 1-38. Consulta: 2 de abril de 2021.
- COWEN, Zelman y Peter CASTER
1956 *Essays on the Law of Evidence*. Oxford: Editorial Clarendon.
- CUENTAS, Enrique
1997 “El abuso del derecho”. *Derecho PUCP*. Lima, número 51, pp. 463-484. Consulta: 2 de abril de 2021.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6225>
- DAJCZAK, Wojciech
2019 “*Venire contra factum proprium nemini licet* – Changing Fortunes of the Maxim Demanding Constancy in Conduct”. *Forum Prawnicze*, pp. 33-47. Consulta: 20 de junio de 2021.
https://www.researchgate.net/publication/338884390_Venire_contra_factum_proprium_nemini_licet_-_Changing_Fortunes_of_the_Maxim_Demanding_Constancy_in_Conduct_Wojciech_Dajczak_Professor_of_Law_at_Adam_Mickiewicz
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
2003 “La doctrina de los actos propios”. *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*. Bogotá: Editorial Cordillera, pp. 351-360.

1991 *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Once volúmenes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE TRAZEGNIES, Fernando

2004 "Desacralizando la buena fe en el Derecho". En: CÓRDOBA, Marcos, Lidia GARRIDO y Viviana KLUGER. *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, pp. 21-46.

DÍAZ, Patricia

2014 *El Principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

DÍEZ SASTRE, Silvia

2018 "La doctrina de los actos propios en el Derecho Administrativo". En MARÍN-BARNUEVO, Diego (director). *La Doctrina de los Actos Propios en Derecho Tributario*. Navarra: Thomson Reuters, pp. 31-81.

2008 *El Precedente Administrativo. Fundamentos y Eficacia Vinculante*. Madrid: Marcial Pons.

DÍEZ-PICAZO, Luis

2014 *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

2007 *La Prescripción Extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Segunda edición. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.

2005 *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

1996 *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. Quinta Edición. Madrid: Editorial Civitas.

1963 *La Doctrina de los Propios Actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN

2003 *Sistema de Derecho Civil*. Primer volumen. Madrid: Tecnos.

DWORKIN, Ronald

2007 "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?". *Isonomía*. México D.F., número 144, pp. 16-36.

1989 *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.

ENNECERUS, Ludwig y Martín WOLF

1935 *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*. Dos volúmenes. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

ESPINOZA, Juan

2011 *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*. Lima: Grijley.

EYZAGUIRRE, Cristóbal y Javier RODRÍGUEZ

2013 “Expansión y límites de la buena fe objetiva - A propósito del ‘Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos’”. *Revista chilena de derecho privado*. Santiago de Chile, número 21, pp. 137-216. Consulta: 2 de abril de 2021.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200005>

FACCO, Javier Humberto

2017 *Vicisitudes de la buena fe negocial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FALZEA, Angelo

2006 “El principio jurídico de la apariencia”. *Derecho PUCP*. Lima, número 59, pp. 177-212.

FARNSWORTH, Allan

1995 “Duties of Good Faith and fair dealing under the UNIDROIT Principles, relevant International Conventions, and National Laws”. *Tulane Journal. International Compilation*. Luisiana, pp. 47-63.

1993 *The Concept of Good Faith in American Law*. Diez volúmenes. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.

1962 “Good Faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code”. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, volumen 30, pp. 666-679.

FEINMAN, Jay

1984 “Promissory Estoppel and Judicial Method”. *Harvard Law Review*. Cambridge, volumen 97, pp. 678-718.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón

1987 “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. *Derecho PUCP*. Lima, número 41, pp. 159-226.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César Aníbal

2004 “La Doctrina de los Propios Actos y su Aplicación en la Legislación Peruana”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 58, pp. 197-205.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos

2020 Comentario del 11 de mayo a “La Cour d’appel de París confirma un laudo CCI que aplicó exclusivamente los Principios UNIDROIT con «lex contractus» (SCA París 25 febrero 2020)”. *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*. Consulta: 5 de abril de 2020.

<https://fernandezrozas.com/2020/05/11/la-cour-dappel-de-paris-confirma-un-laudo-cci-que-aplico-exclusivamente-los-principios-unidroit-con-lex-contractus-sca-paris-25-febrero-2020/>

GAMARRA, Jorge

2009 "Teoría del acto propio redimensionada. Análisis jurisprudencial". *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo, número 40, pp. 925-938.

GAN, Orit

2015 "The Justice Element of Promissory Estoppel". *St. John 's Law Review*. Nueva York, volumen 89, número 1, pp. 55-100.

GANDULFO, Eduardo

2005 "La aplicación del principio "venire contra factum proprium non valet". Un caso de vulgarismo jurídico". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, volumen 32, número 2, pp. 363-374.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1956 "La Doctrina de los Actos Propios y el Sistema de la Lesividad". *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 20, pp. 69-77.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Aurelio MENÉNDEZ-MENÉNDEZ

1997 *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás- Ramón FERNÁNDEZ

2006 *Curso de Derecho Administrativo*. Primer volumen. Lima-Bogotá: Palestra Editores S. A. C. y Editorial Temis S.A.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

1998 *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GERMAIN, Claire M.

1996 "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Guide to Research and Literature". *Cornell Law Faculty Publications*. 1059. *International Journal of Legal Information*, Vol. 24, No. 2.
<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1059>

GIMENO, Vicente

2017 "El complemento a la convocatoria de la junta general y la doctrina de los actos propios (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 2016)". *Revista de Derecho de Sociedades*. Alicante, número 50, pp. 295-323.

GLITZ, Frederico

2012 *La Globalización del Derecho Contractual*. São Paulo: Editora Clássica.

GODDARD ADAME, Jorge

2005 *El principio de la buena fe en el Derecho Romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Consulta: 2 de abril de 2021.
http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm

GÓMEZ, Luis Felipe

2015 *La Aplicación de la Teoría de Actos Propios en Materia Laboral*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

2009 *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

GONZÁLEZ, José Eduardo

s/f *Actos propios (Doctrina y jurisprudencia)*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

GRUPO LATINOAMERICANO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - CCI

2015 *El Surgimiento de la Buena Fe en el Derecho Inglés*. Ciudad de México: Herbert Smith Freehills LLP.

HARO, José Juan

2002 “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. *Advocatus*. Lima, número 7, pp. 264-281.

HAYEK, Friedrich A.

2011 *El ideal político del Estado de Derecho*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.

1988 “Los errores del constructivismo”. *Estudios Públicos*. Santiago de Chile, número 29, pp. 85-106.

HENDERSON, Stanley

1969 “Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine”. *The Yale Law Journal*. Connecticut, volumen 78, número 3, pp. 343-387. Consulta: 5 de abril de 2021.
<https://core.ac.uk/download/pdf/160248133.pdf>

HENRIQUES, Duarte G.

2015 “The role of good faith in arbitration: are arbitrators and arbitral institutions bound to act in good faith”. *ASA Bulletin*. Ginebra, volumen 33, número 3, pp. 514-532.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

1983 *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Ceura.

HESSELINK, Martijn

2002 "The Concept of Good Faith". En: HESSELINK, Martijn. *The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 193-223.

HILLMAN, Robert A.

1988. "Article 29(2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A New Effort at Clarifying the Legal Effect of "No Oral Modification" Clauses". *Cornell International Law Journal*. Nueva York, volumen 21, pp. 449-466.

ILLANES, Claudio

2010 "Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile." *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 57-58.

JARAMILLO, Carlos Ignacio

2014 *La Doctrina de los Actos Propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*. Madrid: La Ley.

2009 *La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos. Estudios de Derecho Privado, Tomo I*. Bogotá: Universidad del Rosario.

JIMÉNEZ, Roberto

2000 "Sobre los principios generales del Derecho Español". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Madrid, número 3, pp. 1-18. Consulta: 21 de abril de 2018.
<http://www.rtd.es/numero3/1-3.pdf>

KAPLOW, Louis

1992 "Rules versus Standards: An Economic Analysis". *Duke Law Journal*. North Carolina, número 42, pp. 557-629.

KELSEN, Hans

2008 "La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico". *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Buenos Aires, año 6, número 12, pp. 183-198.

KULICK, Andreas

2016 "About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals". *The European Journal of International Law*. Oxford, volumen 27, número 1, pp. 107-128.

LANDA, César

2013 "La constitucionalización del Derecho Peruano". *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 71, pp. 13-36. Consulta: 2 de abril de 2021.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>

LEDESMA, Marianella

2009 "Primer Pleno Casatorio Civil: ¿El Fin Justifica los Medios?". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 32, pp. 315-325.

LEÓN, Leysser

2004 "La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual". *Themis – Revista de Derecho*. Lima, número 49, pp. 127-152.

LEONI, Bruno

1974a *La Libertad y la Ley*. Madrid: Unión Editorial.

1974b *La Libertad y la Ley*. Guatemala: Editorial Universidad Francisco Marroquín.

LOHMANN, Guillermo

2007 "La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato". En: SOTO, Carlos (Director). *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Tres volúmenes. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., pp. 1657-1708.

LÓPEZ MESA, Marcelo

2013 *La Doctrina de los Actos Propios*. Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires: Euros Editores.

2009 "La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación". *Revista Universitas*. Bogotá, número 119, pp. 189-222.

1997 *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma.

LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE

2009 *La doctrina de los actos propios*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus-BdeF.

LÓPEZ ONETO, Marcos

2016 "La teoría de los actos propios en el derecho de trabajo chileno". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, volumen 43, número 2, pp. 547.

LÓPEZ RODÓ, Laureano

1952 "Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los actos propios". *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 9, pp. 11-53.

LUC, Bigel

2010 "Controlling Estoppel under French Arbitration Law". *International Litigation Quarterly*. s/l, volumen 27, pp. 24-26.

LYON, Alberto

2010 "Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?" *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 59-68.

MACCORMICK, Neil

2017 *Retórica y Estado de Derecho*. Lima: Palestra Editores.

MACKAAY, Ejan

2011 "Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis". *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago de Chile, número 18, pp. 149-177.

MAIRAL, Héctor

1988 *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.

MARSDEN, Gregory J. y George J. SIEDEL

2017 "The Duty to Negotiate in Good Faith: Are BATNA Strategies Legal". *Berkeley Bus. Law Journal*. California, número 14, pp. 127-156.

MARTINIC, María y Ricardo REVECO

2005 "Las formalidades voluntarias". *Revista Jurídica UCES*. Buenos Aires, número 9, pp. 9-23.

MARTÍNEZ, Elena

2014 "La doctrina de los actos propios en el ámbito tributario". *Estrategia Financiera*. Madrid, volumen 29, número 314, pp. 64-73.

MEDICUS, Dieter

1995 *Tratado de las relaciones obligacionales*. Primer volumen. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

MÉNDEZ, Eduardo

1994 "El silencio frente a la buena fe y los requerimientos privados". *La Ley*. Tomo A. Buenos Aires, número 670, pp. 1-16.

MESA, Andrés

2013 *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

MESSINEO, Francesco

1979 *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Dos volúmenes. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MINOPRIO, César

1975 “El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los propios actos”. *Revista del Notariado*. Buenos Aires, número 742.

MIQUEL, José María.

1995 “Acto propio”. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid, volumen 1.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis

1983 “Lugar de cumplimiento y teoría de los actos propios”. *Zeus Córdoba*. Córdoba, número 3, pp. 141-146.

1978 “La Doctrina de los Actos Propios”. *Comercio y Justicia*. Córdoba, volumen 13, número 607. Consulta: 21 de abril de 2018.

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdoctrinactospropios/at_download/file

MONROY, Daniel

2010 “Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos”. *Contexto. Revista de Derecho y Economía*. Bogotá, número 33, pp. 55-76.

MONTORO, Alberto

2007 “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”. *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, volumen 8, pp. 365-374.

MORALES, Antonio-Manuel

2014 “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, volumen 67, número 1, págs. 227-254.

MORALES HERVIAS, Rómulo

2011 “La inutilidad de la doctrina de los actos propios”. *Ámbito Jurídico*. São Paulo. Consulta: 21 de abril de 2018.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/la-inutilidad-de-la-doctrina-de-los-actos-propios/>

2006a “La doctrina de los actos propios: entre el negocio jurídico y el contrato. Historia de una importación impracticable e injusta”. En: MORALES, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, pp. 561-616.

2006b “La Doctrina de los Actos Propios entre el Negocio Jurídico y el Contrato. Historia de una importación impracticable e injusta”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 89, pp. 111-137.

MORELLO, Augusto

1985 *Dinámica del Contrato. Enfoques*. La Plata: Librería Editora Platense.

MORENO, José Antonio

2014 “El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*”. *Forseti – Revista de Derecho*. Lima, número 1, pp. 72-96.

MORESO, José

2015 “Positivismo Jurídico Contemporáneo”. En: FABRA, Jorge Luis y Álvaro NÚÑEZ (coordinadores). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen 1*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 171-205.

MORESO, José y Josep VILAJOSANA

2004 *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

2011 *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

MUÑOZ, Diego y Nicolás OYARZÚN

2017 *La Interpretación de los Contratos desde la Teoría de los Actos Propios y el Análisis Económico del Derecho*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

NEME, Martha

2012 “El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, número 22, pp. 169-218.

2010 *La buena fe en el Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

NINO, Carlos

2014 *Derecho, Moral y Política*. México: Siglo XXI Editores.

OGLINDA, Bazil

2014 “Modification of clauses on the basis of the contractual conduct of the parties. Application of Estoppel Doctrine”. *Perspectives of Law and Public Administration*. Bucharest, volumen 3, número 1, pp. 184-192.

O’GORMAN, Daniel P.

2015 “Prove me wrong cases and consideration theory”. *George Mason Law Review*. Florida, volumen 23, número 1, pp. 125-163.

O’NEILL, Cecilia

2017 “No todo lo que brilla es oro: apariencia del Derecho y protección de los terceros de buena fe”. *Themis – Revista de Derecho*. Lima, número 70, pp. 95-100.

2013 *El Derecho va al Cine. Intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

2005 “El Cielo de los Conceptos Jurídicos versus la Solución de Problemas prácticos. A propósito de la Doctrina de los Actos Propios”. *Themis – Revista de Derecho*. Lima, número 51, pp. 43-55.

ORDOQUI, Gustavo

2011 *Buena fe en los contratos*. Bogotá-México, D.F.-Madrid-Buenos Aires: Editorial Temis- Editorial UBIJUS-Editorial Reus-Editorial Zavalía.

ORTIZ, René

1991 “La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil Peruano”. *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 45, pp. 265-285.

OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE

1994 *Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen XVI*. Primer volumen. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PADILLA, Ricardo Andrés

2013 “Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago de Chile, número 20, pp. 135-183.

PAN, Kaijun

2017 “A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence”. *Chinese Journal of International Law*. Beijing- Wuhan, volumen 16, número 4, pp. 751-786.

PARADA, Ramón

1992 *Derecho Administrativo*. Primer volumen. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales.

PARDO, Inés

1991 “La doctrina de los actos propios”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, número 14, pp. 49-69.

PECES BARBA, Gregorio, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASÍS

2000 *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar

1998 “Los principios de UNIDROIT y CISG: su mutua interacción”. *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, pp. 187-208.

PÉREZ, María del Pilar

2013 “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, volumen 2, número 28, pp. 285-306. Consulta: 2 de abril de 2021.
<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5749/6196>

PETSCHE, Markus

2014 "The application of transnational law (lex mercatoria) by domestic courts".
Journal of Private International Law. Volumen 10, número 3, 489-515.

PICÓ I JUNOY, Joan

2003 *El Principio de la Buena Fe Procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

POSNER, Richard

1998 *El Análisis Económico del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2011 *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

2005 *Constitucionalismo y Positivismo*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.

1998 *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.

PUIG BRUTAU, José

1951 *Estudios de derecho comparado*. Barcelona: Ariel.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

2014 *Diccionario de la lengua española*. Décimo tercera edición. Madrid: Real Academia Española. Consulta: 9 de mayo de 2018.
www.rae.es/drae

ROBERTSON, Andrew

2018 "Revolutions and Counterrevolutions in Equitable Estoppel". En: WORTHINGTON, Sarah; Andrew ROBERTSON y Graham VIRGO. *Revolution and Evolution in Private Law*. Melbourne: Hart Publishing, pp. 161-175.

RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M.

2011 "Deberes De Protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana". *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, número 20, pp. 301-346. Consulta: 2 de abril de 2021.
<https://ssrn.com/abstract=1876542>

RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge

2011 "El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico". *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, número 31, pp. 261-280.

RÓDENAS, Ángeles

2015 "Normas regulativas: principios y reglas". En: GONZÁLEZ, Daniel (coordinador). *Conceptos Básicos del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

ROMERO ANTOLA, Mario

2004 “Los principios del Derecho como fuente del Derecho”. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*. Lima, número 9, pp. 157-164. Consulta: 21 de abril de 2018. http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/16.pdf

ROMERO SEGUER, Alejandro

2010 “El acto propio en materia arbitral: algunos límites probatorios para su aplicación”. *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 69-79.

RUBIO, Marcial

2008 *El Título Preliminar del Código Civil*. Novena Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALAH, María Agnes

2008 “La doctrina de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa”. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*. Santiago de Chile, número 2, pp. 189-202.

SÁNCHEZ, Ángel

1975 *Los principios clásicos del Derecho*. Madrid: Unión Editorial.

SANZ, Iñigo

2000 “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, año 4, número 7, pp. 91-122.

SCHÄFER, Hans-Bernd

2006 “Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries”. *The University of Chicago Press*. Chicago, volumen 14, pp. 113-134.

SCHAUER, Frederick

2016 *Positivismos constitucional*. Lima: Palestra Editores.

SCHNEIDER, Jens-Peter

2002 “Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán”. *Documentación Administrativa*. Madrid, número 263-264.

SEPE, Simone M.

2010 “Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective”. *Arizona Legal Studies*. Arizona, número 10-28, pp. 1-59.

SFERRAZZA, Pietro

2017 “Hecho Ilícito Internacional”. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid, número 13, pp. 271-282. Consulta: 2 de abril de 2021. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3823/2400>

SHAPIRO, Scott J.

2012 “El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos”. En: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (editor). *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 143-194.

SIERRA, Alfredo

2010 “La teoría de los actos propios en el ámbito laboral”. *Cuadernos de Extensión Jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, número 18, pp. 141-151.

SNYDER, David

1998 “Comparative Law in Action: Promissory Estoppel, the Civil Law, and the Mixed Jurisdiction”. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Arizona, volumen 15, número 3, pp. 695-751.

SOTO, Carlos

2011 “El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI”. *THEMIS – Revista de Derecho*. Lima, número 60, pp. 19-33.

STIGLITZ, Rubén S.

1984 “La doctrina del acto propio”. *La Ley*. Madrid, volumen 1, número 865, pp. 1-12.

SUMMERS, Robert S.

1968 “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”. *Virginia Law Review*. Virginia, número 2, pp. 195-267.

TOVAR, María del Carmen

2004 “Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales”. *Agenda Internacional*. Lima, año XI, número 21, pp. 157-176.

TUR, Nélica

2011 *La Prohibición de ir contra los Actos Propios y el Retraso Desleal*. Navarra: Editorial Aranzadi.

UÇARYILMAZ, Talya

2013 “Equitable Estoppel and CISG”. *Hacettepe Hukuk Fak. Derg.* Ankara, volumen 3, número 2, pp. 135-183.

VÁSQUEZ, Walter

2018 *Las Variaciones en los Contratos Privados de Construcción*. Tesis para optar por el grado de Magíster. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

VON IHERING, Rudolf

1987 *Bromas y Veras de la Ciencia Jurídica*. Madrid: Editorial Civitas.

VON THUR, Andreas

2007 *Tratado de las Obligaciones*. Granada: Editorial Comares.

WAGNER-VON PAPP, Florian

2010 "European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses not worth the paper they are written on? – DCFR II.-4:105 v. CISG 29(2), UNIDROIT Principles 2.1.18, UCC § 2-209 and Comparative Law". *Current Legal Problems*. London, volumen 63, pp. 511-596.

WAYAR, Ernesto C.

2004 *Derecho Civil. Obligaciones*. Primer volumen. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma.

WEBER, Simon y Julie MARTINEZ

2020 "Good Faith in International Arbitration: Comparative Approaches in ICC Awards". *ICC Dispute Resolution Bulletin*. Paris, número 2.

WIEACKER, Franz

1982 *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas.

WILD, Jennie

2018 "Duties of good faith – the challenge of a mixed civil and common law tribunal". *40 Under 40*. Chicago, pp. 63-72.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2011 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta S. A.

ZUSMAN, Shoschana

2005 "La buena fe contractual". *Themis – Revista de Derecho*. Lima, número 51, pp. 19-30.

NORMAS Y BASES DE DATOS

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

2002 *Ley 29/2002*, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Referencia: BOE-A-2003-2410.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2008 *Decreto Legislativo N° 1071*. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Lima, 1 de setiembre.

2006 *Ley N° 28776*. Ley que constituye Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de reforma del Código Civil. Lima, 22 de junio.

2001 *Ley N° 27444*. Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, 11 de abril.

1997 *Ley N° 26887*. Ley General de Sociedades. Lima, 9 de diciembre.

1996 *Ley N° 26673*. Lima, 20 de octubre.

1994 *Ley N° 26394*. Lima, 18 de noviembre.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC

s/f <https://library.iccwbo.org>

INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG). DATABASE PACE LAW SCHOOL

s/f <http://www.cisg.law.pace.edu>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2019 *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS*. Lima, 22 de enero. Consulta: 16 de abril de 2021.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf

1993 *Decreto Legislativo N° 768*. Código Procesal Civil. Lima, 8 de enero.

1984 *Decreto Legislativo N° 295*. Código Civil. Lima, 14 de noviembre. Consulta: 15 de abril de 2021.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>

TRANS-LEX.ORG

s/f *The Lex Mercatoria and the TransLex-Principles*. Consulta: 8 de noviembre de 2018.

[https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria)))

UNCITRAL

s/f

CLOUT

[http://www.uncitral.org/clout/search.aspx?f=es%23cloutDocument.textTypes.textType_s1%3aCIM%5c+%5c\(1980%5c\)](http://www.uncitral.org/clout/search.aspx?f=es%23cloutDocument.textTypes.textType_s1%3aCIM%5c+%5c(1980%5c))

UNIDROIT

2015 *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho Economía y Política.

UNILEX

s/f *Selected Cases by Article & Issues*. Consulta: 16 de abril de 2021.

<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>

SENTENCIAS Y LAUDOS

AD HOC ARBITRATION

2004 Laudo: 4 de marzo de 2004. Consulta: 14 de abril de 2021.

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=973>

AD HOC ARBITRATION SAN JOSÉ DE COSTA RICA

2001 *Laudo*: 30 de abril de 2004. Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1100>

AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

2007 *Expediente s/n*. Sentencia: 27 de diciembre de 2007. Consulta: 14 de abril de 2021.
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1039_leg-2395.html?lng=es

BUNDESGERICHTSHOF

1998 *Expediente N° VIII ZR 259/97*. Sentencia: 25 de noviembre de 1998. Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=356>

CIADI

2008 *Expediente N° ARB/03/28*. Sentencia: 15 de diciembre de 2008. Consulta: 2 de abril de 2021.
https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2014/08/419arbitrationlawDukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf

CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS

2003 *Expediente N° 2002/02304*. Sentencia: 10 de setiembre de 2009. Consulta: 14 de abril de 2021.
https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_490_leg-1715.html?lng=es

CORTE SUPREMA DE LUISIANA

1967 *Expediente s/n*. Sentencia: 11 de diciembre de 1967.

COUR D'APPEL DE GRENOBLE

1999 *Expediente s/n*. Sentencia: 21 de octubre de 1999. Consulta: 14 de abril de 2021.
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_313_leg-1536.html?lng=es

COURT OF APPEALS OF- HERTOGENBOSCH

2007 *Expediente N° C051069/HE*. Sentencia: 29 de mayo de 2007. Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1313&step=Abstract>

FEDERAL COURT OF AUSTRALIA

2003 *Expediente N° NG733*. Sentencia: 12 de febrero de 2003. Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=845>

ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF PARIS

2014 *Final Award N° 14108*. Laudo: s/f.

2010 *Final Award N° 7421*. Laudo: s/f.

2003 *Final Award N° 11849*. Laudo: s/f. Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1159>

2001 *Partial Award N° 9474*. Laudo: s/f.

1980 *Final Award N° 1512*. Laudo: s/f.

ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF GINEBRA

2016 *Partial Award N° 15453*. Laudo: s/f.

ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION OF ZURICH

2009 *Final Award N° 8786*. Laudo: s/f.

INTERNATIONAL ARBITRATION COURT OF THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY OF THE RUSSIAN FEDERATION

2012 *Final Award N° 173/2011*. Laudo: 23 de octubre de 2012. Consulta: 14
de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1731>

1999 *Final Award N° 302/1997*. Laudo: 27 de julio de 1999. Consulta: 14 de
abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=671>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

2010 *Final Award N° ARB/06/18; IIC 424*. Laudo: 14 de enero de 2010.
Consulta: 14 de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1533>

INTERNATIONALES SCHIEDSGERICHT DER BUNDESKAMMER DER GEWERBLICHEN WIRTSCHAFT- WIEN VIENNA

1994 *Final Award N° SCH-4318*. Laudo: 15 de junio de 1994. Consulta: 14 de
abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=56>

OBERSTER GERICHTSHOF

2005 *Expediente N° 7 Ob 175/05v*. Sentencia: 31 de agosto de 2005.
Consulta: 14 de abril de 2021.
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_750_leg-2371.html?lng=es

OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE

1997 *Expediente N° 1 U 280/96*. Sentencia: 25 de junio de 1997. Consulta: 14
de abril de 2021.
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=296>

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

2004 *Expediente N° 7 U 2959/04*. Sentencia: 15 de setiembre de 2004.
Consulta: 14 de abril de 2021.
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_595_leg-1382.html?lng=es

PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ

2019 *Expediente N° 128-2018-0-1817-SP-CO-01*. Sentencia: s/f.

2017a *Expediente N° 123-201600273-2016-0-1817-SP-CO-01*. Sentencia: s/f.

2017b *Expediente N° 00256-2017*. Sentencia: s/f.

2016a *Expediente N° 398-2015*. Sentencia: s/f.

2016b *Expediente N° 10-2015-0-1817-SP-CO-02*. Sentencia: s/f.

2016c *Expediente N° 00183-2016-0-1817-SP-CO-01*. Sentencia: s/f.

2015a *Expediente N° 170-2015*. Sentencia: s/f.

2015b *Expediente N° 00093-2015*. Sentencia: s/f.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

2016 *Expediente N° 3231-2014*. Sentencia: s/f.

2015 *Expediente N° 3175-2015*. Sentencia: s/f.

2014a *Expediente N° 2245-2014*. Sentencia: s/f.

2014b *Expediente N° 3402-2014*. Sentencia: s/f.

2013a *Expediente N° 726-2012*. Sentencia: s/f.

2013b *Expediente N° 2978-2011*. Sentencia: s/f.

2013c *Expediente N° 16668-2013*. Sentencia: s/f.

2012 *Expediente N° 4400-06*. Sentencia: s/f.

2010a *Expediente N° 1247-2010*. Sentencia: s/f.

2010b *Expediente N° 2802-2009*. Sentencia: s/f.

2010c *Expediente N° 2984-2009*. Sentencia: s/f.

2010d *Expediente N° 3108-2008*. Sentencia: s/f.

- 2009 *Expediente N° 1191-2009*. Sentencia: s/f.
- 2008a *Expediente N° 724-2006*. Sentencia: s/f.
- 2008b *Expediente N° 2229-2008*. Sentencia: s/f.
- 2008c *Expediente N° 4924-2008*. Sentencia: s/f.
- 2008d *Expediente N° 3780-2007*. Sentencia: s/f.
- 2008e *Expediente N° 3496-2007*. Sentencia: s/f.
- 2008f *Expediente N° 1722-2017*. Sentencia: 15 de marzo de 2018.
- 2007a *Casación N.º 1465-2007*. Sentencia: 22 de enero de 2008.
- 2007b *Expediente N° 2208-2005*. Sentencia: s/f.
- 2007c *Expediente N° 724-2006*. Sentencia: s/f.
- 2006a *Expediente N° 1218-2006*. Sentencia: s/f.
- 2006b *Expediente N° 1322-2006*. Sentencia: s/f.
- 2005 *Expediente N° 150-2004*. Sentencia: s/f.
- 2004a *Expediente N° 2042-2002*. Sentencia: s/f.
- 2004b *Expediente N° 2213-2002*. Sentencia: s/f.
- 2002 *Expediente N° 2849-2001*. Sentencia: s/f.

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT- TAS

- 2003 *Arbitration CAS 2002/O/410*. Sentencia del Tribunal Arbitral de Deportes: 07 de octubre del 2003. Consulta: 2 de abril de 2021.
<https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=arbitration>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

- 2017 *Expediente 02335-2013-PA/TC*. Sentencia del Pleno del Jurisdiccional: 28 de noviembre de 2017.
- 2010 *Expediente N° 00034-2009-PI/TC*. Sentencia del Pleno del Jurisdiccional: 12 de octubre de 2010.
- 2006a *Expediente N° 00047-2004-AI*. Sentencia del Pleno Jurisdiccional: 24 de abril de 2006.
- 2006b *Expediente N° 1567-2006-PA/TC*. Sentencia del Pleno Jurisdiccional: 30 de abril de 2006.

2004 *Expediente N° 2906-2002-AA/TC*. Sentencia del Pleno Jurisdiccional: 20 de enero de 2004.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ASUNCIÓN

2014 *Expediente N° 95*. Sentencia: 24 de octubre de 2014. Consulta: 14 de abril de 2021.

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1866>

TRIBUNALE DI VARESE

2012 *Expediente s/n*. Sentencia: 5 de enero de 2015. Consulta: 14 de abril de 2020.

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1873>

U.S. COURT OF APPEALS (11th Circuit)

2006 *Expediente N° 05-13995*. Sentencia: 12 de setiembre de 2006. Consulta: 14 de abril de 2021.

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1136&do=case>

ZIVILGERICHT KANTON BASEL- STADT

1997 *Expediente N° P4 1996/00448*. Sentencia: 3 de diciembre de 2021.

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract>

CORTES DESCONOCIDAS CITADAS POR TRANS-LEX.ORG

CORTE DESCONOCIDA

1986 Iran-US Claims Tribunal, *DIC of Delaware et. al. v. Tehran Redevelopment Corp.*, YCA 1986, at 332 et seq. TransLex.

1985 ICSID Award, *AMCO Asia Corp. et al. v. The Republic of Indonesia et al.*, YCA 1985, at 61 et seq. TransLex.

1983 Iran-US Claims Tribunal, *Wodward-Clyde Consultants v. Iran et. al.*, 3 IRAN-U.S. C.T.R., at 239 et seq. (1983) TransLex.

1983 *Framatome-Award*, YCA 1983, at 94, 101 et seq. TransLex Laudo, 192 (original en francés).