

La raíz histórica del adagio “*Venire contra factum proprium non valet*”

[publicado en Hernán Corral Talciani (edit.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión (U. de los Andes) 18, 2010, pp. 19-33].

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil y Decano

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

I. La formación del adagio: de los textos romanos al brocardo medieval

1. Un adagio de varias formulaciones

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

Venire contra proprium factum nulli conceditur

Nemini liceo adversus sua facta venire

Non concedit venire contra factum proprium

Proprium factum nemo impugnare potest

Adversus factum suum quis venire non potest

Nemo potest contra factum proprium venire

Nemo contra factum proprium potest

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

2. Los primeros textos romanos

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

Se atribuye a Ulpiano la solución de un caso que da cuenta de la teoría de los actos propios por primera vez: en un texto conservado en Digesto (1.7.25 pr), Ulpiano se enfrenta al problema de un padre que había emancipado a su hija en presencia de testigos y que luego de muerta ésta, quiere dejar sin efecto la emancipación. Ulpiano declara que no procede: “Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos”. El problema se suscitaba porque, a pesar de la presencia de testigos, la emancipación no había cumplido con las solemnidades prescritas y era por tanto inválida. No habiendo sido emancipada la mujer seguía bajo la patria potestad de su padre y, por tanto, el testamento otorgado por ella era ineficaz. En estas condiciones, el padre de la mujer pretende ahora invocar la nulidad de la emancipación para dejar sin efecto el testamento. A Ulpiano esta actuación del padre le parece inicua por lo que resuelve que no puede “mover controversia” contra su propia actuación que consintió en tener a su hija como emancipada. Aunque el texto no lo dice en forma expresa, parece obvio que el fundamento de la opinión de Ulpiano es la

contradicción que se revela entre el actuar primero del padre y su segunda conducta: “*adversus factum suum*”: contra su propio acto, dice el texto. Pero, como aclara Díez-Picazo, no es la contradicción en sí misma la que produce la inhabilidad del padre en el pensamiento de Ulpiano, sino el hecho de que admitirse aquella se lograría un resultado que es valorado como injusto: impugnar al testamento de la hija ya muerta para beneficiarse con la inexistencia de la emancipación consentida¹.

Otro caso que aparece en las fuentes romanas y que después servirá para la construcción de la doctrina de los actos propios, es un fragmento de Celso recogido en el Digesto, que señala textualmente: “Puede concederse que tenga yo separadamente el derecho de paso y el de conducción por un fundo que es de muchos. Así pues, por estricto rigor no se hará mío este derecho de otro modo que si todos lo cedieran, y al fin con la última cesión se confirmarán todas las anteriores. Pero más equitativamente [*benignius*] se dirá que, aún antes que el último hiciera la cesión, aquellos que antes la hicieron no pueden vedar que use del derecho cedido” (D. 8.3.11).

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

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

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

3. Actos propios y alegación de la propia torpeza

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

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

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

Aunque emparentados en su origen, las reglas son diferentes y no cabe confundir la teoría de los actos propios con la imposibilidad de alegar el propio dolo. Como señala Díez-Picazo, la inadmisibilidad de contradecir el acto propio proviene de las exigencias de la buena fe y de la

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

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

regularidad del tráfico, mientras que la privación de una pretensión por una actuación dolosa o ilícita es propiamente una sanción: “En un caso nos hallamos frente a una norma con una finalidad eminentemente protectora, mientras que en el otro la norma es esencialmente sancionadora”⁴.

4. Un intento de generalización: la “*regula iuris*”

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

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

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

⁴ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 204.

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

acepta o reclama un legado otorgado por el testamento de su padre no podrá después pedir la *bonorum possessio*⁶.

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

4. De la *regula* al brocardo

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

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

Ya entre los glosadores se comienzan a escribir tratados que tienen por objeto coleccionar y explicar reglas jurídicas generales, a las que se denomina *Brocarda*. No está claro la significación primitiva de la palabra “brocardo”; algunos quieren hacerla derivar del alemán “*Brötchen*” que significa trozo de pan: los brocardos jurídicos serían así como un trozo de derecho. Otros quieren ver una derivación corrupta de la expresión “pro-contra”, ya que los brocardos eran expuestos siempre como reglas generales, pero seguidos por textos que eran excepciones (contra) a la regla⁷. El historiador italiano Francesco Calasso sostiene que los brocados eran uno de los instrumentos por medio de los cuales los glosadores se procuraban a sí

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

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

mismos para adquirir un dominio sobre el entero *Corpus Iuris* y, al mismo tiempo, un proceso preparatorio que debía permitirles una visión unitaria del sistema jurídico. La forma literaria en la que se plasmaba esta visión global era el de las *Summae*, tratados que imitaban las *Summae* de los filósofos y teólogos⁸.

La regla de los actos propios aparece entre los brocardos recolectados por uno de los más insignes autores de la época: el jurista Azón (- 1230). El libro de brocardos del más célebre los glosadores, según Calasso⁹, se inserta usualmente como apéndice a su *Summae*, con el título *Brocardica Azonis*¹⁰. En la rúbrica X: *De aequilitate factorum*, folio 28, aparece la primera formulación del principio de los actos propios: “*venire contra proprium factum nulli conceditur*”¹¹.

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

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

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

⁹ Calasso, F., ob. cit., p. 534.

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

¹¹ Cfr. Domingo, R. y Rodríguez-Antolín, B., ob. cit., n° 685, p. 134.

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

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

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

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

II. Los actos propios como “doctrina” jurídica

1. Los primeros atisbos en la obra de los comentaristas: Bártolo y Baldo

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

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

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

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

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

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

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

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

Como resumen de su complicada doctrina Baldo parece establecer como regla general la imposibilidad de venir contra los propios actos salvo en tres casos: 1º) si el acto no es obligatorio *ipso iure*; 2º) si se actuó a nombre ajeno y 3º) si ello favorece la libertad: “*Tripici modo venit quis*

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

*contra factum suum: primo, quando ipso iure non tenet; secundo, quando quis agit nomine alieno; tertio, libertatis favore*¹⁷.

2. La ausencia del aforismo en las Partidas de Alfonso X

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

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

El segundo corresponde a la recepción del texto de Celso, D. 8.3.11, sobre la constitución de servidumbres por varios condóminos. La Partida Tercera, título 31, ley 10, dice que “Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos, servidumbre a su edificio, o a su heredad. Pero si muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deben otorgar 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

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

cada uno de ellos también por la su parte como por la de los otros que no la otorgaron ...”. Se ve aquí la prohibición de ir contra el propio acto de los que ya otorgaron su consentimiento a la constitución del derecho real. El texto continúa señalando: “... Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros nin los empece. Pero si después desso la quisieren otorgar e consentir aquellos que la contradicen, valdría, también como si la oviesen de primero otorgado todos do so uno” (P. 3.31.10).

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

3. El adagio en la Escuela del Derecho Natural Racionalista

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

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

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

contraídas previamente. Es lo que sostiene el gran humanista alemán Ulrico Zasio (1461-1535) en su obra *Responsorum iuris sive consiliorum (Consilium 10)*²⁰.

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

En el ambiente del Derecho Natural racionalista aparece lo que puede considerarse la primera monografía dedicada a examinar la doctrina de los propios actos. Es debida al jurista Joham Christoph Schacher (1667-1720), que escribe una disertación titulada “*De impugnatione facti proprii*”, que sostiene como regla general, y en directa sintonía con la escuela del Derecho natural, que nadie puede retractarse de lo que uno mismo ha lícitamente realizado: “*nemo retractare potest quod a se legitimum factum est*”²².

III. Muerte y resurrección del adagio en la codificación. La reformulación de la “doctrina” de los actos propios en el sistema latino-continental

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

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

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

1. La desaparición del adagio en los Códigos Civiles

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

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

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

2. El resurgimiento de la doctrina de los actos propios

Incluso a falta de textos expresos, los autores y la jurisprudencia de los países latino continentales han terminado por afirmar no sólo la vigencia del adagio “*venire contra*”, sino por

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

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

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

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

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

²⁵ Díez-Picazo, L., ob. cit., p. 142.

sentencias que recogen el principio, bien sea para acogerlo o para estimar que no se aplica en el caso, pero siempre dando por descontado que rige en el sistema español²⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

³² La Corte de Casación, utilizando el criterio de la coherencia contractual fundada en la buena fe, llega a resultados similares a los de la doctrina de los actos propios. El principio de la coherencia es aplicado por una sentencia de la 1ª Cámara Civil de la Corte de fecha 16 de febrero de 1999, por el cual se deniega la pretensión de un acreedor que durante largo tiempo (un decenio) había tolerado la inejecución del contrato y que de manera abrupta

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

V. El adagio del “*non venire*” y la formación de la doctrina anglosajona del *estoppel*

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

En el ámbito del *common law* se entiende que la regla del *estoppel* fue formada por tres largos e indefinidos períodos, que fueron produciendo las distintas formas. Al parecer el más antiguo es el *estoppel by record* que los juristas hacen remontar a la institución de la *res iudicata*

había hecho valer una cláusula resolutoria expresa y de eficacia extrajudicial (de pleno derecho). El fallo es comentado favorablemente por Mazeaud, Denis, “*De l’exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse*”, *Recueil Dalloz*, 2000, *Jurisprudence*, sec. *Sommaires commentés*, pp. 360-361. Según Mazeaud, “la incoherencia vuelve culpable al acreedor que ha traicionado la confianza legítima que su tolerancia prolongada había hecho nacer en su deudor, revela su mala fe y lo priva del derecho de hacer jugar la cláusula resolutoria expresa” (p. 360).

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

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

del Derecho romano³⁵. En cambio, los otros son considerados creaciones del más antiguo derecho anglosajón. El *estoppel by deed* y el primer *estoppel in pais* aparece en las primeras colecciones de Derecho inglés, como los *Abridgements* de Nicholas Statham (1470) o Anthony Fitzherbert (1514) a los *Year-Books* de la época de Eduardo II (años 1307-1326)³⁶. El primer tratamiento más sistemático de la figura en este estado es la de Lord Edward Coke (1552-1634) en sus comentarios a Littleton que datan de 1628, y que forman la primera parte de su obra magna *Institutes of the Laws of England*, reputada como uno de los textos fundacionales del *Common Law*. Según Coke la expresión “*estoppel*” proviene de la palabra francesa “*estoupe*”³⁷, de la que deriva el inglés “*stopped*”³⁸. La más moderna versión del *estoppel in pais* se desarrolló ya en el siglo XIX, y amplía la doctrina de Coke que en esta parte ha quedado en gran parte obsoleta³⁹. Esta forma de *estoppel* será llamada “*equitable estoppel*” por oposición a las otras dos que son denominados casos de “*legal estoppels*”⁴⁰.

A pesar de que los autores del *common law* no parecen conectar los orígenes del *estoppel* con el adagio de los actos propios, uno de los más enjundiosos estudios de la teoría realizado por el autor alemán Edwin Riezler, proporciona indicios de bastante verosimilitud para afirmar esa

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

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

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

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

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

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

conexión⁴¹. En este sentido, hay que considerar que antiguos juristas ingleses como Bracton y Glanville recibieron influencia de los glosadores, comentadores y canonistas medievales, en cuya matriz se forjó el brocardo del “*venire contra*”. En segundo lugar, es sugerente que uno de los textos del *Corpus Iuris Canonici* (Cód. 5, X, de fil. presb. 1, 17), que sirvieron para afirmar la doctrina de los actos propios, recoge una disposición que iba justamente dirigida a un obispo británico (se le prohibía revocar un beneficio que él, con conciencia de causa, había concedido a una persona inhábil).

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ El estudio comparado organizado y expuesto en la obra de Whittaker, Simon y Zimmermann, Reinhard (ed.), *Good Faith in Europen Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 513, pone esto de manifiesto. Por ejemplo en un caso en que una de las partes que tenía derecho a demandar por daños a otra, esperó a que esta se hiciera aconsejar por expertos confiando en su afirmación de que no haría uso de la excepción de prescripción. Posteriormente, en el juicio opone dicha excepción que efectivamente ha cumplido el plazo legal al haber dilatado el demandante el ejercicio judicial de su acción. La alegación de prescripción sería denegada en Alemania y en España por aplicación del principio del “*venire contra*”, mientras en Inglaterra e Irlanda se llegaría al

mismo resultado por la invocación de la doctrina del “*promissory estoppel*”. Whittaker, Simon y Zimmermann, Reinhard, “*Coming to terms with good faith*”, en R. Zimmermann y S. Whittaker (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 692, señalan que la idea de que una persona debe respetar su palabra (sea que se trate de una promesa o simplemente de una representación), combinada con la confianza de otra, puede ser vista como una consecuencia de la buena fe a través del adagio del “*venire contra*”, y que resulta interesante que el Derecho inglés, que, aunque deniega que cualquier acuerdo sea contractual (debido a las reglas de la *consideration*), posee una doctrina: la del *promissory estoppel*, que mezcla elementos de representación y confianza y que tiene el poder de someter una regla legal (como la *consideration*) a consideraciones generales de justicia [*fairness*].