

A doutrina dos actos propios, os seus
presupostos, as súas limitacións e as súas
posibilidades de aplicación en materia laboral

*The Doctrine of “One’s Own Acts”,
Procedural Assumptions,
Limitations and Potential Application in Labour Law*

MARCELO JORGE LÓPEZ MESA

Presidente da Asociación Iberoamericana de Dereito Privado. Académico da Real Academia de Xurisprudencia e Lexislación de Galicia e da Academia Nacional de Dereito e Ciencias Sociais de Córdoba (Arxentina).

Profesor visitante das universidades da Coruña e Rei Juan Carlos, Coímbra e Perugia (Italia).

Xuíz e presidente da Sala A da Cámara de Apelacións de Trelew (Patagonia, Arxentina).

Doutor en Ciencias Xurídicas e Sociais pola Universidade Nacional de La Plata

Resumo

A doutrina dos actos propios actúa como unha cuña de moralidade no universo xurídico, ás veces demasiado influído por unha consideración descarnadamente positivista das cuestións que deben resolverse. Non sendo as temáticas de orde pública cidades abertas onde caiba admitirmos calquera desatino ou argucia efectuados so pretexto do réxime de protección imperante, aínda que limitadamente, rexe nelas a doutrina dos propios actos. É, así mesmo, de limitada aplicación aos obreiros en materia laboral, pois os casos deben versar sobre dereitos libremente dispoñibles polos traballadores e cómpre sempre que estea asegurada a liberdade e plenitude da súa manifestación de vontade.

Palabras chave: actos propios, *venire contra factum proprium*, boa fe, proceso laboral.

Abstract

The doctrine of “one’s own acts” introduces the moral dimension in the judicial universe, sometimes excessively influenced by a remarkably positivist consideration of the questions to be solved. Not being the subject matters of public order open cities, they are governed, though with limitations, by the doctrine of “one’s own acts”. It applies, on a limited basis, to workers in the labour field; cases must refer to freely available rights for workers and both freedom and a display of real will must always be guaranteed.

Keywords: *One’s own acts, Venire contra factum proprium, Good faith, Labour process.*

1. Esencia e fundamento da doutrina dos actos propios

A que aquí analizamos é unha ferramenta pretoriana, isto é, unha resposta xurisprudencial creada *solvitur ambulando*. Por isto, non debe estrañar que se acuñasen ao seu arredor diversos axiomas. As expresións *venire contra factum proprio non valet*, *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*, *quod semel placuit, amplius displicere non potest*, *patere legem quam ipse fecisti*, *non est tolerabilis ignorantia in factum proprio*, *nemo licet adversus sua facta venire*, entre outras, responden á mesma idea: a de que ninguén pode variar de comportamento de xeito inxustificable cando xerou noutras persoas unha expectativa de comportamento futuro¹.

Como ferramenta pretoriana que é, tampouco é estraño que o seu ámbito de aplicación se solape parcialmente co doutras ferramentas similares, como a doutrina da confianza lexítima, a doutrina da aparencia etc. Non é o mellor do punto de vista técnico, mais esta redundancia ou solapamento é de todo normal tratándose de figuras creadas para tutelar realidades inasibles para as elaboracións tradicionais, aínda que tampouco é un déficit que non poida remontarse, se as ferramentas son empregadas por mans destras.

A doutrina dos actos propios é unha derivación inmediata, necesaria e directa do principio da boa fe. En canto a ela concirne, dado que a boa fe non consente o cambio de actitude en prexuízo de terceiros cando a conduta anterior xerou neles expectativas de comportamento futuro, quen actúa de maneira voluble sen causa que o xustifique vulnera o principio xeral da boa fe. Como ben dixo Da Mota Pinto²:

A boa fe é hoxe un principio fundamental da orde xurídica, particularmente relevante no campo das relacións civís e, igualmente, en todo o dereito privado. Expresa a preocupación da orde xurídica polos valores ético-xurídicos da comunidade, polas particularidades da situación concreta que cómpre regular e por unha xuridicidade social e materialmente fundada. A consagración da boa fe corresponde, pois, á superación dunha perspectiva positivista do dereito, pola apertura a principios e valores extralegais e pola dimensión concreto-social e material do xurídico que perfila.

¹ MANS PUIGARNAU, J. (1947) *Los principios generales del derecho*. Barcelona, Bosch, p. 25.

² DA MOTA PINTO, C. A. (2005) *Teoria geral do direito civil*. Coímbra, Coímbra Editora, p. 124.

Significa o que acabamos de dicir que o principio da boa fe se axusta a —e contribúe para— unha visión do dereito de conformidade coa que subxace no estado de dereito social dos nosos días, intervencionista e preocupado por corrir desequilibrios e inxustizas baseadas en simples xustificacións formais (...). O principio de boa fe ten un ámbito moi vasto e invade todas as áreas do dereito (...).

Das derivacións do principio xeral da boa fe (doutrina do acto aparente, da confianza lexítima, do atraso desleal etc.), posiblemente a que na Arxentina máis arraigou é a doutrina dos actos propios, cuxas principais ramificacións e consecuencias prácticas trataremos aquí.

Comezaremos dicindo que para admitir que alguén desande o que andou no foro ou na esfera obrigatoria debe xustificar que a súa conduta voluble non vulnera o principio xeral da boa fe, para o cal é requisito esencial que xustifique a regularidade xurídica e moral dese pretendido cambio do sentido da súa actuación.

A doutrina dos actos propios é unha derivación directa e necesaria do principio xeral da boa fe, que emana sen esforzo do devandito principio xeral, contido no art. 1198 do Código civil (CC), que actúa á maneira dun sol que irradia por completo o ordenamento xurídico arxentino. Así, de forma unánime ve a prohibición de marchar contra comportamentos anteriores como unha derivación directa da boa fe³, e, en consecuencia, a veda do comportamento incoherente ou voluble atopa fundamento suficiente na norma de cada ordenamento que recepta o principio xeral de boa fe, como o art. 1198 do CC arxentino.

A doutrina dos actos propios foi definida como «un principio xeral do dereito, fundado na boa fe, que impón un deber xurídico de respecto e sometemento a

³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1963) *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, Bosch, p. 134; LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*. Madrid, Reus, p. 90; ENTENZA ESCOBAR, P. F. (1962) «Los principios generales del derecho contractual» *Revista de Derecho Puertorriqueño* 3, p. 19; GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1983) *El principio de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid, Civitas, p. 117; CIFUENTES, S. (1987) «Vélez Sarsfield y la teoría de los propios actos» *Doctrina Judicial* 1, p. 689; etc.

unha situación xurídica creada anteriormente pola conduta do mesmo suxeito, para evitar así a agresión a un interese alleo e o dano conseguinte»⁴. Así mesmo, expúxose que «quen intente desestimar o valor persuasivo que a súa conduta tivo na súa contraparte, pretendendo “desandar” o obrado, non poderá conferir relevancia á súa nova declaración sen incorrer en incoherencia xurídica. O principio expresado cristaliza na chamada “doutrina dos propios actos” (*venire contra factum proprium non valet*)»⁵.

No entanto, a doutrina dos actos propios é algo máis que unha derivación dese principio axial do ordenamento xurídico que é a boa fe. Segundo unha ollada moderna, que intentamos no *Tratado de la responsabilidad civil*⁶, podemos demostrar argumentalmente que esta doutrina é, tamén, unha forma innominada de declaración unilateral de vontade, o que a sitúa –así como un principio procesual– no seo da teoría das fontes das obrigas, ben que renovada de xeito adecuado, por certo. En calquera caso, constitúe un límite do exercicio dun dereito subxectivo ou dunha facultade derivada do principio de boa fe e, particularmente, da esixencia de observar dentro do tráfico xurídico un comportamento coherente⁷. Mais en que consiste esencialmente a doutrina dos actos propios? E cal é a súa función?

Non se requiren grandes dotes xurídicas para comprender de xeito cabal que calquera litigante ou contratante que manifesta a un/ha contraditor/a ou cocontratante –expresamente ou por feitos concluíntes seus– que non vai facer uso de determinado dereito ou que vai actuar de determinada forma, non pode logo sen desmedro do principio xeral da boa fe adoptar unha postura contraposta

⁴ FUEYO LANERI, F. (1990) *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 310.

⁵ ZENTNER, D. H. (1993) «El consentimiento en el contrato e seguro a la luz de los actos propios» *La Ley* 1993-C, p. 356

⁶ TRIGO REPRESAS, F. A. e LÓPEZ MESA, M. J. (2011) *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo I. Bos Aires, La Ley, p. 680 e ss.

⁷ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 20/8/08. Artero de Redondo, Amelia vs. Polacco, Ricardo César s/ sumario. Voto do Dr. López Mesa; CNFed. Contadm., Sala V, 31/3/97. Achar, Estela –acumúlase a Álvarez e outros vs. Ministerio de Economía e de Obras e Servizos Públicos. *La Ley* 1998-C-394; en similar sentido, Cám. Apel. Concordia, Sala CC III, 8/4/99. Álvarez, Carlos A. e outro vs. Osengar, Jaime. *La Ley* 2000-C-929 (42.773-S) e *La Ley Litoral* 2000-233; en similar sentido, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sec. 3.ª, 16/9/92. Relatora, Sra. Rigo Rosselló. *La Llei* 1993-1, p. 659.

á antes explicitada. En palabras maxistrais dun gran xuíz arxentino, don Adolfo Plíner⁸:

(...) o proceso xudicial non é un xogo en que cadaquén pode cambiar de campo segundo as circunstancias. Cada litigante debe ser leal e consecuente coa súa fortuna e co lugar que ocupa na contenda (...). Ninguén pode volver sobre os seus propios actos sen obrar de mala fe (...). Estes preceptos non escritos do noso dereito de fondo son, porén, o substrato da xuridicidade moderna logo do fracaso do rigoroso positivismo xurídico que reinou no século pasado. Malia dereito e moralidade teren campos propios e distintos, non pode concibirse un dereito aplicable polos xuíces contrario á moral nin unha norma xurídica que non conteña un «mínimo de moral» como adoitaba dicirse durante os primeiros embates contra a rixidez do positivismo (...).

A doutrina dos actos propios prohibe así a sorpresa, a volubilidadade no actuar e a emboscada, e preserva o ámbito do litixio xudicial –mais tamén o das relacións obrigatoriais e contractuais– dos cambios bruscos de conduta, foren estes cuasidelitos ou mal intencionados, aínda que deben sempre ser imputables. Así como no ámbito da responsabilidade civil sen imputación non hai responsabilidade, no das relacións obrigatoriais, sen imputación da primeira conduta non hai aplicabilidade da doutrina do *venire contra factum proprio*.

A doutrina dos actos propios non é un puro materialismo, unha física das accións humanas, senón un continente máis onde rexe o principio de imputación, que é consubstancial ao bo dereito. Pode verse esta doutrina como unha sorte de inoponibilidade ao revés: na inoponibilidade, un acto válido e opoñible contra todos é, porén, inopoñible a unha determinada persoa. É o que pode definirse tecnicamente como unha ineficacia particularizada ou a respecto de persoa determinada; mais trátase dunha ineficacia relativa, que só a persoa protexida por ela pode invocar.

A improponibilidade funciona exactamente ao revés: un acto ou manifestación que sería válido obrado por calquera, resulta inaudible nos beizos ou na conduta de

⁸ Voto do mestre Adolfo Plíner nos autos Fortunatti, Daniel e outro, e Quilez, Néstor D., que fixera por unanimidade a Excmá Cám. 1.^a Apels. no Civil e Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 27/2/1990, *Doctrina Judicial* 1991-I-517.

quen se comportou contraditoriamente consigo mesmo/a. Neste caso, a ineficacia é tamén particularizada ou a respecto de persoa determinada, só que, ao darse no segmento activo da relación, se nota máis, aínda que non difire esencialmente –senón que é o dorso– da inopoñibilidade.

Nun voto da nosa autoría⁹, alén de nun traballo doutrinario, deixamos sentado que a aplicación a un caso da doutrina dos actos propios torna subxectivamente impropoñible a pretensión dun suxeito que contraría a súa conduta anterior. Desde o manancial procesual, así funciona a doutrina. Agregamos alí que a doutrina dos actos propios é, daquela, unha limitación ao exercicio dun dereito, que reconece como fundamento unha razón de política xurídica: a protección da confianza suscitada polo comportamento antecedente, que logo se pretende descoñecer¹⁰. Así mesmo, engadimos seguidamente que tal doutrina importa unha barreira oposta á pretensión xudicial, pola cal se impide o obrar incoherente que lesiona a confianza suscitada na outra parte da relación e impón aos suxeitos un comportamento probado nas relacións xurídicas, pois non é posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas e logo contradícalas mediante unha reclamación xudicial. En cita¹¹:

Unha pretensión ou unha defensa formuladas dentro dunha situación litixiosa en contradición co sentido obxectivo da conduta anterior do suxeito non pode prosperar, en tanto mediaría unha ilicitude da conduta ulterior confrontada coa precedente, toda vez que isto infrinxiría o fundamental principio da boa fe (...). Xa non se tratará das razóns que xuntan a pretensión ou a oposición a ela, senón da sinxela impropoñibilidade destas, bloqueadas por esta causa de inhabilidade intrínseca.

⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 2/7/09. Pineda, Patricia Elizabeth vs. Cornejo, Omar Eduardo e outro s/ demanda de nulidade. Voto do Dr. López Mesa.

¹⁰ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, Sala A, 2/7/09. Pineda, Patricia Elizabeth vs. Cornejo, Omar Eduardo. Voto do Dr. López Mesa, con cita do noso voto do 20/8/08 *in re* Artero de Redondo, Amelia vs. Polacco, Ricardo César s/ sumario. Sist. Eureka; CNFed. Contadm., Sala V, 31/3/97. Achtar, Estela -acumúlase a Álvarez e outros vs. Ministerio de Economía e de Obras e Servizos Públicos. *La Ley* 1998-C-394; CNCom., Sala A, 23/4/97. G. V. e outros vs. Canteras Argentinas SA. *La Ley* 1997-D, 180 e *Doctrina Judicial* 1998-1-296; en similar sentido, Cám. Apel. Concordia, Sala CC III, 8/4/99. Álvarez, Carlos A. e outro vs. Osengar, Jaime. *La Ley* 2000-C-929 (42.773-S) e *La Ley Litoral* 2000-233.

¹¹ Véxase o meu voto xa citado e a decisión da Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 10/10/06. Asesoría Civil de Familia n.º 1 vs. Municipalidade de Trelew s/ acción de amparo. Causa 21.702, rexistrada ao SDC 48/06, voto do Dr. Carlos Velázquez.

Pero, posiblemente, quen mellor esclareceu como funciona esta doutrina no proceso civil é o prestixioso xurista da Corte Constitucional de Colombia, Alejandro Martínez Caballero, nun voto seu como relator en que manifestou que «o principio da boa fe incorpora a doutrina que proscribe o *venire contra factum proprium*, segundo a cal a ninguén lle é lícito vir contra os seus propios actos. A boa fe implica o deber de observar no futuro a conduta inicialmente despregada (...). A boa fe, ensínase, implica un deber de comportamento, “(...) que consiste na necesidade de observar no futuro a conduta que os actos anteriores facían prever”»¹². A isto agregou no seu voto o seguinte:

Un tema xurídico que ten como sustento o principio da boa fe é o do respecto ao acto propio, en virtude do cal as actuacións dos particulares e das autoridades públicas deberán cingirse aos postulados da boa fe (art. 83 da CN). Principio constitucional que sanciona daquela como inadmisíbel toda pretensión lícita, mais obxectivamente contraditoria, a respecto do propio comportamento efectuado polo suxeito. O tratadista e maxistrado do Tribunal Constitucional español Luís Díez-Picazo ensina que a prohibición non impón a obriga de non facer, senón, máis ben, impón un deber de non poder facer; por isto é que se di [que] «non se pode ir contra os actos propios». Trátase dunha limitación do exercicio de dereitos que, noutras circunstancias, poderían ser exercidos lícitamente; en cambio, nas circunstancias concretas do caso, tales dereitos non poden exercerse por seren contraditorios a respecto dunha anterior conduta, isto é o que o ordenamento xurídico non pode tolerar, porque o exercicio contraditorio do dereito se traduce nunha extralimitación do propio dereito.

Pode verse así que esta doutrina implica unha restrición ou imposibilidade de actuar, aínda que de índole subxectiva; ontoloxicamente non é outra cosa que a veda ou prohibición a un suxeito específico de invocar o actuado por el en contradición cos seus actos ou manifestacións anteriores¹³. E de todo isto cabe concluír que se dá neste caso a contracara da inopoñibilidade, a impropoñibilidade: un acto ou conduta que calquera outra persoa podería exercitar, que é lícito e admisible en

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sala Sétima de Revisión integrada polos maxistrados doutores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa e Alejandro Martínez Caballero. Sentenza T-295/99 do 4/5/99. Relator, Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 2/7/09. Pineda, Patricia Elizabeth vs. Cornejo, Omar Eduardo. Voto do Dr. López Mesa; Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/6/09. Bay, Luis Oscar vs. Moreira, Juan Carlos s/ indemnización por accidente de traballo. Exped. 202, ano 2009 CANE. Voto do Dr. López Mesa.

xeral, non pode admitírselle a determinada persoa invocalos, porque esta persoa carga cunha ineficacia funcional particularizada ou especial para realizalos a consecuencia da súa conduta anterior, que se contrapón frontalmente co acto ou conduta que agora intenta.

Non hai nada de malo ou cuestionable no acto en si, porque este é lícito –se non o fose, non faría falta acudir á doutrina dos actos propios, pois abondaría con invocar normas expresas do ordenamento, como a regra moral que establece o art. 953 do CC arxentino–, mais da correlación do segundo acto ou manifestación coa actuación previa xorde unha contradición que o ordenamento non desexa favorecer e, daquela, pena. Se non o fíxese e permitíse o ir e vir ao seu libre arbitrio dos suxeitos polo proceso xudicial e a vida de relación, debería desterrarse directamente do dereito toda idea de seguridade, de boa fe, de coherencia, de previsibilidade do tráfico etc., e isto resulta inadmisíbel. A doutrina dos actos propios, entón, é unha concesión que a liberdade de actuación dos suxeitos debe facer ao interese xeral, que aquí radica na seguridade e na honorabilidade do tráfico xurídico¹⁴.

2. Os seus presupostos e requisitos de aplicación

Os presupostos para a aplicación da doutrina dos actos propios son os seguintes:

- a) Unha situación xurídica preexistente.
- b) Unha conduta do suxeito, xuridicamente relevante e plenamente eficaz, que suscite na outra parte unha expectativa seria de comportamento futuro.
- c) E unha pretensión contraditoria con esa conduta atribuíble ao mesmo suxeito¹⁵.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Nese sentido, véxase a conclusión 5.ª da Comisión 8 das IX Jornadas Nacionais de Derecho Civil desenvolvidas en Mar del Plata en 1983; ALBERTI, E. (1986) «Prólogo» en Amadeo, J. L. (ed.) *La doctrina de actos propios*. Bos Aires, La Ley, pp. XVIII/XXII; COMPAGNUCCI DE CASO, R. (1985) «La doctrina de los actos propios y la manifestación tácita de voluntad» *La Ley* 1985-A-1002 e ss.; LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 110; Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/9/08. Pastor Neil vs. Ghigo. Sist. Eureka e AP en liña. Voto do Dr. López Mesa.

Cando están *prima facie* reunidos os presupostos de aplicación da ferramenta, debe analizarse se se cumpren os requisitos para o seu emprego, que son estes:

- a) Os actos expresivos da vontade do suposto suxeito voluble deben ser inequívocos a respecto do seu alcance e da intención de crear ou modificar un dereito.
- b) A contradición co acto anterior debe ser patente.
- c) A vontade inicial non debeu estar viciada.
- d) A vontade plasmada no primeiro acto, que logo se pretende contradicir, debeu ser libre, pois se fose coaccionada dalgún modo non se aplicaríase a este caso a doutrina do *venire contra factum*.
- e) Debe darse a identidade dos suxeitos que actúan e se vinculan en ambas as condutas¹⁶.
- f) A xuridicidade da primeira conduta¹⁷.

Cabe remarcarmos que se non se reúnen estes seis requisitos non pode empregarse a doutrina, e abonda con que só un deles falte para que non resulte de aplicación, co risco, en caso contrario, de plasmar un sonoro acto de inxustiza¹⁸. Expresamos nun voto da nosa autoría que, necesariamente, antes de aplicar a institución debe exercitarse un control serio da presenza, en cada caso, dos presupostos para o seu emprego, así como da existencia de vicios que puidesen invalidar algunha das manifestacións en aparencia contraditorias¹⁹. Seguidamente analizaremos por separado e en detalle cada un destes requisitos de aplicación.

a) Os actos expresivos da vontade do suposto suxeito voluble deben ser inequívocos a respecto do seu alcance e da intención de crear ou modificar un dereito

¹⁶ Cfr. LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 110; Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/9/08. Pastor Neil vs. Ghigo. Sist. Eureka e AP en liña. Voto do Dr. López Mesa.

¹⁷ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 21/10/08. Bartels, Mariela P. vs. Municipalidade de Trelew s/ ordinario. *La Ley* en liña. Voto do Dr. López Mesa.

¹⁸ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) «Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)» *La Ley Patagonia* decembro de 2008, p. 514.

¹⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/9/08. Pastor Neil vs. Ghigo. Sist. Eureka e AP en liña. Voto do Dr. López Mesa.

Para a aplicación desta doutrina non alcanzan as conxecturas sobre as posibles significacións dun acto. O alcance da actuación, que logo se pretende desfacer ou contrariar, debe ser inequívoco²⁰.

A maxistratura española decidiu reiteradamente que os actos propios se fundamentan na necesidade de protexer a boa fe, a confianza e a estabilidade das relacións xurídicas, esixindo para que os seus autores queden vinculados fronte aos suxeitos pasivos que os devanditos actos teñan a solidez e consistencia necesarias para deducir deles verdadeiras declaracións de vontade en termos concluíntes e inequívocos, sendo eficaces para crear, modificar ou extinguir algún dereito²¹. A aplicación da doutrina dos actos propios esixe que tales actos sexan inequívocos no sentido de crear, definir, fixar, modificar, extinguir ou esclarecer sen dúbida ningunha unha determinada situación xurídica²². Tamén resolveu o Tribunal Supremo de España que o principio de dereito dos actos propios esixe para a súa eficacia:

- 1) que o acto que se pretende combater fose realizado con plena liberdade de criterio e vontade non coartada;
- 2) un nexo causal eficiente entre o acordo adoptado ou o acto realizado e a súa incompatibilidade coa conduta posterior;
- 3) e que o acto sexa concluínte e non admita dúbida, de tal forma que defina de modo inalterable a situación de quen o realiza, único caso en que pode estimarse o principio plasmado na expresión *nemine licet adversus sua facta venire*²³.

²⁰ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 514.

²¹ Tribunal Supremo de España, Sala 6.^a, 4/2/88. Relator, Sr. Moreno Moreno. *La Ley* 1988-2-228.

²² Tribunal Supremo de España, Sala 1.^a do Civil, Sentenza 158/2002 do 20/2/2002. Relator Dr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Con citas das sentenzas do 31 de outubro e 21 de novembro de 1996; 29 e 30 de abril, 12 de maio, 15 de xullo, 30 de setembro e 30 de novembro de 1998; 4 de xaneiro, 13 de xullo, 1 de outubro e 16 de novembro de 1999; 23 e 25 de maio de 2000; e 16 e 24 de abril, 7 de maio e 25 de xullo de 2001; etc.

²³ Véxase Tribunal Supremo de España, Sala 1.^a, 4/3/85. Relator, Sr. Pérez Gimeno. *La Ley* 1985-3-763 (6485-R); e en igual sentido, Tribunal Supremo de España, Sala 1.^a, 16/10/87. Relator, Sr. Albácar López. *La Ley* 1987-4-583. Tamén Tribunal Supremo de España, Sala 1.^a, 14/2/84. Relator, Sr. Fernández Martín-Granizo. *La Ley* 1984-2-833; e en similar sentido, Tribunal Supremo de España, Sala 1.^a, 17/7/87. Relator, Sr. Malpica González-Elipe. *La Ley* 1987-4-703 (9497-R).

Este é o criterio que cómpre seguir. Inscríbese na boa liña un fallo da Cámara Civil de Neuquén, onde se resolveu, a partir dun voto do Dr. Vergara del Carril, que a doutrina dos actos propios esixe para a súa aplicación a existencia dun feito primixenio non cuestionado, válido e perfectamente determinado nos seus alcances, que logo se pretende descoñecer²⁴.

Aínda con maior precisión, a xurisprudencia española ten como un principio corrente que os actos propios, para seren considerados como expresión de actuación opositiva, deben ser aqueles que polo seu carácter transcendental ou por constituír convención, ou causar estado, definen de xeito inalterable a situación xurídica dos seus autores, ou aqueles que van encamiñados a modificar ou extinguir algún dereito. Así, aplicar esta doutrina é inviable cando a significación dos actos aparentemente contraditorios non é clara, patente ou cristalina. Non é cuestión de xogar ás adiviñas para aplicala.

Normalmente a primeira declaración vinculante emitírase mediante un acto, aínda que tamén o silencio pode obrigar un suxeito e esixirlle logo coherencia con esa pasividade. Neste sentido, Denis Mazeaud comenta un interesantísimo fallo francés en que un acredor tolerou silenciosamente durante case dez anos a inexecución dun contrato por parte do seu debedor, que era á vez familiar seu, e logo pretendeu bruscamente cambiar de actitude e rescindir o contrato, o que foi xulgado contrario á boa fe pola casación francesa²⁵. Neste suposto a primeira manifestación de vontade, que logo se pretende descoñecer, non é un acto, senón xustamente a ausencia de acción e manifestación de vontade, a pasividade ou inacción, que se contrapón a un brusco cambio posterior.

O propio ocorreu nun caso arxentino en que o herdeiro de quen doara un cadro a un museo con cargo de exposición da obra na sala, tolerou durante un longo lapso que non se cumprise o cargo. Considerouse que carecía do dereito a

²⁴ Cám. Apels. Civ. e Com. de Neuquén, Sala 1.ª, 21/5/96. AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora vs. Peñalba, Rubén. Sist. Juba, sum. Q0000094.

²⁵ Corte de Casación francesa, 1.ª Cám. Civ., 16/2/99. Comentado por MAZEAUD, D. (2000) «De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse» *Recueil Dalloz* t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 360.

reclamar a reversión da doazón por incumprimento do cargo logo de cincuenta anos de toleralo²⁶. O principio é simple: quen tolera durante un longo período o incumprimento dun contrato ou doutra obriga, non pode logo intentar rescindilo sen esixir previamente o seu cumprimento.

Tamén se aplica o principio, por exemplo, se unha parte contratante advirte que a súa *partenaire* actúa sobre a base dun erro evidente, que viciaría o contrato e levaría a este concluírse, e garda silencio nese instante, pois non pode logo variar de postura e pretender sacar vantaxe da situación²⁷.

Correspondeunos resolver hai un tempo un interesante caso que plasmaba unha situación así. Na causa existira un negocio en firme, unha das partes cumprira practicamente todas as súas obrigas e a outra permitira ese cumprimento, até que sobre o final saíu de improviso cunha resolución contractual extraxudicial, logo de negarse a recibir o último pagamento, a que seguiu unha pretensión desatinada de facer cargar a súa contraria con todas as consecuencias desa resolución, mentres que a súa parte quedaba en in mellorables condicións.

Sostivemos no noso voto que o exercicio das resolucións contractuais extraxudiciais debe ser analizado con detemento e de forma estrita polos xuíces; o cumprimento dos presupostos legais para resolver non só debe ser analizado con profundidade, senón apreciado con rigorosidade, e a falta de cumprimento dalgún dos seus presupostos veda o seu exercicio²⁸. Agregamos logo que en palabras sagaces, o profesor Vinckel expuxo que «a diferenza da resolución xudicial que o xuíz pode refugar pronunciar, a cláusula resolutoria opera de pleno dereito, presenta unha eficacia superior para o acredor e un real perigo para o

²⁶ CNFed. CC, Sala II, 18/11/94. Uriarte, Carmen R. e outros vs. Estado nacional-Ministerio de Educación e Cultura. *La Ley* 1995-D-658.

²⁷ Cfr. SOUSTELLE, P. (1997) «La bonne foi contractuelle oblige le débiteur à relever les erreurs de son créancier» *Recueil Dalloz* t. 1997, sec. Jurisprudence, p. 571.

²⁸ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 17/01/2012. Ramírez, S. S. vs. Arrieta López, M. O. s/ resolución de contrato. Eldial.com. Voto do Dr. López Mesa.

debedor. Tamén o xuíz, alén do poder moderador que lle confire ás veces a lei, debe esforzarse por impor unha interpretación restritiva dos pactos comisorios e por controlar rigorosamente a súa posta en execución»²⁹.

O principio aplicado tamén nese caso é que logo dunha relación xurídica de dez anos, en que se unha parte cumpre as súas obrigas ante o silencio e a aceptación da outra, non pode darse paso –sen solución de continuidade– a unha conduta diametralmente oposta, como a resolución do contrato, ante o incumprimento máis pequeno, ou unha escusa de tal, ante un incumprimento trivial. O principio é que o comportamento dun suxeito non pode cambiar de improviso de polaridade, pasando de positivo a negativo ou ao revés. Non son admisibles en dereito, a teor do principio da boa fe e da súa derivación, a doutrina dos actos propios, as condutas pendulares ou caprichosas.

Claro que, naqueles casos en que a contradición se evidencia entre un acto actual e o silencio ou a pasividade anterior, a devandita contradición non debe deixar lugar a dúbidas, dado que o principio vulgar «o que cala, outorga» non rexe no noso dereito, senón naqueles casos previstos polo art. 918 do CC, segundo o cal «a expresión tácita da vontade resulta daqueles actos polos cales se pode coñecer con certeza a existencia da vontade, nos casos en que non se esixa unha expresión positiva, ou cando non haxa unha protesta ou declaración expresa contraria».

Debe tratarse do que a doutrina francesa chamou un «silencio permeable», é dicir, o silencio que deixa filtrar a vontade de quen o garda. En casos tales, a intención é certamente muda, mais transparéntase mercé a elementos exteriores³⁰. En palabras dun autor arxentino, «xuridicamente o silencio non se configura pola soa abstención de falar. Debe darse unha ausencia absoluta de exteriorización, de toda actividade ou conduta do suxeito. Pois se existen comportamentos, aínda en ausencia de palabra verbal ou escrita, o problema da valoración do silencio queda desprazado»³¹.

²⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 17/01/2012. Ramírez vs. Arrieta López. Eldial.com. Voto do Dr. López Mesa, con cita de Vinckel, F. (2000) «Le pouvoir du juge et la volonté des parties» *Recueil Dalloz* t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 599.

³⁰ MOURY, J. (1994) «L'acceptation de l'offre de contrat ou de modification du lien contractuel peut-elle résulter du silence de l'une des parties?» *Recueil Dalloz* t. 1994, sec. Jurisprudence, p. 69.

³¹ MÉNDEZ SIERRA, E. C. (1994) «El silencio frente a la buena fe y los requerimientos privados» *La Ley* 1994-A-670.

A inacción durante un longo período ante a vulneración dun dereito propio non constitúe propiamente un suposto de silencio, máxime cando dá paso a unha actitude brusca de signo inverso³². No entanto, podemos lembrar que o Tribunal Supremo de España resolveu que «a pasividade da actora no exercicio dos seus dereitos non constitúe acto propio vinculante para ela»³³.

Noutro caso resolveu o devandito tribunal que o principio xeral de dereito prohibitivo de obrar en contradición cos propios actos, fonte normativa a que alude o art. 1.4 do CC español, esixe para que os seus autores queden vinculados unha declaración de vontade, expresa ou tácita, manifestada en termos concluíntes e inequívocos, e reveladora da actitude dos suxeitos fronte a unha determinada situación xurídica, cunha significación que vén contrariada polas accións exercitadas ou polas excepcións opostas posteriormente, alcance que de ordinario non poden ter a simple pasividade ou o silencio, en por si insuficientes para basearen a aplicación da regra *adversus factum suum quis venire non potest*³⁴.

Malia ser certo que, por regra xeral, a pasividade ou a inacción non configuran unha declaración de vontade, non o é menos que unha pasividade de varios anos non permite logo libremente reclamar un dereito que non foi exercido por tan longo período, pois isto implicaría avalar unha actuación dual, unha dobrez de comportamento, que vulnera o principio xeral da boa fe³⁵.

Quen logo dun lapso prolongado de inacción ante o incumprimento dun contrato ou ante a insatisfacción dun dereito seu, cambia radicalmente de postura, está contrariando o principio xeral da boa fe e a súa derivación, a doutrina dos actos propios³⁶. Por exemplo, quen logo dun lapso de inacción prolongado pretende resolver un contrato incumplido, sen intimar o seu cumprimento previamente e

³² LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 516.

³³ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 17/5/95. Relator, Sr. Ortega Torres, *La Ley* 1995-3-617 (16997-R).

³⁴ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 25/5/84. Relator, Sr. Castro García, *La Ley* 1984-3-635.

³⁵ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 516.

³⁶ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 516

dar á persoa incumpridora a ocasión de cumprir, non actúa de boa fe³⁷, existe unha intención clara deducible da relación entre o anterior silencio e o último intento de revertelo que non pode xulgarse como benéfica ou inocente³⁸. Temos en mente en concreto o caso dun acredor que, logo dunha espera de tres anos e sen cumprir a súa parte do negocio bilateral, pretendeu de súpeto resolver extraxudicialmente o contrato, e sen intimar a súa contraparte previamente a cumprir. Expuxemos no noso voto, entre outros conceptos, o seguinte:

- 1) O ámbito dos contratos é a área xurídica onde o principio xeral da boa fe impera con maior forza e onde a lealdade dunha parte cara á outra debe ser escrupulosamente observada, so risco de ser considerados en violación do devandito principio xeral³⁹.
- 2) O comportamento do acredor contractual –aquí actor– deixou bastante que desexar no tocante aos seus deberes de comportarse de boa fe.
- 3) Non se require máis xustificación dunha parte para reter o pagamento cando a contraria pretendeu actuar no seu prexuízo de todas estas maneiras. Creo, por tanto, que o art. 1198 do CC daba cobertura suficiente ao actor para actuar como o fixo e, ante isto, o agravio loce descamiñado e inadmisíble. Máxime cando o silencio de anos puido facer crer perfectamente ao actor que se pactara unha espera⁴⁰.

³⁷ Véxase AUBERT, J.-L. (1993) «Le respect de la bonne foi dans la mise en œuvre d'une clause résolutoire d'un bail commercial et les pouvoirs du juge en matière de révision de stipulations contractuelles» *Recueil Dalloz* t. 1993, sec. Sommaires commentés, p. 215.

³⁸ Neste sentido, véxase Cám. Civ. e Com. Trelew, Sala A, 20/8/08. Artero de Redondo, Amelia vs. Polacco, Ricardo C. s/ sumario. *La Ley* en liña. Voto do Dr. López Mesa.

³⁹ Ídem. Para alén, cfr. CASEY, J. (1998) «De la bonne foi et de la modération dans a formation du contrat» *Recueil Dalloz* t. 1998, sec. Jurisprudence, p. 208; PICOD, Y. (1989) «Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat». París, LGDJ, p. 18; DESGORCES, R. (1992) «La bonne foi dans le droit des contrats». Tese de doutoramento presentada na Universidade París II.

⁴⁰ Cám. Civ. e Com. Trelew, Sala A, 20/8/08. Artero de Redondo, Amelia vs. Polacco, Ricardo C. s/ sumario. *La Ley* en liña. Voto do Dr. López Mesa. Véxase tamén ROSCH, W. (1999) «Lorsqu'un acheteur fait preuve d'une grande tolérance à l'égard des retards du vendeur, cette attitude peut être assimilée à la stipulation d'un délai supplémentaire» *Recueil Dalloz*, t.1999, sec. Sommaires commentés, p. 363.

4) Malia ser certo, como agudamente afirma o profesor Caron, que «o dereito das obrigas cultiva a veces os paradoxos»⁴¹, sería levar as situacións a un extremo absolutamente inconveniente validar que, alegando unha serie de cláusulas contractuais de alcance non do todo claro, un contratante que observou unha conduta cambiante, nesgada, reprobable, en prexuízo do co-contratante, saque vantaxe da súa propia incuria e quede coas cantidades pagadas até o momento pola súa *partenaire* contractual, ao valerse dunha resolución contractual amañada e obxectable. Os paradoxos admisibles no dereito obrigacional non chegan a tanto e así debe declararse⁴².

Cabe aclararmos que o acto propio normalmente estará constituído por un acto xurídico e en ocasións excepcionais por un feito material. Como dixemos nun voto, os actos materiais como enxesar unha persoa ou sementar etc. non constitúen polo xeral «actos propios» no sentido que esta doutrina lles dá a aqueles⁴³.

b) A contradición co acto anterior debe ser patente

As elaboradas alegacións sobre supostas contradicións implícitas son aquí insuficientes. Para os xuíces aplicaren esta doutrina a contradición entre ambos os actos debe ser clara, non debe deixar lugar a dúbidas nin segundas interpretacións⁴⁴. Así, os tribunais españois declararon que a doutrina dos actos propios esixe, para que os seus autores queden ligados fronte aos suxeitos pasivos, que exista un nexo de causalidade eficiente entre os devanditos actos e a súa incompatibilidade co ulteriormente pretendido⁴⁵.

⁴¹ CARON, C. (2000) «Inefficacité d'une clause résolutoire en présence d'une vente résolue», *Recueil Dalloz* t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 291.

⁴² Cám. Civ. e Com. Trelew, Sala A, 20/8/08. Artero de Redondo, Amelia vs. Polacco, Ricardo C. s/ sumario. *La Ley* en liña. Voto do Dr. López Mesa.

⁴³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 18/2/2009. Montiquin, Vanesa vs. Susbielles, Juan e outros s/ danos e perdas. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

⁴⁴ LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 16/2/88. Relator, Sr. Albácar López. *La Ley* 1988-2-188.

Que a contradición entre as dúas actuacións do suxeito voluble sexa patente implica que non debe caber interpretación ningunha delas que as compatibilice ou evite a confrontación entre ambos os actos ou manifestacións⁴⁶.

c) A vontade inicial non debeu estar viciada

Díez-Picazo, o comentarista máis difundido por estas terras da doutrina dos actos propios, formulou fai corenta anos unha difícil elección: se con esta doutrina se busca protexer a confianza que a propia conduta puido suscitar nos terceiros, carece de viabilidade a alegación de calquera posible erro sufrido; se, en cambio, o que se sanciona é unha contravención da boa fe apreciada en sentido subxectivo, como intención leal, non habería mala fe cando do que se trata é de rectificar as consecuencias dun erro⁴⁷. Ese é o dilema na súa formulación clásica, e en xeral a doutrina e a xurisprudencia tomaron partido pola primeira opción.

O respecto reverencial que se ten polo mestre Díez-Picazo fixo que habitualmente non se analice de maneira crítica a súa postura e se acepte *in totum* e sen beneficio de inventario. Pola nosa parte cremos que é este un dos aspectos en que non é conveniente seguir o mestre de Madrid, ao entendermos que a existencia dun vicio da vontade de certa significación no primeiro actuar impide a aplicación desta doutrina⁴⁸. Tamén o entende así Fueyo Laneri, quen expresa que «o acto propio debe ser, en principio, válido. Declarada xudicialmente a ineficacia, non producirá consecuencias cara ao futuro, e os efectos producidos quedarán sen valor por aplicación do principio da retroactividade. Consecuente co anterior, non poderá formarse un acto propio nin poderá ser considerado como tal a partir da súa nulidade declarada xudicialmente»⁴⁹.

Nun fallo arxentino, con toda a razón, resolveuse que o principio de boa fe dá por sentado que a conduta primaria vinculante do suxeito implicado é eficaz e válida, do que se segue a aplicación da doutrina dos actos propios⁵⁰.

⁴⁶ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/9/08. Pastor Neil vs. Ghigo. Sist. Eureka e AP en liña. Voto do Dr. López Mesa.

⁴⁷ Díez-Picazo Ponce de León, L. (1963) *op. cit.*, p. 209 e ss.

⁴⁸ López Mesa, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 518.

⁴⁹ Fueyo Laneri, F. (1990) *op. cit.*, p. 311.

⁵⁰ CNCom., Sala B, 27/8/03. Intermaco SRL vs. Lami, Raúl E. *La Ley* en liña.

A xurisprudencia vén esixindo para a aplicación da ferramenta que o acto estea revestido de certa solemnidade e que sexa expreso, non ambiguo e perfectamente delimitado, de forma que se defina inequivocamente a intervención e situación de quen o realiza, o que non pode predicarse dos supostos en que hai erro, ignorancia, coñecemento equivocado ou simple tolerancia⁵¹. É así que se o primeiro acto se achase viciado, sexa por erro, dolo, violencia, forza ou calquera outro vicio substancial, non podería pretendese a aplicación da doutrina dos actos propios⁵².

Isto, pois o CC arxentino –como case todos os demais– estableceu un sistema de anulación dos actos viciados e non podería indirectamente, por aplicación dunha doutrina pretoriana, facerse táboa rasa co devandito sistema e rematarse por validar actos viciados de forma grave. O acto viciado é nulo ou anulable, segundo o caso, mais o importante de salientarmos é que un acto viciado non pode ser o primeiro chanzo da escaleira que leva á doutrina dos actos propios⁵³. É este o criterio que sostivemos igualmente no noso voto da causa Pastor Neil vs. Ghigo⁵⁴.

d) A vontade orixinal, que se pretende contradicir logo, debeu ser libre

Con todo acerto, o Tribunal Supremo de España puxo moita énfase nas ideas de liberdade de acción, plenitude de vontade dos actores, non equivocidade do acto e determinación acabada dos seus efectos⁵⁵ como requisitos para o emprego desta doutrina. O acto propio vinculante debe ser válido e debe reunir os atributos propios dos actos voluntarios, discernimento, intención e liberdade⁵⁶.

⁵¹ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 31/1/95. Relator, Sr. Fernández-Cid de Temes. *Archivo La Ley* 1995, p. 397.

⁵² LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 117; LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 518.

⁵³ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 518.

⁵⁴ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/9/08. Pastor Neil vs. Ghigo. Sist. Eureka e AP en liña. Voto do Dr. López Mesa.

⁵⁵ «Son requisitos dos actos propios, entre outros, que sexan claros e explícitos, que fosen adoptados e realizados con plena liberdade e que causen ou poidan causar estado por iren dirixidos a crear, modificar ou extinguir un feito oposto». Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 19/6/92. Relator, Sr. Martín-Granizo Fernández. *Archivo La Ley* 1992, p. 3343.

⁵⁶ Véxase GÓMEZ, C. D. (2005) «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a la voluntad colectiva viciada de los ahorristas que recuperaron pesos» *La Ley Córdoba* agosto de 2005, p. 737.

Por tanto, como declaramos nun voto noso, fronte a un pagamento forzado non se aplica a doutrina dos actos propios, pois se o pagamento non é voluntario senón coactivo, inducido ou viciado, non se pode pretender extraer del unha intención autónoma, voluntaria e libre. Isto, porque sen vontade libre non hai acto propio, non hai nin sequera acto, posto que non hai intención, ao faltar un dos elementos dos actos voluntarios (cfr. art. 944 do CC arxentino)⁵⁷.

Baixo estes parámetros, resulta obvio que o acto realizado baixo presión non obriga⁵⁸, como tampouco vincula o acto obtido por violencia ou intimidación. Os xuíces, en presenza dun acto emitido baixo presión ou violencia, non poden considerar que se trata dun acto válido; e, sen validez do primeiro acto, non pode aplicarse a doutrina dos actos propios⁵⁹.

e) Debe darse a identidade dos suxeitos que actúan e se vinculan en ambas as condutas

Díxose que para ser aplicable a doutrina dos actos propios a un caso, cómpre, por último, que os suxeitos que interveñen e a aos cales lles afectan as dúas condutas, como emisor/a ou como receptor/a, sexan os mesmos⁶⁰.

Pola nosa parte, compartimos esta idea, porque cremos que normalmente esta doutrina se aplicará a situacións en que ambos os actos, a declaración de vontade orixinal –sexa expresa ou tácita– e o intento posterior de volver sobre ela, se

⁵⁷ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 29/7/2011. Calvo, Manuel e outros vs. Arjona, Fernando e outros s/ cumprimento de contrato. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

⁵⁸ Dixo a xustiza española acertadamente que o principio de dereito de que ninguén pode ir validamente contra os seus propios actos, cuxa infracción se alega, esixe para a súa virtualidade que o acto propio fose adoptado e realizado con plena liberdade de criterio e vontade non coartada, razón pola cal o devandito principio non pode alegarse cando o acto vén provocado pola conduta ou presión de quen pretende valerse en proveito propio de tal acto. Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 14/2/84. Relator, Sr. Fernández Martín-Granizo. *La Ley* 1984-2-833 (5168-R); véxase en idéntico sentido, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sec. 3.ª, 5/7/90. Relator, Sr. Rosselló Llaneras. *La Llei* 1991-1-658.

⁵⁹ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 122.

⁶⁰ FUEYO LANERI, F. (1990) *op. cit.*, p. 314.

produciron coa intervención dos mesmos suxeitos da relación xurídica. Ora ben, isto non é sempre esixible se entendemos que a identidade de suxeito debe darse inexorablemente en quen actúa de forma voluble, pretendendo cambiar o seu accionar⁶¹. É claro que non é este o suposto máis común; mais pensando un pouco poden visualizarse sen dificultade varios casos en que a doutrina pode aplicarse cun só suxeito en común entre dúas relacións.

Poñamos un exemplo que, no seu momento, coñecemos con motivo do noso labor como funcionarios xudiciais: un chofer de colectivos reclamou a unha empresa de ómnibus para a que traballaba unha indemnización por incapacidade laboral total, adquirida durante os anos de traballo, polos microtraumatismos repetitivos absorbidos pola súa columna debido ao deficiente amortecemento do vehículo e do seu asento, que lle produciran unha lesión irreductible na súa espiña dorsal. Tramitouse o xuízo, produciuse a proba, a pericia médica diagnosticou unha incapacidade laboral total e o suxeito percibiu unha indemnización de máis de douscentos mil dólares. Tres anos despois o mesmo chofer inicia un segundo xuízo contra outra empresa de ómnibus con idéntica formulación que a realizada anos atrás, coa «mala fortuna» de que o estudo xurídico que contestou a segunda demanda era o mesmo que patrocinara a primeira demandada, que advertiu a duplicidade de actuación e alegacións e realizou unha denuncia ao Tribunal de Disciplina do Colexio Profesional, sen resultados substanciais que saibamos.

Neste exemplo, perfectamente pode funcionar a doutrina dos actos propios para impedir, a quen realizou dúas alegacións incompatibles entre si en dous xuízos distintos, o exercicio de dereitos que contrarían a súa anterior conduta e alegacións. A falta de identidade do demandado de ambos os procesos non pode impedir a aplicación da doutrina, posto que isto implicaría tanto como premiar a mala fe, subministrando a quen non obra de boa fe ferramentas para enganar, manipular as formas republicanas, de xeito que puidese esgrimir utilmente formalismos vans para evitar que se lle apliquen os remedios que o dereito estruturou para tratar casos como o seu. É así que os actos que un dos contratantes leve a cabo cun terceiro non poden ser considerados un acto propio con eficacia a respecto de quen non actuou no primeiro, mais si forman parte da relación xurídica que se pretende afectar coa actuación voluble.

⁶¹ LÓPEZ MESA, M. J. (2008) *op. cit.*, p. 122.

Nun fallo encaixable nesta categoría considerouse improcedente a reclamación a causa de lucro cesante formulada pola rescisión dun contrato de distribución comercial, ao se probar que o actor mantivera tratos previos á ruptura cun competidor do comitente, e subscribira ao día seguinte da ruptura un novo contrato que lle permitiu incrementar as súas vendas, pois non se acreditou a arbitrariedade do distracto nin a existencia de ningún dano, e resultaba insuficiente a mera invocación dun prexuízo abstracto ou posible⁶². Vese aquí que un acto propio dun suxeito –o distribuidor– como iniciar tratos cun competidor do fabricante pode ser considerado un acto propio que veda o reclamo de danos do primeiro ao segundo, pese a que este non participou deses tratos.

Nun voto da nosa autoría tamén sostivemos que, como regra, para ser aplicable a doutrina dos actos propios a un caso os suxeitos que interveñen e aos cales lles afectan as dúas condutas deben ser os mesmos. No entanto, esta identidade non sempre é esixible, malia que a identidade de suxeito si debe darse inexorablemente en quen actúa en forma voluble, pretendendo cambiar o seu accionar. Para que se aplique a doutrina dos actos propios debe existir un eixe e ese eixe é a persoa que pretende cambiar de conduta⁶³.

Agregamos logo que o suxeito fronte a quen pretende cambiar de actitude non debe ser necesariamente o mesmo. A doutrina dos actos propios pode funcionar á perfección para impedir, a quen levou a cabo dúas alegacións incompatibles entre si en dúas sedes distintas, o exercicio de dereitos que contrarían a súa anterior conduta e alegacións. A falta de identidade dos destinatarios de ambas as condutas non pode impedir a aplicación da doutrina, posto que isto implicaría premiar a mala fe⁶⁴. Non son os supostos máis correntes, mais existen e deben ser adecuadamente tratados polos xuíces, que deben impedir que os pícaros saquen beneficio da súa malicia ou descaro.

O que se quixo demostrar é, simplemente, que a doutrina resulta aplicable cando ten por eixe a actuación voluble dunha mesma persoa en dúas relacións xurídicas con

⁶² CNCom., Sala A, 16/12/02. Fervet Opus SA vs. Massalín Particulares SA. *Doctrina Judicial* 2003-2-532.

⁶³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/6/2009. Bay, Luis Óscar vs. Moreira, Juan Carlos s/ indemnización por accidente de traballo. *La Ley* en liña. Voto do Dr. López Mesa.

⁶⁴ Ídem.

distintos destinatarios. O contrario implicaría un premio á malicia e ás dobreces de conduta con tal de que se empreguen a respecto de persoas diversas. A neutralidade ética desta proposición é indiscutible e por isto a desbotamos.

Con todo trátase de supostos excepcionais; normalmente para a aplicación desta doutrina requírese a identidade dos suxeitos participantes en ambos os actos, a declaración orixinal e o intento posterior de emendala. Por tanto, a doutrina resulta aplicable cando ten por eixe a actuación voluble dunha mesma persoa en dúas relacións xurídicas con distintos destinatarios.

f) A xuridicidade da primeira conduta

Ao elenco de requisitos expostos antes cabe agregarmos outro obvio como é a xuridicidade da primeira conduta que se pretende vinculante de quen logo intenta modificala. Isto así, se a primeira conduta está prohibida polo ordenamento xurídico, isto é, ben for antixurídica, ilícita ou inmoral, non haberá posibilidade de aplicar a doutrina dos actos propios, é dicir, a doutrina dos actos propios non pode aplicarse aos supostos considerados no art. 953 do CC. A regra *venire contra factum* constitúe un aforismo que se vincula ante todo coa imposibilidade de impugnar un negocio xurídico que se confirmou tacitamente, de onde deriva que non debe facerse xogar en supostos de actos inconfirmables. Ocorre que a doutrina dos actos propios non pode outorgar xuridicidade a un acto en disputa co artigo 953 do CC, non susceptible xa que logo de confirmación. De non aplicarse ese principio a convivencia entre dúas persoas ou a inadvertencia dunha virían ser a vía alternativa para que un acto nulo adquirise efectos⁶⁵.

Así mesmo, nunha sentenza da Sala A da Cámara Civil de Trelew, a través dun voto noso, deixouse sentado que o outorgamento dun primeiro acto en violación da normativa non implica un acto propio, xuridicamente relevante e plenamente eficaz, como esixe a nosa xurisprudencia para aplicar a doutrina dos actos propios⁶⁶. Agregamos no voto que «os actos propios non son froitos que crezan en

⁶⁵ Cám. Apels. Civ. e Com. de Neuquén, Sala 1.ª, 5/9/95. Sepúlveda, Rubén Alejandro vs. Guasti, Luz Marina s/ cobro executivo. Sist. Juba, sum. Q0001222.

⁶⁶ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 21/10/08. Bartels, M. P. vs. Municipalidade de Trelew s/ ordinario. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

terreos sementados de ilicitude ou que poidan pasar sobre valados normativos que impidan a conduta e lle quiten o seu carácter vinculante»⁶⁷.

Tamén se resolveu correctamente nun caso que non se pode tratar de obter un resultado favorable con fundamento nun acto ou nunha situación irregular cando desta irregularidade ou desta ilegalidade é culpable o mesmo individuo que trata de tirar o beneficio⁶⁸. Non pode eludirse que non existen actos propios, con virtualidade, en contravención da lei. A frase estereotipada que empregan os nosos tribunais ao falaren de actos propios e que esixe un primeiro comportamento xuridicamente relevante e plenamente eficaz, é evidente que non pode aplicarse a un primeiro acto que concede un dereito en contra do establecido por unha norma. Isto, porque alí non hai nin relevancia xurídica nin eficacia plena, e non se dan os requisitos para a aplicación da doutrina dos actos propios⁶⁹. Dito en palabras chas, é indubidable que os actos propios ilegais, antixurídicos ou inmoraís carecen de efecto vinculante, como se encargou de deixar sentado o Tribunal Supremo de España en diversas sentenzas cando o primeiro acto contraveu a normativa aplicable, por exemplo⁷⁰:

(...) a doutrina dos actos propios non pode aplicarse cando, a consecuencia dela, se creen situacións xurídicas, no ámbito do dereito público, que impidan a consecución do fin ou interese público tutelado por unha norma de dereito que, pola súa natureza, non é susceptible de amparar unha conduta discrecional por parte da Administración que permita a esta o recoñecemento duns dereitos e/ou obrigas que dimanen dos seus actos propios ou dos administrados; por isto, de sosterse a meritoria doutrina sen esa limitación, introduciríase nas relacións do dereito público administrativo o principio da autonomía da vontade como método ordenador das materias reguladas por normas

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ C. Nac. Com., sala B, 11/9/02. Megatendencias SA vs. Mercado a Término de Buenos Aires SA. *Jurisprudencia Argentina* 2003-II-síntese.

⁶⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 21/10/08. Bartels, M. P. vs. Municipalidade de Trelew s/ ordinario. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

⁷⁰ Tribunal Supremo de España, Sala 4.^a, 26/9/86. Relator, Sr. García Estartús, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi* 1986, p. 5994; Tribunal Supremo de España, Sala 3.^a, Sec. 3.^a, 15/10/91. Relator, Sr. Rouanet Moscardó. *Archivo La Ley* 1992, p. 7604; Tribunal Supremo de España, Sala 3.^a, Sec. 2.^a, 16/10/95. Relator, Sr. Rouanet Moscardó. *Archivo La Ley* 1995, p. 9466.

de natureza imperativa, cuxa causa e finalidade transcenden o interese particular dos suxeitos directamente afectados, sobre os que debe prevalecer o público, protexido polo principio de legalidade. Ora ben, este principio veríase conculcado se por disposición dos órganos da Administración ou dos particulares puidese modificarse a normativa reguladora dunha determinada relación sometida ao dereito público.

E tamén⁷¹:

Malia a doutrina dos actos propios ser aplicable no campo administrativo, tal aplicación resulta limitada como consecuencia da suxeición da Administración ao ordenamento xurídico, con independencia de calquera outra traxectoria anterior desviada daquel, pois doutro modo perpetuaríase tomando carta de natureza o estado de ilegalidade inicial.

3. A doutrina rexe, aínda que limitadamente, en temáticas de orde pública

Nun voto da nosa autoría dixemos que non é certo que nas materias en que rexe a orde pública non se poida aplicar nunca a doutrina dos actos propios. Si é certo que, nun dominio en que impera a orde pública, as partes non poden dispor de dereitos, mais tamén é indubidable que a doutrina dos actos propios ten dous diversos campos de aplicación: un é en materia de disposición de bens; e outro, simplemente, en materia de veda da volubilidade das alegacións⁷².

Se se admitise a curiosa postura da inaplicabilidade absoluta da doutrina dos actos propios nas temáticas de orde pública, neses ámbitos as partes poderían contradicirse abertamente, ir e volver alegremente pola liza, sen ningunha consecuencia, o que é un disparate⁷³. As temáticas de orde pública non son territorios en que os litigantes ou os suxeitos obrigacionais poidan deambular ao seu antollo, ora facendo afirmacións ou outorgando actos, ora desmentindo

⁷¹ Tribunal Supremo de España, Sala 3.ª, Sec. 6.ª, 5/10/95. Relator, Sr. Sieira Míguez. *Archivo La Ley* 1995, p. 388.

⁷² Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 16/03/2012. Gette, M.ª Beatriz vs. Casarosa, E. A. s/ invalidez de acordo extraxudicial de partición de bens da sociedade conxugal. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

⁷³ Ídem.

cos seus feitos posteriores o antes dito, ora contradicándose gravosamente ou pretendendo sacar vantaxe dunha afirmación mendaz anterior, efectuada nun instrumento público e en sede xudicial, nada menos⁷⁴. Tamén –e en especial– en temáticas de orde pública rexe o principio xeral da boa fe, que impide este tipo de marchas e contramarchas⁷⁵.

A doutrina dos actos propios veda a emboscada, a volubidade, a contradición dun suxeito obrigacional extraxudicialmente e dun suxeito procesual no foro. Por tanto, aínda en materia de cuestións de orde pública, conserva un ámbito de aplicación, xustamente en materia de alegacións, que impide ás partes contradicir abertamente os seus propios actos e declaracións anteriores⁷⁶. Así e todo, con independencia diso, é de rigor acoutar que a doutrina dos actos propios non é de aplicación cando de cuestionar actos iniciais de vontade inválida se trata. Sempre dixemos que non cabe apelar á doutrina dos actos propios cando se está a cuestionar a primeira conduta por padecer ela vicios substanciais acreditados, como erro, dolo, violencia ou lesión⁷⁷.

É así que non sendo as temáticas de orde pública cidades abertas onde caiba admitir calquera desatino ou argucia efectuados so pretexto do réxime de protección alí imperante, aínda que limitadamente, rexe nelas a doutrina dos propios actos. Disto se deriva que non existen valados insuperables que impidan a aplicación da doutrina dos actos propios en materia de dereito de familia, ou no foro laboral etc. Non son estes coutos de caza dos pícaros do foro. Claro que isto non é así para validar disposicións de dereitos vedadas polo ordenamento, si para impedir o aproveitamento do réxime protectorio ou tuitivo por parte dalgúns dos suxeitos procesuais, incluso os tutelados. Porque non debemos cansar de repetir que un réxime tutelar concede unha protección a unha persoa, mais non lle brinda nin coenxías nin un *bill* de indemnidade para actuar de calquera forma, incluso gravemente culpable ou dolosa.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem

4. A doutrina aplícase tamén, aínda que con limitacións, no foro laboral

Recentemente, nun caso curioso que nos tocou fallar como xuíces dunha cámara de apelacións (unha audiencia provincial, segundo a estrutura xudicial española), dixemos que non se axusta ao criterio axial da boa fe a conduta de quen asina un contrato de traballo, é dicir, un obreiro, pasa a cumprilo sen inconvenientes durante doce anos e logo, sobre a base de sofismas, pretende sacar vantaxe da súa resolución e inicia un preito absolutamente contrario aos seus actos anteriores e ao principio da boa fe, sen probar a existencia de vicios substanciais irreparables para el no acto primixenio⁷⁸.

No devandito pronunciamento puxemos en aplicación os criterios que viñamos sentando en anteriores votos nosos, que aplicaran a doutrina dos actos propios aos obreiros⁷⁹. En todos eles sostivemos que o principio reitor na materia é que a doutrina dos actos propios se aplica tamén, aínda que con limitacións, no foro laboral. Como derivación necesaria do principio xeral da boa fe que é, a doutrina dos actos propios serve en sede laboral, pois o contrario implicaría que o proceso laboral fose un campo onde a malicia non tería couto e as malas artes imperarían ás súas anchas, o que resulta inadmisibile.

Cabe puntualizarmos, ademais, que o criterio de que a doutrina dos actos propios se aplica «restritivamente» en sede laboral non é correcto. Funciona limitadamente, é dicir, en certos supostos, mais nestes aplícase sen ningún inconveniente e sen outras trabas. En concreto, a doutrina dos actos propios é de limitada aplicación aos obreiros en materia laboral sempre que o caso se encontre fóra do ámbito de protección do dereito laboral⁸⁰, por canto debe tratarse de dereitos libremente

⁷⁸ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 20/3/2013. Carrasco, Raimundo vs. Transportes Don Otto SA s/ diferenza de haberes e indemnización de lei. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

⁷⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 23/06/2011. Galman, Miguel Ángel vs. Redondo, Óscar e Redondo, Ricardo sociedade de feito s/ diferenza de haberes e indemnización de lei. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

⁸⁰ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 18/6/08. Viera vs. Línea 28 de Julio SCTTL; 23/02/2009. Veigueta vs. Cadena de Hoteles RH SA e outro; 24/06/2009. Currumil, Hugo Orlando vs. Zwenger, Jorge s/ cobro de pesos laboral. Todos en sist. Eureka, con voto do Dr. López Mesa

dispoñibles polos traballadores e sempre que se ache asegurada a liberdade da súa manifestación de vontade, o que non pode asegurarse no caso de que falamos a respecto de supostas declaracións que non se sabe se foron confeccionadas polo traballador –si asinadas por este– e tampouco se sabe se o seu contido non lle foi imposto, sen que puidese resistirse a asinalo dada a súa menor capacidade de discusión na relación laboral⁸¹.

En segundo lugar, non debe esquecerse que no dereito laboral «a hiposuficiencia económica transfórmase en supraprotección legal, de onde se se admitise a libre e incondicionada aplicación da doutrina dos actos propios –sen atrancos nin limitacións– en materia laboral, podería ser este o expediente máis cómodo para rabenar dereitos aos traballadores, pois abundaría con antepor ás súas reclamacións un “acto propio” anterior que contraveña as súas reclamacións posteriores»⁸².

Esta non é máis que unha derivación do principio de protección que impera no ámbito laboral. Ben dixo o profesor De Diego que «o principio protectorio é aquel que ten por fin amparar o traballador en virtude do desequilibrio que existe fronte á superioridade do empregador. (...). O principio protectorio é un dos elementos caracterizadores do dereito do traballo, que non só evidencian o desequilibrio entre as partes do contrato individual, senón que demostran o esforzo do lexislador por que aquelas diferenzas busquen un punto de equilibrio, que as neutralice»⁸³. E en palabras engalanadas, o profesor Humberto Podetti aseverou que «o principio protectorio, consistente nunha tutela preferencial a favor do traballador (Simi), tende “a nivelar desigualdades” (Plá Rodríguez), desigualdades de carácter social, económico e cultural, entre o traballador e o empregador, o que se traduce nun menor poder de negociación no primeiro deles»⁸⁴.

⁸¹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 24/06/2009. Currumil, Hugo Orlando vs. Zwenger, Jorge s/ cobro de pesos laboral. Sist. Eureka, voto do Dr. López Mesa.

⁸² DE DIEGO, J. A. (2002) *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Bos Aires, Lexis Nexis, p. 110. Véxase tamén Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 24/06/2009. Currumil, Hugo Orlando vs. Zwenger, Jorge s/ cobro de pesos laboral. Sist. Eureka, voto do Dr. López Mesa.

⁸³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 24/06/2009. Currumil, Hugo Orlando vs. Zwenger, Jorge s/ cobro de pesos laboral. Sist. Eureka, voto do Dr. López Mesa.

⁸⁴ Ídem.

Unha derivación do principio protectorio –e non das menos importantes– é o principio de primacía da realidade, que foi definido polo profesor Podetti nestes termos⁸⁵:

Como consecuencia simultánea da boa fe, da desigualdade entre as partes, do repudio á fraude e á simulación de ilícitos, e da interpretación racional da vontade das partes de acordo coa cal é o negocio xurídico laboral que concertaron, configúrase o principio da primacía da realidade. Este principio «significa que en caso de discordancia entre o que ocorre na práctica e o que xorde de documentos ou acordos, debe darse preferencia ao primeiro, é dicir ao que sucede no terreo dos feitos» (Plá Rodríguez). A consecuencia práctica é que, comprobada a inadecuación documental ou contractual á realidade da relación laboral de que se tratar, son de directa aplicación as normas imperativas que a rexen, a despeito da que se aparentou.

Ora ben, o antes exposto non significa que os obreiros poidan actuar como lles praza nin ir e vir impavidamente polo proceso laboral ou vulnerar abertamente o principio de boa fe. Isto é inaceptable⁸⁶.

Aplicamos a doutrina dos actos propios, por exemplo, nun caso curioso en que unha persoa que fora empregada dunha empresa de transportes acordara con esta en 1997 o pagamento dunha indemnización por despedimento, e fixera homologar o convenio ante a autoridade administrativa do traballo. Logo asinara un contrato de explotación, polo cal ela e un familiar se facían cargo da explotación para esa compañía dun vehículo de pasaxeiros. Este convenio cumpríuse sen inconvenientes durante doce anos, pasados os cales e ante as dificultades económicas que sobreviñeron á actividade da transportista, esta presentouse en concurso preventivo, ao cal concorreu o antigo empregado, que verificou un crédito sobre a base do contrato de explotación que viña cumprindo desde facía doce anos. Logo do concurso, en 2009, o suposto operario presentouse en sede laboral e reclamou que se lle pagase unha indemnización por despedimento e diferenzas salariais, derivadas dunha suposta fraude á lei que sufrira de parte da patronal, que cometera actos de enmascaramento da relación laboral cunha fachada comercial.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Cfr. LÓPEZ MESA, M. J. (2013) «La doctrina de los actos propios, su alcance, sus presupuestos y sus requisitos de aplicación» *Revista Jurídica Thomson Reuters* 1(5), p. 23 e ss.

Rexeitamos este intento de aproveitamento dunha situación consolidada polo tempo, pois entendemos que o obreiro asinara dúas veces en presenza de autoridades públicas e no marco de expedientes –un administrativo e un xudicial– actos que ían en sentido contrario coa pretensión de logo dar lugar á reclamación. En primeiro termo, subscribiu en sede administrativa ante a autoridade do traballo un convenio conciliatorio en virtude do cal cobrou unha indemnización por despedimento, que foi homologada no ano 1997. En segundo termo, mais non menos importante, presentouse nun concurso preventivo da demandada e verificou un crédito seu esgrimindo o contrato comercial que logo pretende deixar sen efecto, para retrotraer a situación aos seus anos de empregado. É dicir, que o actor de autos inequivocamente e en condicións de absoluta liberdade, estando preservada a súa liberdade de exteriorización da vontade, admitiu dúas veces a finalización do contrato de traballo, polo que non podía logo pretender volver cobrar unha indemnización derivada del. Por outra parte, o reclamante polos seus feitos concluíntes puxo en execución, durante doce anos, ese contrato comercial sen exteriorización de desconformidade ningunha, pasando logo sen solución de continuidade a pretender resolvelo e sacar del proveito, o que é inaceptable desde todo punto de vista⁸⁷.

Ademais, tratábase de dereitos libremente dispoñibles, como son o acordar unha indemnización por despedimento, homologada pola autoridade administrativa, e, logo, pactar unha vinculación comercial coa antiga patronal que non pode doce anos despois pretender resolverse para volver ao estado anterior. Quen se desvincula de xeito acordado en sede administrativa, sen invocar nin probar vicios substanciais da súa vontade nin estafas procesuais, non pode logo volver sobre os seus propios actos anteriores para reclamar dereitos fenecidos nese acto consensual homologado.

Tamén aplicamos este criterio reitor da doutrina dos actos propios noutra causa en que un actor sostiña unha plataforma fáctica de reclamación que se contraponía con toda clareza co que el propio testemuñara en dúas causas anteriores con

⁸⁷ Cám. Apels. de Trelew, Sala A, 20/3/2013. Carrasco, Raimundo vs. Transportes Don Otto SA, s/ diferenza de haberes e indemnización de lei. Exped. 488, ano2012 CAT. Sist. Eureka.

compañeiros seus de tarefas como actores⁸⁸. Dixemos alí, ante a queixa do apelante pola aplicabilidade ao seu caso da doutrina dos actos propios, que lonxe de ser caprichoso o proceder do xuíz apelado ao aplicala, salvagardara o principio da boa fe nesta causa, evitando unha sonora contradición con actuacións e declaracións anteriores do aquí actor, daquela testemuña.

Agregamos logo que da lectura da demanda de autos e das declaracións do actor nas dúas causas distintas anteriores, en que actuara como testemuña e baixo xuramento de dicir a verdade, se colixía que este deixara escritas e asinadas declaracións que se contraponían frontalmente coas afirmacións procesuais fundamentais realizadas nesta causa e en que sustentaba a súa reclamación. Non é algo para tomar en broma nin para non ter en conta amablemente⁸⁹. Sería do todo incomprendible, desde un punto de vista ético, aceptar tal contradición, porque implicaría facer táboa rasa con toda idea de boa fe, de moralidade e de bos costumes no proceso laboral, o que non pode facer abertamente a un lado normas luminosas como os arts. 953 e 1198 do CC arxentino –a última delas equiparable ao art. 7.1 do CC español–, que son como soles que iluminan o ordenamento xurídico por enteiro.

En casos tales, o conflito ou a contraposición entre os ditos anteriores e as actuais pretensións torna subxectivamente improponíble a pretensión dun suxeito que contraríe a súa conduta anterior. A contramarcha, o proceder nesgado, a reticencia, non proceden nunha conduta proba nin permiten ter por cumprido o deber de actuar de boa fe que pesa sobre os suxeitos dun contrato de traballo. Así o expresou o mestre Carlos de la Vega Benayas⁹⁰

(...) o Código civil é claro ao dicir que os dereitos deberán exercitarse conforme ás esixencias da boa fe. Formula aquí, en forma de mandato, un postulado de ética social, un deber de comportamento conforme á moral social imperante, vixente. Un postulado

⁸⁸ Cfr. C. Apels. Trelew, Sala A, 23/06/2011. Galman, Miguel Ángel vs. Redondo, Óscar e Redondo, Ricardo sociedade de feito s/ diferenza de haberes e indemnización de lei. Exped. 98, ano 2011 CAT. Sist. Eureka e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ DE LA VEGA BENAYAS, C. (1976) *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*. Madrid, Cívitas, p. 249.

de moral xeral que, ao interferir nas relacións xurídicas, adopta a formulación dun principio xeral de dereito, o da boa fe, aplicado segundo as regras da tópica, é dicir, conforme ás esixencias do caso ou problema e á concorrencia nel de circunstancias morais ou da ética imperante: honradez, rectitude, dilixencia, ausencia de dolo ou mala fe, cooperación, consideración do próximo, como *topoi* reguladores ou informadores.

A boa fe é unha regra de conduta «que esixe ás persoas de dereito unha lealdade e unha honestidade que exclúa toda intención maliciosa. É unha norma de comportamento que debería ser apreciada *in abstracto*; é unha boa fe-lealdade que o dereito positivo impón nas relacións contractuais e extracontractuais»⁹¹. Comporta, daquela, unha serie de obrigas que se tornan esixibles segundo as circunstancias e a natureza da actuación do suxeito. O principio xeral da boa fe sempre esixe unha actuación honesta, ben intencionada, mais esta obriga desdóbrase na obriga de información á contraparte sobre aspectos esenciais do negocio para subscribir, a obriga de non actuar de forma reticente, é dicir, silenciando aspectos centrais que afectan ao consentimento prestado, a obriga de non contravir con feitos as declaracións ou actuacións anteriores, a obriga de non defraudar unha confianza ou aparencia xerada etc.

O principio xeral da boa fe non constitúe un puro elemento dun suposto de feito normativo, senón que xera unha norma xurídica completa, que ademais se eleva á categoría dun principio xeral de dereito; todas as persoas, todos os membros dunha comunidade xurídica deben comportarse de boa fe nas súas relacións recíprocas, lealmente non só na fase previa, senón tamén no desenvolvemento das relacións xurídicas xa constituídas entre eles⁹². Así, no noso sistema legal, o principio xeral da boa fe posúe un alcance absoluto e irradia a súa influencia en todas as esferas, en todas as situacións, en todas as relacións xurídicas.

⁹¹ IVON LOUSSOUARN, M. (2004) «La buena fe» en VV. AA. *Tratado de la buena fe en el derecho*, tomo II. Bos Aires, La Ley, p. 9.

⁹² Voto do Dr. Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84. Vall de Alonso, Ester vs. Círculo de Persoal Subalterno da Policía de Jujuy e outra. *El Derecho* 109-165; CNCóm., Sala B, 5/2/99. Zunghiri, H. J. vs. Sánchez, Carlos e outros. *La Ley* 1999D-193 e *Doctrina Judicial* 19992127.

Isto, ao punto de que ninguén pode facer valer dereitos que contraveñan o devandito principio. É que o art. 1198, inc. 1.º, do CC lexisla a boa fe con contido xeral, para constituír unha norma-eixe de todo o sistema⁹³.

Ademais, no terreo laboral, a devandita manda está reforzada por unha norma específica, a Lei de contrato de traballo arxentina, que no seu art. 63 establece que «as partes están obrigadas a obrar de boa fe, axustando a súa conduta ao que é propio dun bo empregador e dun bo traballador, tanto ao subscribir, executar ou extinguir o contrato ou relación de traballo». A frase empregada nesta norma é plenamente aplicable neste caso a respecto da obriga do actor de axustar a súa conduta ao que é propio dun bo traballador ao extinguir o contrato ou a relación de traballo; a fórmula legal é clara, no sentido de que se esixe do traballador –e do patrón– un proceder irreprochable no desenvolvemento e finalización do vínculo laboral.

A norma non autoriza a conduta voluble, as idas e vindas, as dilacións, os cambios de opinión e de conduta, que de comprobarse permiten asignar ao suxeito voluble un comportamento reprochable, que lesiona o principio xeral da boa fe e unha derivación súa, a doutrina dos actos propios. Así, a inadmisibilidade de ir contra os propios actos constitúe tecnicamente un límite do exercicio dun dereito subxectivo ou dunha facultade derivada do principio de boa fe, e particularmente da esixencia de observar, dentro do tráfico xurídico, un comportamento coherente⁹⁴. En palabras engalanadas⁹⁵:

(...) a doutrina do acto propio importa unha limitación ou restrición ao exercicio dunha pretensión. Trátase dun impedimento de «facer valer o dereito que noutro caso podería exercitarse». O obstativo apóiase na ilicitude material –infrínxese o principio

⁹³ Cám. 1.ª CC La Plata, Sala II, 28/2/91. Parras, Óscar A. vs. Viviendas Los Ángeles. *La Ley* 1991-E-452.

⁹⁴ CNFed. Contadm., Sala V, 31/3/97. Achar, Estela –acumúlase a Álvarez e outros vs. Ministerio de Economía e de Obras e Servizos Públicos. *La Ley* 1998-C-394; en similar sentido, Cám. Apel. Concordia, Sala CC III, 8/4/99. Álvarez, Carlos A. e outro vs. Osengar, Jaime. *La Ley* 2000-C, 929 (42.773-S) e *La Ley Litoral*, 2000-233; en similar sentido, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sec. 3.ª, 16/9/92. Relatora, Sra. Rigo Rosselló, *La Ley* 1993-1-659; LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 101 e ss.

⁹⁵ MORELLO, A. M. e STIGLITZ, R. S. (2004) «Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia» *Doctrina Jurídica* 2004-II-1241.

de boa fe– da conduta ulterior en contradición coa que a precede. E trátase dun suposto de ilicitude material que repousa no feito de que a conduta incoherente contraría o ordenamento xurídico, considerado este inescindiblemente (...).

E malia ser certo que a doutrina dos actos propios non pode invadir o terreo do principio de protección en materia laboral, tamén o é que o territorio deste non abrangue todo o ámbito do contrato de traballo. Soster o contrario implicaría extralimitar de xeito patente o raio de xiro do principio protectorio até convertelo nun multipropósito, nun comodín, nun leito de Procusto en que pode acomodarse calquera caso laboral, o que dista unha enormidade do seu correcto entendemento.

O principio de protección non ten por finalidade constituír unha escusa para desculpar calquera tipo de contramarchas, contradicións ou mesmo actos de malicia dos traballadores. Que os traballadores sexan a parte máis feble dunha relación contractual non significa que poidan facer comodamente a un lado o principio xeral da boa fe ou liberarse de todo límite, de toda atadura, de todo deber de corrección. Doutro modo, o principio protectorio sería a única institución do dereito laboral, pois ningunha outra podería opoñerse, o que constitúe un desatino soste e, ademais, contraría a lei, a xurisprudencia de prestixiosos tribunais e a doutrina legal vixente.

Por caso, a evidente contradición do traballador de, por exemplo, presentarse a un concurso de acredores a pedir a verificación dun crédito seu con base nun contrato comercial de explotación, védalle, péchalle o paso á pretensión posterior de anular ese contrato e obter unha vantaxe moi considerable en diñeiro, a partir desa voluble tentativa. Cabe tamén referirmos algúns parágrafos dun inspirado traballo doutrinal chileno de Irureta Uriarte, en que se expresou o seguinte⁹⁶:

O dereito do traballo, en tanto disciplina xurídica, participa dunha orde maior en que a Constitución se alza como garante de todo o sistema. Nesta perspectiva, o ordenamento laboral participa e nítrese de todos aqueles principios xerais que informan o dereito, cuestión que lle permite ratificar o seu carácter esencialmente xurídico. Ao

⁹⁶ IRURETA URIARTE, P. (2011) «Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno» *Revista Ius et Praxis* 17(2), pp. 134-135.

formar parte dun sistema normativo maior, inevitablemente as institucións laborais enfróntanse ás tensións derivadas da aplicación dos principios xerais e a súa relación coas particularidades da disciplina (...) [e] a boa fe constitúe un principio xeral do dereito e que, en tal condición, resulta aplicable a cada disciplina xurídica. Mais alén diso, a boa fe está incorporada na propia normativa laboral e na estrutura propia do contrato de traballo, e as súas directrices son predicables tanto do traballador como do empregador. Velaquí que o cumprimento das obrigas de ambos os contratantes se encontre imbuído deste principio. Aínda cando a soa evocación da boa fe ten unha inconfundible vinculación cos conceptos xurídicos indeterminados, o certo é que este principio encerra unha interpretación ampla que o converte nun decisivo instrumento de integración de todo o ordenamento legal. En virtude da boa fe, o sistema xurídico logra plasmar valores xerais que modalizan a conduta dos contratantes e inspiran a aplicación de toda a súa normativa. (...)

A boa fe é un principio xeral do dereito que, no ámbito laboral, atopa especial aplicación na figura do contrato de traballo. A boa fe é predicable tanto para o traballador como para o empregador, e verificase nos estadios previos á contratación, durante o desenvolvemento mesmo do contrato, así como no momento da extinción. (...)

(...) a estrutura do contrato de traballo presupón a existencia da boa fe. Sen ela, os contratantes estarían obrigados a regulalo todo, xa que sempre se estaría baixo a sospeita de que un actuar contrario ao *iter* negocial carece de mecanismos correctores. Sen a boa fe, a regulación legal remataría por ser sobreabundante, pretendendo anteporse a calquera hipótese que se desviase dun cumprimento contractual conforme aos criterios da lealdade e a corrección. Por isto, en materia laboral, a boa fe contractual ten plena cabida. (...)

(...) a boa fe termina facendo referencia a valores tradicionais e esenciais do ordenamento xurídico, como son a confianza, a lealdade, a honradez ou a rectitude dos contratantes. Aínda que o Código do traballo non contén un catálogo sistemático de referencias á boa fe, na práctica moitas das súas regulacións deixan en evidencia un fondo regulador fundado precisamente neste principio. Tendo presente o carácter contractual do vínculo laboral, a orde normativa asume a boa fe como un elemento indispensable que permite asegurar que o contrato de traballo discorrerá baixo os parámetros que o mesmo ordenamento prefigurou. Nalgúns casos, o devandito ordenamento optou por formalizar a boa fe en figuras específicas que considera esencial plasmar co obxecto de evitar a arbitrariedade no cumprimento dos deberes contractuais. Noutros casos, aínda cando puidese existir silencio normativo, o ordenamento asume que as eventuais vaguidades ou ambigüidades das súas normas atopan contención neste principio xeral. Por certo, na maior parte das hipóteses, o Código regula as figuras laborais desde a óptica da boa fe obxectiva; mais isto non impide que tamén se haxa referencias a supostos típicos de boa fe subxectiva... [Así,] atendida a relevancia que ten a boa fe no dereito de obrigas, non cabe dúbida de que unha das manifestacións máis significativas do principio se produce precisamente no ámbito do contrato individual de traballo. (...)

A xurisprudencia invocou as esixencias da boa nunha serie de figuras laborais. Basicamente, empregouse como unha ferramenta de corrección no exercicio dos dereitos subxectivos. Isto expresouse, por exemplo, no recoñecemento dunha responsabilidade derivada do inxusto receso dos tratos iniciais, na quebra da confianza lexítima ou no exercicio contraditorio dunha posición xurídica, no abuso da nulidade por motivos formais, na anulación de actos abusivos, na prohibición do poder formativo de resolución se o cumprimento foi substancial, na aplicación da teoría dos actos propios, na prohibición de invocar abusivamente a excepción de contrato non cumprido, en accionar xudicialmente para esixir algo que o mesmo demandante debe restituír por outro motivo, ou ben nos casos de atraso desleal no exercicio dun dereito. O uso xurisprudencial destas ferramentas deixou ao descuberto unha rica casuística, que obriga a delimitar as figuras propias do ordenamento laboral. Tamén axudou a resolver as naturais tensións que se producen entre principios xerais e particularidades da disciplina. A aplicación da boa fe no ámbito laboral non pode facer esquecer as regras e directrices propias desta rama xurídica, que obrigan a ter en conta as maiores esixencias de trato correcto e leal entre os suxeitos do contrato de traballo. O anterior non pode levar en ningún caso a descoñecer a idea preliminar de que o dereito do traballo é unha disciplina xurídica que participa dun sistema xurídico maior que se valida á volta dos principios e valores que emanan da Constitución. (...)

A boa fe estrutura deberes recíprocos para os suxeitos do contrato de traballo. Estes discorren en toda a órbita do *iter* contractual, desde os tratos preliminares, a subscripción do contrato preparatorio e/ou definitivo, o cumprimento do contrato e incluso nas relacións poscontractuais. Na súa aplicación, a boa fe non só é recíproca, senón que tampouco admite graos, xa que non resulta factible que nun caso se poidan esixir maiores deberes de boa fe e noutros non. Por isto, debemos concluír que a boa fe non pode ser obxecto de graduación numérica ou proporcional, toda vez se actúa ou non se actúa baixo o imperio da boa fe.

Non se pense que o citado autor chileno é un extremista, nin que a súa achega é singular ou carece doutros cultivadores que a sigan. Pola contra, trátase da tesitura correcta e así, en similar sentido, díxose en España a respecto do art. 7.1 do Código civil, equiparable ao art. 1198 do CC arxentino⁹⁷:

(...) ten vocación case constitucional e aplicación xeral, é unha norma que no seu profundo sentido obriga á esixencia no exercicio dos dereitos dunha conduta ética

⁹⁷ CONDE MARÍN, E. (2007) *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid, La Ley, p. 233.

significada polos valores da honradez, a lealdade, a xusta repartición da propia responsabilidade e o atemento ás consecuencias que todo acto consciente e libre pode provocar no ámbito da confianza *allea*. Ao mesmo tempo, coa devandita norma introdúcese un elemento flexibilizador ou de moderación da relación contractual e dos débitos mutuos, de maneira que non veña lesionado o interese do acreedor a ser satisfeito, ou do debedor a non sacrificarse alén do razoable. Trátase, en suma, dun módulo de conduta que funcionaliza as posicións de esixencia e suxeición, de modo que os intereses das partes se compatibilicen harmonicamente.

É así que a boa fe é inequivocamente aplicable ao contrato de traballo, ao seu inicio, ao seu desenvolvemento e á súa extinción. E non obra de boa fe, ou cando menos non o fai cumprindo de forma cabal as súas esixencias, quen quere cambiar as regras do xogo logo de aceptar durante doce anos unha determinada situación, e pasar sen solución de continuidade a impugnar os seus actos anteriores sen probar a existencia de vicios substanciais neles, pretendendo sacar vantaxe do cambio de postura. Isto resulta inaceptable, á luz do principio xeral da boa fe, no seo do contrato de traballo ou fóra del.

5. Limitacións da doutrina dos actos propios

Non cabe realizar unha aplicación desta doutrina que eluda as súas limitacións esenciais e inmanentes, pois isto constituiría unha desnaturalización antes que o seu uso atinado. Non poden, así, evitarse os límites desta ferramenta; os principais son os seguintes:

a) A prohibición de volver sobre actos anteriores non constitúe unha regra absoluta

Non cabe soste, en materia de ideas xurídicas, verdades absolutas, regras inamovibles, aplicadas en toda situación, nin pode quen se considere un/ha xurista ser devoto/a de modas pasaxeiras. As modas son incompatibles coas ideas se estas son firmes e están ben asentadas. No entanto, moitas regras que até onte parecían definitivamente consolidadas, baseadas en certezas irrefutables, convertéronse co cambio dalgunhas circunstancias en antigallas, en pezas de museo. A realidade –sempre cambiante e sorprendente– moitas veces produce, en terminoloxía grata

a Karl Popper, a «falsación» dunha idea demostrando todo o que de precario ou provisional tiña.

Xa que logo, a prohibición de variar de comportamento non debe ser aplicada de forma rixida, nin antisocial, nin moito menos automaticamente, sempre que existir unha contradición entre dous actos⁹⁸. Como dixemos nun libro noso, «toda regra xurídica debe admitir unha aplicación flexible, so pena de xerar iniquidades en casos concretos baixo a aparencia dunha perfecta formulación xeral»⁹⁹; esta idea e a frase que a contén foi seguida de xeito textual pola Excma. Cámara de Apelacións de Mar del Plata, que a fixo súa nun fallo¹⁰⁰. Porque cremos que, como postulaba Benjamin Cardozo¹⁰¹, moi contadas regras posúen unha firmeza e aptitude tales que eviten que algún día poidan ser chamadas a render contas da súa existencia como medios adaptados para lograr un fin estimado valioso, parécenos perniciosa a idea de perpetuidade e inmutabilidade que algúns –de maneira errónea– atribúen a un ou outro instituto xurídico.

Utilizando unha intelixente observación de Horacio Rosatti, poremos como paradigma desa flexibilidade e esa relatividade, consubstanciada necesariamente coas ideas xurídicas, «a regra de chumbo dos arquitectos lesbios que se adapta á forma da pedra e non é rixida»¹⁰², que nos semella válido para todo estándar. O *venire contra factum* non debe ser aplicado ilimitadamente nin con calquera obxecto. Trátase dunha teoría valiosa que debe ser empregada dentro do seu marco, sen retraerse nin excedelo. E non pode utilizarse de xeito irreflexivo nin para calquera cometido, porque constitúe unha ferramenta flexible e non un fluído

98 Véxase LÓPEZ MESA, M. J. (1997) *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Bos Aires, Depalma, p. 113; e en igual sentido e con cita da nosa obra, AZVALINSKY, A. M. e SCAGLIA, G. A. «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperaron pesos» *Jurisprudencia Argentina* 2003-II-1278.

99 MESA, M. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 172.

100 Cám. 1.^a Civ. Com. Mar del Plata, Sala 2.^a, 18/11/2010. Verdaguer Ortega vs. Polini. Sist. Juba, sum. B1404682.

101 CARDOZO, B. (1947) *Selected Writings*. Nova York, Fallon Publications, p. 133 e ss.

102 ROSATTI, H. (s. a.) «Verdad jurídica objetiva, equidad mal entendida y sentencia arbitraria» *El Derecho* 104, p. 828.

que se adapte a todo continente¹⁰³. Coincidimos de novo con Rosatti en que non deben usarse as normas abertas como remedios froito da desesperación¹⁰⁴.

b) Obstáculos substanciais á aplicación da doutrina

A xurisprudencia dos tribunais arxentinos puxo sempre de relevo a nota de patrimonialidade ao aplicar a doutrina do *venire contra factum*, afastando esta asemade do ámbito dos dereitos extrapatrimoniais. De acordo con isto, os nosos tribunais declararon inaplicable a doutrina dos actos propios ou a súa similar da aceptación sen reservas dun réxime xurídico a casos tales como estes:

- 1) A revisión dun dereito a que a Constitución nacional lle confire carácter de irrenunciable; resultaría irrazoable aplicar a teoría dos propios actos para denegar a revisión dun dereito a que a Constitución nacional arxentina lle confire carácter de irrenunciable¹⁰⁵. O principio é simple: a quen non pode renunciar expresamente a un dereito non lle é aplicable –en principio– a doutrina dos actos propios, dado que non se pode realizar de maneira tácita o que non é admisible de forma expresa¹⁰⁶.
- 2) Aqueles en que o primeiro acto versase sobre unha cuestión de orde pública, indispoñible para as partes¹⁰⁷.

¹⁰³ LÓPEZ MESA, M. J. (1997) *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴ ROSATTI, H. (s. a.) *op. cit.*, p. 828.

¹⁰⁵ Véxase Corte Suprema de Xustiza da Nación, causa G. 218. XXIV, 01/10/92. Guinot de Pereira, Blanca Marcelina vs. Instituto Municipal de Previsión Social; en igual sentido, CNFed. Cont-adm, Sala II, 1/3/994. Morales, Guido vs. Estado Nacional. *La Ley* 1995-A-103 e *Doctrina Judicial* 1995-1-676.

¹⁰⁶ Naqueles supostos en que o axente non tivese liberdade de decisión non cabe aplicarlle a doutrina dos actos propios, xa que o seu accionar non é voluntario. Cfr. Corte Suprema de Xustiza da Nación, 28/6/88. Graduados en Ciencias Económicas Asoc. Coop. de Servicios Prof. Ltda. vs. Consejo Prof. de Cien Ec. da Cap. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ rec. art. 11 da Lei 20.476. Fallos 311:1132.

¹⁰⁷ O ofrecemento a embargo de bens que integran o enxoval doméstico carece de relevancia, dado que non é admisible acordar tal efecto nunha materia que domina a orde pública. A doutrina que veda contradicir os propios actos, expresión do principio de boa fe, impide un obrar contraditorio con outro anterior xuridicamente relevante, e no caso que nos ocupa, a dación a embargo non é relevante. Cám. 1.ª CC Bahía Blanca, Sala 2.ª, 18/4/91. Industrias Metalúrgicas Ricdan SRL vs. Club A. San Lorenzo e outro. Sist. Juba, sum. B1200030.

- 3) Aqueles onde estivesen comprometidos intereses de menores, cuxa tutela é a finalidade permanente de toda esta clase de procesos¹⁰⁸.
- 4) Aqueles en que se debatesen aspectos vinculados con garantías instituídas en salvagarda de dereitos fundamentais¹⁰⁹.
- 5) Aqueles casos en que a aplicación da doutrina dos actos propios contraveña unha norma expresa¹¹⁰ ou un réxime xurídico específico, como o referido ao pagamento do indebido¹¹¹. Doutro modo, unha doutrina de creación pretoriana podería ter o efecto notable de derrogar implicitamente normas e réximes legais que autorizan a cuestionar actos anteriores viciados.
- 6) Cando o acto vinculante fose un acto prohibido pola lei¹¹².

¹⁰⁸ A Corte Suprema de Xustiza da Nación resolveu nun caso deixar sen efecto a sentenza que non considerou un dato esencial como é o tempo transcorrido desde o comezo da garda do menor nunha etapa de particular transcendencia para a súa formación invocando o principio *nemo auditur quod propriam torpiditatem allegans*, xa que o alcance que corresponde acordar ao devandito principio en asuntos de natureza extrapatrimonial e onde non se atopa unha relación xurídica bilateral, debe permanecer indubidablemente subordinado ás esixencias propias do interese do menor, cuxa tutela é non só motivo da inserción xudicial, senón a finalidade permanente de toda esta clase de procesos. Corte Suprema de Xustiza da Nación 8/6/89. Soler, Silvio Fabián e outros s/ art. 8 da Lei 4664. Fallos 312-869.

¹⁰⁹ A doutrina segundo a cal o sometemento voluntario a un réxime xurídico sen reserva expresa obsta a súa ulterior impugnación con base constitucional non debe entenderse aplicable a aquelas garantías instituídas en salvagarda de dereitos vinculados directamente co estatuto persoal da liberdade. Corte Suprema de Xustiza da Nación, 29/6/89. Cnel. Horacio P. Ballester e Cnel. Augusto B. Rattenbach interpoñen rec. de hábeas corpus en favor do Cnel. José Luis García. Fallos 312-1082.

¹¹⁰ A regra de xurisprudencia segundo a cal o cumprimento voluntario e sen reservas dunha norma é unha actitude a que cabe asignar o carácter dunha renuncia non pode prevalecer de ningún modo contra unha prescrición normativa que dispoña, inequivocamente, o contrario. Corte Suprema de Xustiza da Nación, 1/10/91. Medefin SA Compañía Financiera vs. DGI. Fallos 314-1175.

¹¹¹ Ben xulgou a maxistratura española que debe rexeitarse a posibilidade de que o simple pagamento do indebido mereza a conceptualización de acto propio no sentido xurisprudencial, que vincule o *solvens*. Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 17/6/95. Relator, Sr. Ortega Torres. *La Ley* 1995-3-617 (16997-R).

¹¹² Nun fallo español díxose con tino que a doutrina dos actos propios resulta inaplicable cando se trata de actos xurídicos nulos de pleno dereito, incapaces de ser validados ou emendados por actividades dos suxeitos intervinientes. Tribunal Supremo de España, Sala 6.ª, 15/7/86. Relator, Sr. Moreno Moreno. *Repertorio de Jurisprudencia* de Aranzadi 1986, p. 4149.

- 7) Cando por calquera motivo a índole dos dereitos debatidos os colócase fóra do ámbito da dispoñibilidade das partes¹¹³.

O que fixeron a Corte Suprema de Xustiza da Nación e os tribunais superiores é afastar os actos propios da idea de extrapatrimonialidade, ou o que é o mesmo, excluír os dereitos cargados cunha forte tinteura axiolóxica da dispoñibilidade das partes. Obvio é que se as partes non poden dispor deles ou negocialos, cedelos ou renunciar a eles, menos aínda pode considerarse que se renunciou a eles tacitamente, a través da doutrina dos actos propios ou, o que é igual, verse impedido o seu exercicio. Porén, isto tampouco habilita os suxeitos protexidos para pretenderen logo sacar vantaxe da súa situación, en detrimento dos que foron enganados por eles, buscando obter réditos indebidos dunha norma de protección.

c) Non debe aplicarse cando o cambio se acha autorizado pola normativa

Ben se resolveu que a doutrina dos actos propios ten carácter residual, e non pode por tanto invocarse cando a lei prevé unha solución expresa para a conduta que despois resultará obxectivamente contraditoria, sexa impedíndoa ou permitíndoa, nin cando a variación desa conduta está xustificada polas circunstancias do caso¹¹⁴. En certos casos, razóns de fundamento aconsellan admitir a volubidade ou o cambio de actitude ou pretensión dun/ha axente, sempre que isto apareza debidamente xustificado ou, aínda que así non o fose, cando o cambio de actitude se ache autorizado polo lexislador, de acordo con razóns de política lexislativa de rango preferente á coherencia. Un exemplo de manual nesta temática constitúe a facultade que o ordenamento xurídico arxentino concede á persoa doadora dun órgano de arrepentirse da súa manifestación de vontade de doar até o instante previo á ablación. Estando en xogo a integridade física, ese valor é prevalente ao da coherencia no actuar.

¹¹³ Ben se dixo que a doutrina dos actos propios é inoperante para conseguir alterar a natureza de relacións xurídicas alleas á libre disposición das partes e obter, por tanto, resultados prohibidos polo ordenamento xurídico. Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, Sala do Social, 20/2/90. Relator Sr. Bermúdez Ochoa. *Revista Relaciones Laborales* 1990-1-892.

¹¹⁴ Suprema Corte de Bos Aires, 22/2/2012. Complexo Urbanístico Docente I Simple Asociación Civil vs. Di Giulio. Sist. Juba, sum. B3901546.

As razóns que poden levar un lexislador a autorizar estes cambios de comportamento son variadas e ocupan o extenso territorio onde impera o principio de moralidade, para evitar que alguén saque partido indebido do deber de coherencia, ou pretenda edificar un dereito nunha lameira ética. Agudamente decidiu a Suprema Corte de Bos Aires que a aplicación da doutrina dos actos propios require, entre outros elementos, que a conduta previa en que se apoie sexa lexítima, xa que o dereito se reputa coñecido e ninguén pode, por isto, invocar a confianza en actos ilegais do Estado. Esta doutrina non é opoñible cando a incoherencia da actuación administrativa obedece ao intento de corrixir ou descoñecer unha anterior violación legal, xa que necesita basearse nunha conduta inicial válida¹¹⁵.

Logo, a veda da doutrina esténdese por outros confíns onde se aplican criterios de solidariedade prevalentes, como considerar pagamento a conta todo o percibido polos traballadores, no seo dunha relación laboral (art. 260 da Lei de contrato de traballo). E tamén se atopan estas razóns de acoutamento da doutrina dos actos propios nas costas bañadas polo dereito do consumo, onde ás veces se deixa de lado a esixencia de coherencia a prol da protección dun contratante feble. Por caso, o prazo de reflexión do art. 34 da Lei 24 240 foi acordado para estes supostos tendo en conta a especial debilidade dos consumidores nalgúns ámbitos en que poden doadamente ser sometidos a un verdadeiro acoso, a enganos, manexos abusivos e todo tipo de fraudes.

d) Trátase dun principio de aplicación residual

Non corresponde aplicar a doutrina cando a lei regula unha solución expresa para a conduta contraditoria que a impide ou a permite¹¹⁶. A doutrina dos actos propios, como directiva ou estándar, xoga como categoría residual e constitúe unha *última ratio* para os xuíces, que deben aplicala cando non for posible subsumir os comportamentos subxectivos acreditados no caso *sub judice* dentro de pautas máis

¹¹⁵ SCBA, 27/6/2012. Boioli, Leonardo Rubén vs. Municipalidade de Xeneral San Martín. Sist. Juba, sum. B99818. SCBA, 18/4/2011. Alippi de Salerno vs. Provincia de Bos Aires; 18/5/2011. Echenique vs. Provincia de Bos Aires. Ambos en sist. Juba, sum. B98163.

¹¹⁶ LÓPEZ MESA, M. J. (1997) op. cit., p. 128.

concretas ou con fixeza legal. Así, diversos tribunais arxentinos deixaron sentada na súa doutrina legal a residualidade da doutrina¹¹⁷.

En ocasións a variación dunha conduta está xustificada polas circunstancias do caso ou existen intereses sociais prevalentes que levan o lexislador a autorizar retrocesos ou contramarchas¹¹⁸. En casos tales, obvio é, non resulta de aplicación a doutrina. Tampouco procede servirse dela cando a propia normativa sanciona ou veda a contradición, dada a futilidade de establecer unha sanción dupla, unha legal e a outra xurisprudencial. Doutra parte, a boa técnica indica que tampouco debe empregarse a doutrina –aínda que nalgún caso foi mencionada– ao caso de dano causado pola propia torpeza da persoa reclamante, dado que alí resulta de aplicación a previsión do art. 1111 do CC arxentino¹¹⁹. Así mesmo, cando o lexislador preveu expresamente a prohibición de variar de conduta, isto torna innecesario ou redundante o emprego do *venire contra factum*, polo que tal doutrina queda de lado nestes casos.

e) A contradición configúrase obxectivamente?

Nunha dirección severamente obxectivista, que equipara as situacións en que existe contradición e aquelas que tornan aplicable a doutrina da aparencia, a

¹¹⁷ Entre moitos e só no último tempo, véxase SCBA, 22/2/2012. Complejo Urbanístico Docente I Simple Asociación Civil vs Di Giulio. Sist. Juba, sum. B3901546; C. Nac. Com., sala B, 28/06/2007. Botbol, José vs. Banco Central da República Arxentina. *Jurisprudencia Argentina* 2007-IV-473; C. Nac. Com., 20/04/2004. Tucci, Eduardo vs. The First National Bank of Boston. AbeledoPerrot en liña; Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 17/12/2008. Hernández, Carlos e outros vs. Municipalidade de Gaiman e outra s/ acción de amparo. Voto do Dr. Carlos Velázquez; Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 2/7/2009. Pineda, Patricia Elizabeth vs. Cornejo, Omar Eduardo e outro s/ demanda de nulidade. Ambos en sist. Eureka, con voto do Dr. Marcelo López Mesa.

¹¹⁸ Conclusión 3.ª do despacho Comisión 8 das IX Jornadas Nacionais de Derecho Civil desenvolvidas en Mar del Plata en 1983.

¹¹⁹ Dixose na boa senda que «se o prexuízo sufrido polo expropiado foino como consecuencia dos seus propios actos, en virtude da estimación que efectuara do valor da súa propiedade, suficientemente madurada, ese accionar torpe non pode xerar responsabilidade da contraparte». SCBA, 26/7/88. Municipalidade de Coronel Rosales vs. Potelia SACIFI e outro. AyS 1988-II-635. Tamén que «malia ben ser certo que o condutor dun automóbil debe pór toda a dilixencia posible para tratar de dominar o seu vehículo ante calquera eventualidade, non é menos exacto que non pode ser responsabilizado pola conduta imprudente despregada polo damnificado (arts. 499, 1109, 1113 –2.ª parte– do Cód. civil); pois, de non ser isto así, estaría conculcándose todo o sistema de responsabilidade polos actos propios (arts. 499, 512, 902, 921, 1109, 1111 do Cód. civil)». Cám. 2.ª CC A Plata, Sala 3.ª, 29/12/94. Rodríguez, Andrés Atilio vs. Soto, Fermín. Sist. Juba, sum. B352054.

maioría dos autores coinciden en que, por encima da vontade dos suxeitos, debe tutelarse a situación dos terceiros que se viron afectados por manifestacións talvez pouco claras¹²⁰.

Algúns tribunais foron demasiado lonxe ao dicir que «vai contra os seus propios actos quen exerce un dereito en forma obxectivamente incompatible coa súa conduta anterior (...) semellante pretensión irrita ao principio da boa fe e particularmente á esixencia de observar dentro do tráfico xurídico un comportamento coherente». Logo deixouse constancia da «total irrelevancia que reviste para o funcionamento do instituto aplicado a disposición subxectiva do autor da conduta contraditoria (...) nin que a mesma tivese a súa orixe nun erro (...) porque como se encargaron de precisar os autores a inadmisibilidade do *venire contra factum* se produce “obxectivamente” prescindindo do grao de conciencia ou coñecemento que tivese o axente ao realizala»¹²¹.

Estas consideracións, malia o brillo do envoltorio, xeran en nós serias discrepancias. Coincidimos co Dr. Jarazo Veiras en que, como principio xeral, no suposto de creación de falsas expectativas noutra persoa debe aplicarse unha solución que prescinda da intención do suxeito; no entanto, na nosa opinión foise moi lonxe, pois a obxectividade da contradición da conduta –tal cal se formula polo xeral– configura unha concepción irredutible, que non admite matices nin excepcións, nin repara en diferenzas. Sostemos desde sempre que se o primeiro acto non é válido por estar viciado substancialmente, non cabe aplicar a doutrina dos actos propios, pois esta non establece unha obriga de manterse no erro, senón de actuar coherentemente cando ambas as manifestacións de vontade son válidas, mais contraditorias entre si¹²².

Tivemos a ocasión de pronunciarnos sobre o particular nun voto en que expresamos inicialmente que o que persegue a doutrina dos actos propios é a

¹²⁰ ALTERINI, A. A. e LÓPEZ CABANA, R. M. (1984) «La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino» *La Ley* 1984-A-879 punto c; BORDA, A. (1993) «La teoría de los actos propios» *Abeledo Perrot Buenos Aires* s. n., p. 70 e ss.; FERREIRA RUBIO, D. M. (1984) *La buena fe*. Madrid, Montecorvo, pp. 201-210.

¹²¹ Cám. Nac. Com, Sala A, 15/3/85. Colombo, Antonio vs. Apolo Cía de Seguros. *Doctrina Judicial* 1985-I-832. Voto do Dr. Jarazo Veiras.

¹²² LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 190.

coherencia dos suxeitos, mais non a coherencia no erro ou na vontade viciada, que sería en substancia unha forma de escravitude, non de coherencia, o que non pode aceptarse¹²³. Sostivemos logo que por isto non podíamos compartir totalmente o criterio dalgúns tribunais que sinalaron que «o decisivo no *venire contra factum* non é tanto a existencia dunha vontade no comportamento antecedente como o non separarse do valor de significación que á propia conduta pode serlle atribuído pola outra parte»¹²⁴.

Entendemos que de aplicarse extensivamente o devandito criterio –e de o facer servir tamén nos actos primixenios viciados– a doutrina dos actos propios tería o efecto notable de derrogar implicitamente todo o réxime vixente en materia de vicios da vontade, o que resulta inaceptable de seu¹²⁵. Con toda sinceridade, este último criterio parécenos non só descamiñado, mais tamén ilegal, por descoñecer o disposto polos arts. 924 a 929 do CC arxentino –que establece a anulabilidade por erro, cando o vicio é escusable–, e inconstitucional por vulnerar abertamente o principio de reserva, contido no art. 19 da Constitución nacional arxentina, que establece que ninguén está obrigado a facer o que a lei non manda nin privado do que ela non prohibe¹²⁶.

Si, como principio xeral, no suposto de creación de falsas expectativas noutro individuo, debe aplicarse unha solución que prescinda da intención do suxeito; porén, na nosa opinión o Dr. Jarazo Veiras foi moi lonxe, pois a obxectividade

¹²³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/09/2008. Pastor Neil, B. E. vs. Ghigo, C. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

¹²⁴ SCBA, 27/9/88. Rojas, José vs. Municipalidade de Xeneral San Martín s/cobro de pesos. *Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires* 135-330 e *AyS* 1988-III-530; SCBA, 17/8/93. Seri, Osvaldo Rodolfo vs. Municipalidade de Xeneral Martín s/accidente. *La Ley* 1994-D-455 (con comentario ao fallo da miña autoría). Así mesmo, a cita atópase presente en numerosos votos particulares do Dr. Cavagna Martínez, expedidos nas seguintes causas: SCBA, 6-9-988. Córdoba Iramain Construcións Cíviles vs. Municipalidade de Olavarría s/demanda contencioso-administrativa. *AyS* 1988-III-335; SCBA, Ac 34713, 8-9-987. Banco Crédito Provincial SA vs. Juretic, Vladimiro e outra s/ cobro executivo. *AyS* 1987-III-539; SCBA Ac 34984, 8-9-987. Nuevo Banco de Azul vs. Zubiri, Hipólito José Luís s/ cobro executivo. *La Ley* 1988-A-109 e *Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires* 133-429.

¹²⁵ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/09/2008. Pastor Neil, B. E. vs. Ghigo, C. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

¹²⁶ Ídem.

da contradición de conduta –tal cal el a formula– configura unha concepción irredutible, que non admite matices nin excepcións, nin repara en diferenzas¹²⁷.

Subscribimos, sen dúbida, que quen crea como cuasidelito unha aparencia de comportamento queda obrigado; mais non vemos claro por que en caso de alegarse e probarse a existencia dun vicio da vontade, recoñecido polo ordenamento como enervante da declaración, se cerra o paso a tal defensa de quen alega excepción, que se ve obrigado pola forza a ser coherente cun acto de vontade viciado¹²⁸. Se o que se quere significar ao falar de «obxectividade» é que carece de toda incidencia a existencia de vicios determinantes da vontade na primeira declaración, isto é, que o feito de que existise violencia, dolo ou erro escusable non posúe efectos, obviamente non participamos de esa idea¹²⁹.

Coincidimos co dito nun excelente traballo sobre que «o decisivo é a desharmonía obxectiva co estándar, concretado e actualizado –claro está– na apreciación xudicial de cada caso (...) sen prexuízo de que a conduta antecedente deba ser válida, pois non podería usarse a prohibición de *venire contra factum* para vedar a posibilidade de atacar de nulidade un acto viciado»¹³⁰. Cremos que a regra debe ser a acreditación pola parte e a apreciación prudente polos xuíces do vicio ou da xustificación do erro alegado; o contrario implicaría xerar unha temible ditadura do pasado, na procura de evitar a desprotección da confianza. Os suxeitos xurídicos quedarían así irremediabilmente atados aos seus actos anteriores, calquera que foren as circunstancias, motivacións e características destes¹³¹. De por parte, non parece que a conduta «xurídicamente relevante e plenamente eficaz», a que aluden en fórmula estereotipada infinidade de fallos, poida ser aquela viciada por

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Véxase ídem; e tamén MESA, M. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 184.

¹²⁹ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/09/2008. Pastor Neil, B. E. vs. Ghigo, C. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

¹³⁰ BIANCHI, E. T. e IRIBARNE, H. P. (1983) «El principio general de la buena fe, y la doctrina del “venire contra factum proprium non valet”» *El Derecho* 106, p. 858; Peyrano, J. e Chiappini, J. (1985) «La doctrina de los actos propios en el ámbito del procedimiento civil» *Jurisprudencia Argentina* 1985-IV-818.

¹³¹ Cfr. LÓPEZ MESA, M. J. e ROGEL VIDE, C. (2005) *op. cit.*, p. 185.

violencia, dolo ou erro de feito esencial e escusable, a menos que se adopte para o punto un criterio de eficacia distinto ao corrente¹³².

Salvidades de por parte, adherímonos a un criterio obxectivista «crítico», por chamalo dalgún modo, é dicir, que non somos partidarios da «manga ancha» para escusar o inescusable ou para premiar a torpeza ou a lixeireza; mais os automatismos, as regras de pedra, os preconceptos, seméllannos desbotables cando do que se trata é de vulgar a conduta humana, imperfecta por natureza¹³³. Sempre pensamos que cómpre obrar con cautela a respecto de institucións que provocan o decaemento de dereitos mercé a unha interpretación ou creación pretoriana, á marxe dunha norma expresa que así o resolva. No caso dos actos propios, cremos a veda da contradición valiosa mentres se aplique con criterio e non como retrouso ou cartabón. A elaboración en si mesma é válida, mais mal empregada pode xerar –e xerou nalgúns casos– iniquidades maiúsculas, significando un obstáculo definitivo ante o que se estrelan os dereitos dos suxeitos xurídicos¹³⁴.

É por isto que desbotamos a consideración ríxida, severamente obxectivista, dos actos propios, e coidamos que antes de aplicar a institución debe exercitarse necesariamente un exame serio da presenza, en cada caso, dos presupostos para o seu emprego, así como da existencia de vicios que poderían invalidar algunha das manifestacións aparentemente contraditorias¹³⁵. Subscribimos o declarado en varios pronunciamentos polos finos xuristas que tradicionalmente integran o Tribunal Supremo de España. Nun deles resolveuse que para a aplicación da doutrina xurisprudencial dos actos propios é preciso que tales actos propios sexan xuridicamente válidos, non o sendo os realizados por erro substancial que vicie o consentimento prestado, segundo prescriben os arts. 1265 e 1266 do CC¹³⁶.

¹³² Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/09/2008. Pastor Neil, B. E. vs. Ghigo, C. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.; DOBSON, J. (1985) *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Bos Aires, Depalma, p. 286; BIANCHI, E. T. e IRIBARNE, H. P. (1983) *op. cit.*, pp. 861-862; MAIRAL, H. (1994) *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Bos Aires, Depalma, pp. 18-31.

¹³³ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 30/09/2008. Pastor Neil, B. E. vs. Ghigo, C. Eldial.com e Infojus. Voto do Dr. López Mesa.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 17/6/80. Relator Sr. Sánchez Jáuregui. *La Ley* 1980-1-849 (283-R).

f) Os actos propios e a conduta inválida por erro, dolo ou violencia

Como dicíamos, non cabe aplicar a doutrina dos actos propios a actos viciados por vicios substanciais relevantes, pois unha doutrina pretoriana como a dos actos propios non pode emendar o Código civil nin derrogar implicitamente capítulos enteiros seus. Un deles é o vicio de erro, cando afecta ao acto nos termos previstos polo ordenamento, para permitir a alegación exitosa do erro.

O temor de xerar unha corrente de desconfianza e botar as bases dunha infinita serie de incidencias, ao permitirse considerar escusables determinados erros e certos vicios, carece de agarradoira. Cremos que se a variabilidade do comportamento aparecese xustificada por un erro de feito que as circunstancias fixesen escusable, non correspondería empregar a doutrina, pois isto configuraría unha excesiva e inconveniente rixidez, que provocaría un mal maior ao que se busca evitar coa súa aplicación, excepto claro, que se modifique a normativa. Esa é a liña marcada pola xurisprudencia española, da man do criterio firme e invariable do seu Tribunal Supremo, que esixe para quedar obrigados un acto primixenio válido e eficaz, que logo se quere descoñecer.

O Tribunal Supremo de España, do que tanto aprendemos durante a nosa estadía, dixo nun decisorio que é un principio xeral o de que ninguén pode ir contra os seus propios actos salvo cando o consentimento se acha afectado por algún dos vicios que o invalidan, conforme ao art. 1265 do CC¹³⁷. E merecen citarse outros fallos: nun decidiuse que os actos propios deben ter como fin a creación, modificación ou extinción dalgún dereito, sen que na conduta do/a axente exista ningunha marxe de erro por ter actuado con plena conciencia e liberdade para producir ou modificar un dereito¹³⁸; e, no outro, indicouse que malia ser certo que a doutrina xurisprudencial prohibe ir aos seus autores contra actos que definan claramente a súa posición ou situación xurídica, ou tendan a crear, modificar ou extinguir algún

¹³⁷ Tribunal Supremo de España, Sala 6.ª, 9/3/84. Relator, Sr. Ruiz Vadillo. *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi* 1984-1544.

¹³⁸ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 17/11/94. Relatora, Sr.ª Marina Martínez-Pardo. *Archivo La Ley* 1995173.

dereito, faino sobre o presuposto de que sexan válidos e eficaces en dereito, polo que non procede a súa alegación cando tales actos están viciados por erro¹³⁹.

O Tribunal Supremo de España foi particularmente insistente en que un acto inválido por ausencia de liberdade ou de intención, ou viciado por erro ou dolo, non pode servir de base para a aplicación da doutrina que estudamos. E cremos que esa é a dirección correcta, a que debería seguirse na Arxentina se de aplicar correctamente a doutrina dos actos propios se trata.

g) A doutrina e as nulidades

Esta doutrina ten que ser aplicada con coidado cando se esgrime a existencia dunha nulidade. Por exemplo, se ao subscribir un contrato unha parte non dixo nada acerca da suposta falta de representación da outra e tampouco isto significou ningún obstáculo para que o contrato tivese principio de execución, non resulta admisible que logo, ante o incumprimento do contrato polo seu lado, ao momento de contestar a demanda, advirta a existencia dunha anomalía e pretenda vedarlle á contraria a reclamación. Este último cuestionamento da representación da contraria é improcedente porque ninguén pode alegar a súa propia torpeza. O cuestionamento tardío dun contrato, sen demostrar a existencia de vicios configurativos de indefensión ou debilidade do impugnante, carece de posibilidade de andadura, pois non pode cuestionarse hoxe un acordo ao que se adherira onte de maneira libre.

Porén, isto non significa que unha parte que participou do outorgamento dun acto bilateral careza da posibilidade de cuestionalo. Nos dous apartados anteriores pretendemos deixar sentada a premisa de que a doutrina non pode aplicarse cando a primeira conduta do suxeito fose inválida, é dicir, estivese afectada dun vicio grave da vontade ou do consentimento, e puxemos de relevo que a apreciación de tales vicios debe ser efectuada con prudencia e sereno xuízo polos maxistrados. É dicir, somos partidarios de outorgar a posibilidade de alegar e probar o vicio padecido no momento de outorgar o acto, mais tamén nos pronunciamos en favor dunha apreciación estrita, senón restritiva, dos extremos fácticos que liberen do xugo asumido. O contrario significaría simplemente botar por terra con todo o

¹³⁹ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 17/7/95. Relator, Sr. Ortega Torres. *La Ley* 1995-3-617.

réxime legal pacientemente construído en materia de nulidades, prohibindo que quen participou dun acto alegue a existencia de calquera vicio que padecese a súa vontade. Ese proceder equivalería a reconducir a paus a realidade cara a un esquema mental predeterminado. E é verdade sabida que a realidade se empeña, mal que nos pese, en contrariar os preconceptos.

Ora ben, para encarar correctamente o tema debe facerse unha precisión previa: unha cousa é impugnar un acto viciado ou nulo e outra pretender volver sobre un acto confirmatorio dunha nulidade. Se un suxeito subscribe un contrato con outro e ese acto é nulo, pode libremente impugnalo sen que se lle poida impedir isto por aplicación da doutrina do *venire contra factum*. No entanto, se despois de subscrito o acto nulo ou viciado, coa súa conduta expresa ou tacitamente o confirma ou ratifica, alí si resulta de aplicación o estándar da veda da contradición.

O Tribunal Supremo de España ten dito reiteradamente que as accións rescisorias e de nulidade naturalmente implican a revogación de actos anteriores, todo o cal leva á conclusión de que ese principio de coherencia (a doutrina dos actos propios) nunca debeu amparar actos que pola súa ilicitude non deberon existir¹⁴⁰. Demais está dicir que nos adherimos a este criterio, sen que isto implique validar abusos na formulación de defensas fundadas en nulidades, porque nese tema non cabe apartarse do principio xeral de que a boa fe e os actos propios son prismas de análise de condutas e non obstáculos infranqueables. Con todo, se despois do acto este é confirmado por accións ou manifestacións inequívocas da persoa a quen a nulidade prexudica, é obvio que non pode volver sobre os seus pasos. Sería unha terceira oportunidade e isto excede do razoable.

Serán os xuíces os que porán o límite entre o uso e o abuso en materia de alegación de nulidades, e por moito que se especule do punto de vista teórico, fatalmente se conclúe na práctica que o arbitrio –ou mellor, o tino– dos xuíces resulta insubstituíble nese mester.

¹⁴⁰ Sentenza do Tribunal Supremo de España do 30 de decembro de 1929 citada por PUIG BRUTAU, J. (1951) *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona, Ariel, p. 128.

h) A doutrina non rexe a respecto de actos inconfirmables

Ben xulgou a xustiza española que «a doutrina dos actos propios –*venire contra factum proprium non valet*–, para ser aplicable, require que os actos en que se apoie sexan lícitos e permitidos, e non é de aplicación cando se trata daqueles que fosen expresa e terminantemente prohibidos –ss. do 21 de xaneiro de 1922, 21 de xuño de 1945, 10 de novembro de 1958, 5 de marzo de 1966 (...)–, polo que resulta por tanto inaplicable cando se trata de actos xurídicos nulos de pleno dereito, incapaces de ser validados o emendados por actividades dos suxeitos intervenientes (...)»¹⁴¹.

Tamén no noso país se resolveu que «a regra *venire contra factum* constitúe un aforismo que se vincula ante todo coa imposibilidade de impugnar un negocio xurídico que se confirmou tacitamente, de onde deriva que non debe facerse xogar en supostos de actos inconfirmables»¹⁴².

Por caso, a doutrina dos propios actos non pode outorgar xuridicidade a un acto contraposto á moral e os bos costumes, o que é xa que logo inconfirmable¹⁴³. Non corresponde validar que un acto sen remedio nulo por ilicitude ou inmoralidade do seu obxecto adquira efectos xurídicos por unha vía alternativa; en caso contrario, a conivencia entre dúas persoas ou a inadvertencia dunha virían ser a vía alternativa para que un acto tal adquirise efectos¹⁴⁴.

¹⁴¹ Tribunal Supremo de España, Sala 6.ª, 15/7/86. Relator, José Moreno Moreno. *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi* 1986-4149.

¹⁴² Cam. Nac. Fed. CC, Sala II, 17/6/980. *El Derecho* 90-601; Cám. Apels. Civ. e Com. de Neuquén, Sala 1, Voto do Dr. Juan Antonio Vergara del Carril. Peralta vs. Prov. del Neuquén. PS 1994-III-533/37 Sala 1, inédito.

¹⁴³ Condorelli, E. J. L. (1993) «Etapa de verificación en el proceso concursal: la doctrina del acto propio y la verificación del crédito» *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* 53, p. 83.

¹⁴⁴ Cám. Apels. Civ. e Com. de Neuquén, Sala I, Voto do Dr. Juan Antonio Vergara do Carril, *in re* Peralta vs. Prov. del Neuquén. PS 1994-III-533/ 37 Sala 1, inédito.

6. Observacións

A doutrina dos actos propios actúa como unha cuña de moralidade no universo xurídico, ás veces influído en exceso por unha consideración descarnadamente positivista das cuestións para resolver. En palabras de Galindo Garfias¹⁴⁵:

A relación entre a moral e o dereito aparece claramente cando se considera que o ordenamento xurídico positivo ten como fundamento, e asemade como finalidade, a realización da xustiza que presupón unha adecuada harmonía que debe existir entre a orde nas relacións sociais e os fins da existencia humana mediante a suxeición da conduta do home e dos seus fins, ao deber de acatar a norma xurídica, principio que descansa nunha idea de valor.

Malia termos claro que o dereito non é pura moralidade nin puro sentido común, xulgamos que sen dúbida ten ou debe ter un importante compoñente de ambos, polo que non pode concibirse un dereito que sexa a negación mesma da moralidade ou unha afronta ao sentido común. Como dixemos nun voto da nosa autoría, o dereito é lóxica e sentido común, vestido de previsibilidade. Cando as solucións xurídicas adoptadas aparecen como ilóxicas ou carentes de sentido común é, sinxelamente, porque son incorrectas ou o operador xurídico fixo un deficiente labor hermenéutico ou de integración de textos¹⁴⁶.

O bo dereito, aquel que emana de maneira prístina desa gran aurora luminosa que chamamos a codificación, onde reina a unidade, onde rexe o sistema e en que se reflicte a *ars boni et aequi* do vello Celso¹⁴⁷, non pode edificarse desde unha confrontación frontal coa lóxica e co sentido común¹⁴⁸. O bo dereito é un produto artesanal que só a intervención activa de bos xuíces pode facer realidade,

¹⁴⁵ GALINDO GARFIAS, I. (1981) *Estudios de derecho civil*. México, UNAM, p. 362.

¹⁴⁶ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 17/04/2012. Llompert, Edna Haydee e outra vs. Trama Construcciones SRL e outros s/ danos e perdas. Exped. 425, ano 2011 CAT. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

¹⁴⁷ CUADRADO IGLESIAS, M. (coord.) (1994) *Código Civil, concordado y anotado*. Madrid, Universitas.

¹⁴⁸ Cám. Apels. Civ. e Com. de Trelew, Sala A, 17/04/2012. Llompert, Edna Haydee e outra vs. Trama Construcciones SRL e outros s/ danos e perdas. Exped. 425, ano 2011 CAT. Sist. Eureka. Voto do Dr. López Mesa.

pois é decididamente contrario a aplicacións mecánicas de cartabóns teóricos ou criterios en exceso abstractos.

A lei é normalmente xeral e impersoal, polo que os xuíces deben convertela na súa aplicación a cada caso en concreta e persoal, so pena de tornarse ilexítima, pois os suxeitos xurídicos non poden ser xulgados sobre a base de abstraccións inasibles. *Ergo*, a xeneralidade e impersonalidade da lei debe transmutarse na súa aplicación a cada caso en concreción e personalidade dos seus mandatos, para permitir a súa aplicación ao caso e subministrar aos suxeitos xurídicos as pautas do camiño seguido polos xulgadores no seu razoamento. A unha persoa concreta, a un suxeito xurídico, non pode resolvérselle un preito ou unha reclamación se o mandato legal, abstracto e impersoal, non é traducido a outra clave, esta vez persoal e concreta e axustada aos feitos comprobados na causa. O labor dos xuíces ao fallaren consiste en devolverlle á lei todo o contido casuístico e concreto que perdeu ao ser elevada a norma xeral polo lexislador. Como xenialmente indicara o mestre Puig Brutau, «se xeneralizar é omitir, e lexislar é xeneralizar, xulgar é volver engadir parte, cando menos, do omitido»¹⁴⁹.

É por isto que os xuíces non cumpren a súa función cando fallan sobre a base de xeneralidades, retrousos ou cartabóns, xa que ao actuaren así non concretan a lei xeral no caso particular, senón que ditan un pronunciamento igualmente xenérico e inasible. Os xuíces deben, ao fallaren, traducir a norma xeral a un rexistro particular, próximo aos feitos do caso resolto e confeccionado ténndoos especialmente en conta¹⁵⁰. Os maxistrados deben explicitar nos feitos dese caso o alcance e o significado da norma xeral, para demostrar que esta é aplicable aos feitos desa causa, porque cadran sen seren forzados nin torcidos no seu ámbito de aplicación lexítima. E deben facer unha hermenéutica razoable, lóxica, non forzada. O cambio de clave da norma –de xeral e abstracta a particular e concreta– é claramente o rol insubstituíble dos bos xuíces. Os xuíces non son uns ditadores de sentenzas, senón uns solucionadores de conflitos¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem.

Cando un le solucións xurídicas alambicadas, difíciles de explicar, que trasfegan até o aborrecemento os arcanos do dereito para explicaren situacións que o bo sentido non logra comprender, isto significa normalmente que a faena hermenéutica fallou e que o resultado a que se arribou é ineficaz. O dereito debe conter un mínimo inescusable de sentido común e moralidade para ser tal. Por tanto, dereito, moral e sentido común deben ser harmonizados. Para a devandita harmonización entre dereito e moral, a doutrina dos actos propios, ben empregada e dentro das súas canles correctas, presenta unha funcionalidade excelsa. En certas palabras, o mestre De los Mozos expuxo o seguinte¹⁵²:

(...) a boa fe serve como vehículo de recepción, para a integración do ordenamento, conforme a unha regra ético-material, da idea de fidelidade e crédito. Ora ben, isto cabe enténdelo inadecuadamente de dúas maneiras distintas, ben co simplismo dos que cren que invocando a xustiza ou o dereito natural todo se resolve; ou ben co rigorismo lóxico-formal, propio do pandectismo, na técnica de colmar as lagoas do dereito positivo, crendo que os principios só constitúen unha mera xeneralización do ordenamento. A primeira correspóndese cun idealismo ético, carente de toda forza de convicción normativa polo seu carácter de abstracta xeneralidade. A segunda cómpre rexeitala tamén, pois non comprende que os principios acompañan as normas, na forma que dixemos, e derrúbase do todo cando hai que aplicar a boa fe, como mostra a experiencia da nosa tradición xurídica, en que se chegou a advertir que os principios, e moi en particular o da boa fe, penetran na realidade xurídica operativa por moi pechado e autosuficiente que se considere o «sistema», o mesmo que penetra a luz a través das celosías (...).

(...) hai demasiados perigos que asexan por todas as partes toda orde xurídica razoable, como amosa a constante manipulación das leis do mercado, o relativismo ideolóxico, a moral barata e o proclamar dereitos que non existen, mais non son un pesimista nin perdín por completo a fe na pureza dogmática, que será sempre válida como exercicio teórico, admitindo, porén, que pode equivocarse, mais coa convicción de que, sen dúbida, pode haber outros camiños para que dentro da orde xurídica se preserve a liberdade e se realice a xustiza. Polo mesmo que, por enriba de todo, creo que a verdade e o ben son posibles a pesar da estupidez humana (...) o que achega a verdade

¹⁵² DE LOS MOZOS, J. L. (2005) «Prólogo» en Ordoqui Castilla, G. *La buena fe contractual*. Montevideo, Foro Universidad Católica del Uruguay, p. 20.

ás cousas cognoscibles é a idea do ben, base e fundamento de toda ética (...) existen valores incondicionados, que poden ser coñecidos por todos e, por tanto, hai unha verdade; eses valores reúnen na elevación do que se chama o ben, e que este ben pode realizarse na vida do home, segundo as posibilidades dadas en cada caso (...) ou ben se identifica co divino, mais, por outra parte, a súa realización leva o home á súa propia humanidade, ao dar lugar á virtude, a cal representa vida perfecta, liberdade e beleza. Todo isto ten validez para sempre, mesmo para o día de hoxe.

Só nos queda por agregar a tan intelixente idea, que facemos nosa, que a doutrina dos actos propios –ben aplicada– cumpre un rol augusto na salvagarda valorativa dun dereito outrora pretendidamente neutro en materia axiolóxica, o que resulta inaceptable nos nosos días.