

La buena fe y la doctrina de los actos propios. Una mirada en el Derecho venezolano

Fernando F. GUERRERO BRICEÑO*
RVLJ, N.º 11, 2018, pp. 145-190.

Sumario

Exordio 1. Consideraciones generales acerca de la buena fe 2. Origen de la expresión –evolución de la buena fe en Roma– 2.1. La época del *ius civile* o *ius quiritium* 2.2. Tiempo del *ius gentium* 2.3. Período heleno-romano, romeo o bizantino 2.4. Evolución del *nexum*, la *sponcio* y la *stipulatio*. De los contratos *stricti iure* hacia los contratos *bona fide* 2.5. El Derecho intermedio 3. La desacralización y el Derecho racional 3.1. El Derecho racional 4. Componentes estructurales de la buena fe. Bondades 4.1. Bondades generales de la buena fe 4.2. La mala fe 4.3. El dolo 5. Los actos propios. Origen del *venire*... 6. Formulación del *venire*... 7. Problemática del *venire*... 8. Ajustes del *venire*... en el sistema venezolano. Conclusión

Exordio

Las acciones y actitudes que conforman el hacer humano se adaptan o conforman en la sociedad a través de una especie de sistema de vasos comunicantes, que son los valores, los cuales tienen naturaleza universal. El Derecho los recepta, primero, llamándolos «Derecho natural» –los Mandamientos de la Ley Mosaica– y luego, los transfiere al Derecho positivo, recogéndolos en norma expresa, lo que aquí se llama «conceptualización». El tema de este

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Doctor en Derecho; Profesor en el Curso de Doctorado. Abogado litigante.

trabajo constituye una vista sobre el principio general que es la buena fe, un examen de cómo el obrar y el espíritu de la comunidad se manifiestan en ella y una aproximación a su reflejo en las reglas del sistema formalizado de Derecho, bajo la doctrina de los actos propios.

1. Consideraciones generales acerca de la buena fe

La buena fe es el alma, el principio dinámico que palpita en el corazón del Derecho de Obligaciones y es la brújula que orienta al Derecho Procesal; es una institución, primordialmente, de origen psico-sociológico y económico, espíritu de todo el hacer en común y consecuencia de la naturaleza gregaria del hombre, que posteriormente encuentra ubicación en el Derecho. De la individualidad a la ciudadanía, no se puede transitar sin buena fe: «donde la letra es muda, el espíritu de la institución desempeña un papel de primer orden»¹. Contradictoriamente, luego de promulgado el *Code Napoléon*, se produjo una escisión entre el llamado «Derecho natural» y el «Derecho positivo», originada por la interpretación que se le dio a la «moderna» normativa contenida en ese cuerpo jurídico, sin reparar su origen, paradójicamente inspirado por iusnaturalistas: el más racionalista y anterior Jean DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689) y Robert Joseph POTHIER (*Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, 1748)², cuya tendencia más romanista se impuso. Amén que la primera interpretación auténtica, el «Discurso preliminar» de PORTALIS³, apunta hacia aquella orientación principista, que no a la posterior exegético-positivista.

Es parecer de quien esto escribe, que las palabras, bien sabidas enemigas de la realidad por las facilidades polisémicas, han sido causantes del desencuentro. Para tratar de mitigar el dislate, aquí se llamará al Derecho positivo «Derecho formalizado», como emergente de los procesos legitimados por las normas

¹ JOSSERAND, Louis: *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Cajica. México D. F., 1946, p. 229.

² MAZEAUD, Henry, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Tomo I, parte II. EJEA. Buenos Aires, 1959, p. 180.

³ PORTALIS, Jeane-Etienne-Marie: *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*. Edeval. Trad. RIVACOVA y SQUELLA. Santiago, 1978.

constitucionales de cada Estado y así diferenciarlo rotundamente del Derecho natural, a cuyo contenido se referirá como «principios generales del Derecho».

Similar tratamiento se le dará a los términos «moral» y «ética», bajo las acepciones siguientes: Moral –latín *mores*– significará una convicción y el sentimiento interior leal de la persona en cuanto a su proceder y su criterio frente a los actos jurídicos y a los hechos que los afectan; se trataría, por tanto, de una idea relativamente estable del sujeto en cuanto a su educación y a sus circunstancias que lo transforman en individuo. Ética, en cambio –griego *ethiké*– significará una apreciación y una tendencia para proceder hacia lo externo, de frente a los demás y una actitud ante lo jurídico; es, por lo tanto, una idea variable, adaptativa y acomodaticia respecto a las circunstancias de cada época, a las situaciones que se le presenten a la persona o a la comunidad y peculiar de cada lugar. Nada mejor que una imagen para ilustrar la sutil diferencia:

Dos hermanos tienen una venta de alfombras en el Gran Bazar de Bizancio. El hijo de uno de ellos pregunta: ¿Qué diferencia hay entre moral y ética? El padre con parsimonia, le responde: «La diferencia es sumamente sutil; el caso es de moral cuando un cliente me pide rebaja por un tapete, yo le digo que vale 200 y a mi me costó 10. Mi moralidad se hace sentir cuando vendo la alfombra por 150. El problema ético cobra importancia es con mi socio, tu tío, cuando debo rendirle las cuentas del día y apuntar el verdadero precio por el cual hice la venta.

Por tanto, no es de extrañarse que lo axiológico y lo utilitario se toquen, pues optar por las ventajas materiales resulta, después de todo, una escogencia precedida por una valoración. Lo que carece de explicación es la falta de interés por los juristas en estos temas, durante demasiado tiempo.

Las reglas maestras del Derecho privado resultan de la «generalización normativa», basada en la costumbre, que tradicionalmente ha puesto feliz término a ciertas cuestiones debatidas; por ello es que deben ocuparse de la «problemática»⁴. «Lo que los prácticos y aún los teóricos del Derecho

⁴ PUIG BRUTAU, José: *La doctrina de los actos propios*. Ariel. Barcelona, 1951, p. 98.

entienden por principios generales no es, en efecto, más que aquel conjunto de soluciones y de nociones tradicionales en que se resume nuestro Derecho occidental, de inspiración romana»⁵.

... los principios generales del Derecho hay que concebirlos como sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no solo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las soluciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices e instrumentos de la interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el progreso de la legislación⁶.

Abordando las características de la buena fe, encontramos que se manifiesta, como un principio general del Derecho en el momento nomológico, cuando se confecciona la ley, y luego se hace patente al recoger la norma expresa, que permite aplicación al caso concreto, como instrucción vinculante para el intérprete, lo cual llamamos «conceptualización». Obra también como metanorma, orientando y matizando la aplicación de la ley, así como coadyuvando con la interpretación para los casos no claros e, igualmente, para los claros. La buena fe en materia mercantil se afirma intensamente mediante los usos del tráfico, para regularizar las prácticas del comercio y hacerlas confiables.

... la buena fe tiene un sentido distinto en lo mercantil y se utiliza menos que en el campo civil. En efecto, la noción de buena fe es un elemento moderador del rigor de los contratos civiles, pero en el ámbito mercantil buena fe significa con frecuencia regularidad objetiva de una situación.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. Reus. Madrid, 2005, p. 340.

⁶ BETTI, Emilio: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975, p. 288.

Ejemplo: portador de buena fe de un título es quien lo detenta de manera regular, con prescindencia de los vicios de su adquisición⁷.

Los principios generales del Derecho son de emanación popular; un rastro de la costumbre –Código de Derecho Canónico, «Canon 27.- La costumbre es el mejor intérprete de las leyes»–. La legislación y la jurisprudencia son, en cambio, manifestaciones de pura técnica, las cuales jamás podrán ser segregadas de sus orígenes; si ello sucediese, lo que sigue es erróneo.

La buena fe opera de manera bifronte: una cara, como principio general del Derecho, se lleva a la práctica por medio de los usos, los cuales se sintetizan en expresiones que representan un modo habitual de obrar, tal como el *bonus pater familia* o la expresión germánica y sinónima, los usos del tráfico. El *bonus pater familia* representa una actitud personal interna en el actuar, que se refleja en lo que adelante se especifica como buena fe en sentido subjetivo, cercana a la «teoría del contrato»; en tanto que los usos del tráfico se sintonizan con actitudes que se orientan a la ejecución del contrato, por tanto, próxima a la «teoría del negocio jurídico» y una manifestación de la llamada buena fe objetiva. Muy sentida y precisa resulta la expresión MÉLICH-ORSINI, al considerar que «El codificador italiano de 1942 (...) prefirió definir sin embargo el esfuerzo que debe poner el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones según el tradicional patrón del *bonus pater familia*, cuya pátina histórica y ética le presta una mayor fuerza expresiva, a la vez que elimina los riesgos de una nueva fórmula»⁸. Su naturaleza, como principio indefinido e indefinible, es además, proteica, porque se refiere a todas las situaciones que el Derecho comprende o abarca, simplemente porque ellas lo preceden; pero tal ventaja solo la obtienen a cambio de su mayor vaguedad, pues la característica del verdadero principio general de Derecho consiste en que su formulación no incluye la descripción del supuesto de hecho al que ha de aplicarse⁹.

⁷ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. UCAB. 1986, p. 118.

⁸ MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, pp. 493-495.

⁹ PUIG BRUTAU: ob. cit., p. 98.

La otra cara conceptualizada de la buena fe es de efecto normativo-regulador, incorporada, directamente en la codificación; acogida para ser interpretada como paradigma-metanorma de comportamiento y en sus formas parónimas y antónimas de mala fe y dolo.

En nuestro medio, la buena fe se ha manejado principalmente bajo el alcance de la «presunción posesoria» dispuesta por el artículo 789 del Código Civil para los inmuebles, incorrectamente extendida a otras áreas. Sin embargo, el Código Civil contiene 50 disposiciones que aluden expresamente a la buena fe, al buen padre de familia o a la mala fe. El Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil contienen muy escasas menciones a la buena fe. Por esto hay que investigar y desarrollar en cada caso su alcance conceptualizado. Materias como los seguros, son consideradas de ubérrima buena fe y contratos como el de sociedad, tienen su origen en la *affectio*, que no es más que lealtad y confianza: sus ingredientes naturales y en la interpretación contractual, el juez debe atenerse a la buena fe (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil).

2. Origen de la expresión –evolución de la buena fe en Roma–

Una breve excursión por el Derecho romano, de donde proviene la expresión buena fe, nos recuerda que lo religioso y lo jurídico fueron conceptos unívocos. Los hitos históricos que siguen no son exactos en su concurrencia, pero aproximan la idea evolutiva del principio.

Las leyes romanas formaban en tiempo del emperador JUSTINIANO una masa inmensa y heterogénea acumulada en el espacio de trece siglos durante los cuales Roma, pequeña aldea a las orillas del Tíber, subió por grados a la dominación del mundo y pasó sucesivamente por todas las diversas formas de gobierno: monarquía constitucional en su infancia: aristocracia tiránica en su adolescencia: democracia templada por el influjo de la religión y de la nobleza en la edad de su mayor virtud y gloria: democracia tumultuosa destrozada por las facciones; y en fin, imperio

despótico, que en el Occidente fue presa de los bárbaros, y en el Oriente conservó largo tiempo una sombra de poder y opulencia¹⁰.

Fue en el reino romano-sabino donde apareció el término *fides*:

Fidio: Dios de la buena fe entre los romanos. Presidía a la religión de los juramentos y de los contratos. Se juramentaba por él diciendo «*Me Dius Fidius*», sobreentendiendo *adjuvet*, así el dios Fidio me sea favorable. Se ignora su genealogía, sus diferentes nombres y aun su verdadera ortografía (...) Este, llegado a la juventud, fue de una hermosura más que humana y llegó a ser un guerrero famoso, que fundó la ciudad de Cures, dejó un hijo llamado *Sabin*, quien fue el primer rey de los sabinos, los cuales después de su muerte le contaron en el número de sus dioses. No están menos divididas las opiniones a cerca sus nombres. Los más comunes era los de Sanco, Fidio y Semi-Pater (...) Este dios tenía en Roma muchos templos: el uno en la región decimotercera de la ciudad: otro llamado *Edes Dii Fidii sponsoris* esto es garante de las promesas; y un tercero sobre el monte Quirino, en el cual se celebraba su fiesta el 5 de junio. Un antiguo mármol que existe aún en Roma representa, por una parte, bajo una especie de pabellón, al honor en figura de un hombre vestido a la romana, y por la otra la verdad coronada de laurel, que se dan la mano¹¹.

De *fidius* deriva la palabra *fe*, como invocación y respeto a las deidades romanas; o sea, con una antigua y religiosa carga: «toda promesa es sagrada». La «santidad del contrato» tiene también origen en el nombre del hércules: *Semo Sanco* –en latín *sanctus*– *Dius Fidius*. Los hércules, híbridos dios-hombre, son recurrentes en las civilizaciones asomadas al Mediterráneo y acercan lo trascendente a lo cotidiano. A pesar de que «Derecho» es el término que modernamente se emplea, la finalidad de nuestra disciplina-arte es, básicamente, lograr la justicia, derivada, de *yogha*, en idioma sánscrito

¹⁰ BELLO, Andrés: «Instituciones de Derecho romano». En: *Obras completas*. Tomo XVII. La Casa de Bello. Caracas, 1981, p. 3.

¹¹ NÖEL, J. F.: *Diccionario de la mitología universal*. Tomo I. Barcelona, 1991, p. 569. También en PRAMPOLINI, Giacomo: *La mitología nella vita dei popoli*. Tomo I. Ulrico Hoepli. Milán, 1954, p. 209.

sistema de meditación y de allí *iurare*, según así lo precisa FROSINI¹²; no parece provenir de *yungo-jubeo*. *Jus*-ticia, *ju*-rídico, *ju*-risprudencia, *ju*-dicial y todos los términos del Derecho que tengan como prefijo «*ju*», están estrechamente vinculados con lo religioso por *jurare-yogha*; en tanto que por *Fidius*, lo están las palabras que representen *fe*, *fi*-delidad, *fi*-deicomiso, *fi*-duciario, *fi*-dedigno, etc. Luego de tantos siglos y tantas modificaciones, sigue siendo muy difícil separar de lo jurídico la referencia religiosa o de lo espiritual-trascendente.

2.1. *La época del ius civile o ius quiritium*

Abarca desde la fundación del *Regnum Romanum* en 753 a. C., hasta la terminación de la Segunda Guerra Púnica en 201 a. C. El Estado-ciudad absorbió a las pequeñas tribus y redujo la autonomía del grupo familiar. El *ius civile* era un conjunto simple, pero de rígidas y formales reglas, destacando el *nexum*, con la ritualidad del *per aes et libram*, para el metal prestado, antes de la acuñación de la moneda y la *nuncupatio* o declaración, que de aceptarla el deudor, lo expondría al riesgo de la *manus injectio* en caso de incumplimiento¹³. Luego se agregó la Ley de las XII Tablas del 303 a. C., más la jurisprudencia sacerdotal o pontificia, la cual devino en laica. El Derecho de Familia continuó inspirándose en los originarios principios de carácter político y en el concepto indefinido *paterfamilias*, quien ejercitaba siempre un poder absoluto sobre las personas y las cosas sometidas a su *autorictas*¹⁴. La actividad jurisprudencial es tan intensa en ese tiempo que se llega a identificar al *ius civile* con la *interpretatio*, las *responsa* y las *consiglia* de los jurisperitos.

2.2. *Tiempo del ius gentium*

Se extendió desde el final de la Segunda Guerra Púnica en 201 a. C. hasta el año 235 de nuestra era, cuando desaparece la República, dando paso al Imperio.

¹² FROSINI, Vittorio: *Teoría de la interpretación jurídica*. Temis. Bogotá, 1991, p. 32.

¹³ ODERIGO, Mario N.: *Sinopsis de Derecho romano*. Depalma. Buenos Aires, 1973 pp. 267 y 268.

¹⁴ «Por eso, la *autorictas* alcanza su más plena expresión cuando se sigue a alguien no tanto por lo que dice, sino por quien lo dice (...) Por su parte MOMSEN definió a la *autorictas* romana como ‘más que un consejo y menos que una orden’», GARCÍA PELAYO, Manuel: *Autorictas*. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas, 1998, pp. 8 y 9.

El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos; y es muy verosímil –tomándonos el atrevimiento de imitar a los estoicos, que son escrupulosos indagadores del origen de las palabras, aunque a otros parezca afectación– que tomase su nombre de la palabra *fiat*, porque la *fide*-lidad consiste en hacer lo que se ha prometido¹⁵.

El *ius gentium* era más libre de formas, regulador del comercio y aplicable a ciudadanos romanos y a los «bárbaros» o extranjeros, por disposición de la *constitutio Antoniniana* dictada en el año 212. Las agregaciones helenísticas le impusieron aún más agilidad. El *nexum* evolucionó hacia una forma un poco más simplificada y preponderante, la *sponcio*, la cual se llevaba a cabo mediante el juramento ante *Semo Sancus Dius Fidius*: La *sponcio* perdió su solemnidad después el siglo V, por disposición del emperador León¹⁶. Al fundirse el *debitum* y la *obligatio*, por efecto de la pérdida de vigor del aspecto religioso, ello representa el primer atisbo del voluntarismo contractual: La voluntad comienza a substituir al rito.

2.3. Período heleno-romano, romeo o bizantino

Esta última fase se extiende desde la muerte de Alejandro Severo en 235, cuya crisis desplazó el centro de poder de Roma a Constantinopla en el año 476, abarcando la era dorada de JUSTINIANO en el siglo VI, hasta la caída del Imperio de Oriente en 1453. El *ius honorarium*, basado en los edictos de los magistrados, era la consecuencia de la potestad que estos tenían de hacer reglamentos y comunicaciones –*ius edicendi*–.

Se llama Derecho *pretorio* el que nació de los edictos de los pretores, y en general Derecho *honorario* el que se deriva de la autoridad de los magistrados *qui honores gerunt* –que ejercen altos empleos–, por oposición al Derecho Civil propiamente dicho, originado no solo de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y constituciones, sino de las respuestas de los prudentes; y de la costumbre¹⁷.

¹⁵ CICERÓN, Marco Tulio: *De los oficios*. Libro I, capítulo VII.

¹⁶ IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*. Barcelona, 1994, pp. 233 y 234.

¹⁷ BELLO: ob. cit., t. XVII, p. 263.

Luego del año 129, el emperador Adriano encarga al jurista Salvio Juliano la redacción de una compilación edictal, conocida como *Edicto Perpetuo*, que pone fin al trabajo de siglos del pretor, la cual ha llegado fragmentada a estos tiempos.

No aparece tan clara la relación del *jus honorarium* con el *jus gentium*; pero sería gran error considerarlos como idénticos: el edicto del *praetor urbanus* contenía muchas reglas peculiares al Derecho romano, y admitía además, en vista de la *utilitas*, más de un principio contrario a la *naturalis ratio* (...) Solamente podemos afirmar que, por medio del *jus honorarium*, se operó la transición de muchos elementos del *jus gentium*, que pasaron de esta manera al *jus civile* de los romanos¹⁸.

Es el fin de las solemnidades, ritos o sacramentalismos. Todo el campo obligacional es desplazado por la contratación escrita y el tiempo de la *stipulatio*, la más abstracta y voluntaria de las formas de vincularse, que se impuso para todo tipo de convenciones y a todos habitantes del Imperio, por cuyo efecto aparecen los *bonae fidei negotia*: la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, interpretables bajo la fórmula *ex bono et aequo* del pretor.

2.4. Evolución del *nexum*, la *sponcio* y la *stipulatio*.

De los contratos stricti iure hacia los contratos bona fide

La inclusión de la buena fe en el procedimiento del antiguo Derecho *quiritario* tiene explicación satisfactoria porque las fórmulas rituales del *nexum* y *sponcio* se llevaban a cabo jurando ante el dios *Sanco Semo Dius Fidius*, de manera que el temor a la deidad «creaba una moral» que propiciaba el cumplimiento¹⁹. Probablemente, los más antiguos contratos hubiesen sido los reales; primeramente, la donación manual, con la entrega y recepción instantánea de la cosa, como demostración de magnanimidad y por ansia de prestigio, pero en espera de retribución²⁰;

¹⁸ VON SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho romano actual*. Góngora. Madrid, 1880.

¹⁹ Moral por ser «unilateral e interna». Si el sentimiento fuese colectivo, se trataría de ética.

²⁰ Vid. CARBONNIER, Jean: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Tecnos. Madrid, 1974, p. 268; HARRIS, Marvin: *Vacas, cerdos, guerras y brujas*. Alianza. Madrid, 2000, pp. 105 y ss.

luego el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. En todos estos casos la *fides sacramental* era intensa, porque los contratos reales requieren para su perfeccionamiento, además del consentimiento de las partes, la formalidad de la *traditio* de la cosa que constituye el objeto de la convención.

Pero, en los posteriores consensuales, era requerida solamente la intención o voluntad, un paso de avance por la mayor sofisticación que requería solamente de la confianza. En ellos, en los cuales tiene preponderancia la autonomía de la voluntad, es donde aparece la idea subsiguiente y evolucionada de la *bona fides*. En el Bajo Imperio aparecen los contratos innominados, con un régimen de simplificación aún mayor.

Llámense obligaciones consensuales las que no necesitan para perfeccionarse más que el consentimiento de las partes. Todos los contratos de esta especie son de buena fe y pueden celebrarse sin necesidad de escritura, por señas y aun entre ausentes. Se cuentan en este número el de compra y venta, locación, conducción, enfiteusis, sociedad y mandato²¹.

Ya la *bona fides* se comporta como un principio interpretativo que trasciende y se separa del origen religioso que tenía la simple *fides*, quedando como resguardo moral del cumplimiento de los deberes de las partes, pues las obligaba a observar también con claridad racional sus intereses y fines y las formas de lograrlos o procedimientos.

La sociedad, de un modo típico, puede especialmente descansar –pero no únicamente– en un acuerdo o pacto racional, por declaración recíproca. Entonces la acción, cuando es racional, está orientada a. racionalmente con arreglo a valores: en méritos de la creencia en la propia vinculación; b. racionalmente con arreglo a fines: por la expectativa de la lealtad de la otra parte²².

²¹ BELLO: ob. cit., t. XVII, p. 150.

²² WEBER, Max: *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1997, p. 33.

Con la introducción de la *bona fides* imperial, en lo que respecta al criterio u orientación hermenéutica, se da curso a la habilitación ordenada por el pretor, «que por diversos caminos, a la vez, se convirtió en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe y no se limita el importe de las condenas, las cuales deben ser determinadas *ex aequo et bono*; por lo que estas acciones se llaman de buena fe»²³. En tal virtud el juez, mediante su *officium*, podía distribuir la carga obligatoria entre las partes, con un significado mucho más amplio que lo literalmente estipulado: «en lugar de la letra, el espíritu de la obligación»²⁴. Desde entonces, la definición de Derecho de CELSUS: *Ius est ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1), bien podría parafrasearse: El Derecho es el arte de lo correcto y de lo conveniente.

En las acciones de buena fe, por el contrario, el fundamento jurídico es una regla de buena fe: en consecuencia, el juez, con su propia conciencia, que forma parte de la conciencia popular en que se funda la regla de buena fe, interviene algo también en la determinación de su alcance: está llamado a ver cuál sea la regla de Derecho fijada por la conciencia de los hombres de bien; y él, como hombre de bien, participa en la constitución, o en la delimitación al menos, de esa regla jurídica: aprecia, por tanto, las circunstancias todas que puedan proponérsele y define libremente qué influencia puedan tener en la modificación de las conclusiones a que debe llegar en el juicio. Esta distinción tiene su base, como bien se comprende, en la relación jurídica que se hace valer en juicio; de manera que se habla también de relaciones de estricto derecho y de relaciones de buena fe²⁵.

La habilitación concedida por el pretor al *officium iudicis* conllevó a la interpretación y resolución simultánea de las pretensiones recíprocas, de tal manera que esta especie de procesos aparejaría la condena de las partes, tanto a más como a menos de lo que pretendían en proceso, e *in favor negotii*, iniciando la idea de la «prestación equivalente» que se habrían presuponido las partes, recogida mucho después en la codificación napoleónica

²³ BELLO: ob. cit., t. XVII, p. 137.

²⁴ WIEACKER, Franz: *El principio general de la buena fe*. Civitas. Trad. Luis Díez-PICAZO. Madrid, 1986, pp. 60 y 61.

²⁵ SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento civil romano*. EJEA. Buenos Aires, 1954, p. 484.

en el artículo 1104 y en su poco manejado, correlativo en el Código Civil venezolano, que fija el equilibrio contractual:

Artículo 1135.- El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente.

Por la incorporación de la autonomía de la voluntad en la mecánica contractual tutelada por la *bona fides*, se fortalecieron los negocios no «solemnes», o sea, los que se cerraban mediante el solo «consensu», indistintamente celebrados entre ciudadanos o gentiles: ¡La religión estaba perdiendo su influencia en el formalismo! ¿Cuál es entonces la conexión entre los estrictos *nexum*, la *sponcio* y aún la *stipulatio* y la informalidad del solo *consensu* que llegó a sustituirlas? Lo fue el concepto evolucionado de la *fides*, por el efecto de la creciente autonomía de la voluntad de las partes en los pactos, actuando como guardián contra los excesos de esa libertad al contratar: en lugar de la letra, el espíritu de la obligación.

En la Roma Imperial: el sentido inicial de fe-creencia-temor, quedó substituido por fe-lealtad-conveniencia, igual a utilitarismo.

2.5. *El Derecho intermedio*

La «romanización» es considerada como el fenómeno general dado en todos los pueblos bajo la dominación imperial, consistente en la imposición de las formas de vida de los romanos a los nuevos súbditos: la lengua, la religión, los usos sociales, el arte, la arquitectura y, por supuesto, el Derecho. El sistema jurídico que se aplicó en las provincias se enriqueció con las peculiaridades de las costumbres vernáculas, conformando el frecuentemente llamado «Derecho románico» o «Derecho romano vulgar».

Habiendo ya avanzado mucho la autonomía de la voluntad, apoyada en la buena fe, a partir de 1080 en la Universidad de Bolonia, la actividad de los glosadores –intérpretes-comentaristas del *Corpus Iuris Civilis* justiniano–,

consistió en el respeto a los preceptos romanos intercalándolos con las consecuencias del cristianismo y la incorporación de la *naturalis ratio*; raciocinio común, simple, aplicado a las situaciones cotidianas —¿*common law*?—, lo que originó la categoría abstracta del contrato. Se consideró, entonces, como en la Roma quiritaria y más que nunca, que la sola y simple palabra fuese suficiente para cumplir; ello merced a la importancia concedida a la buena fe.

Sucedió que en los países bárbaros del norte, se reflejó interés en identificar los factores para la conformación del contrato, pues se confiaba en el cumplimiento inherente, dándose allí inicio la «teoría del negocio jurídico». En tanto que en Italia, con tendencia al subterfugio y al engaño²⁶, se hizo énfasis en afinar las condiciones de los pactos para garantizar el cumplimiento, lo que originó la más formalista «teoría del contrato». Los glosadores llevaron la justicia a un concepto superior, reactivando la antigua función del pretor en la búsqueda de la interpretación justiciera, siempre bajo el principio *ex aequo et bono*, innovando la percepción del orden jurídico en su totalidad.

El Derecho románico justiniano arraigado en Castilla, la rama del Derecho intermedio que nos interesa como latinoamericanos, tiene su cúspide en la *Ley de las Siete Partidas*, promovidas por Alfonso X de Castilla, León y Galicia (1221-1284), siendo la más importante codificación medioeval europea, donde se transmutaron la *fides* y la *bona fides*, en la buena fe, ya muy liberada de lo religioso, todavía con gran carga ética, codificada y tipificada, de manera casi idéntica a su entendimiento actual; o sea, «conceptualizada» y como un señalamiento de aplicación específica: dirección normativa o instrucción vinculante. El término «buena fe» ha sido encontrado, entre otras, en las siguientes leyes alfonsíes:

- i. Respecto a la posesión: ley (l.) 10, título (t.) 33, Partida (P.) 7; l. 36, t. 28, P. 3; l. 39, t. 28, P. 3; l. 39, t. 28, P. 4; l. 4, t. 14, P. 6; l. 9, t. 29, P. 3; l. 9, t. 33, P. 7; l. 25, t. 28, P. 3; l. 44, t. 28, P. 3; l. 44, t. 28, P. 3; l. 7, t. 22, P. ii.
- Respecto a la transmisión de los derechos: l. 9, 14 y 18, t. 29, P. 3; l. 5, t. 14, P. 6; l. 5, t. 14, P. 6; l. 5, t. 8, P. 5.
- iii. Respecto a la prescripción adquisitiva:

²⁶ DE LOS MOZOS, José L.: *El principio de la buena fe*. Bosch. Barcelona, 1965, p. 102.

l. 18, t. 29, P 3; l. 16, t. 29, P. 3; l. 16, t. 29, P. 3; l. 12, t. 29, P. 3; l. 50 y 51, t. 5, P. 5; l. 37, t. 14, P. 5; l. 19, t. 5, P. 5; l. 51, t. 5, P. 5. iv. Respecto a la permuta: l. 4, t. 6, P. 5. v. Respecto a la prenda: l. 7, t. 13, P. 5. vi. Respecto a la posesión de la herencia: l. 7, 21 y 26, t. 29, P. 3. vii. Otros: l. 10, t. 17, P. 1; l. 2, t. 24, P. 2; l. 6, t. 18, P. 2; l. 1 t. 27. P. 4²⁷.

Para América Latina, *Las Partidas* son relevantes pues, luego de su entrada en vigencia en 1348 por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, fue el texto matriz para la mayoría de la legislación imperial española y plena ley, a partir de «el descubrimiento», en las Colonias; circunstancia que se extendió aún después de la independencia de las repúblicas latinoamericanas, al continuar rigiendo hasta mediados del siglo XIX, a través del Derecho de Indias, en el cual *Las Partidas* tenían prelación *oficial* de sexto lugar²⁸. Tienen la importancia colateral de haber sido el texto inspirador de las diferencias con el *Code* Napoleón que aparecen en los códigos latinoamericanos promulgados después de 1850, siguiendo el ejemplo de Chile con el Código de Andrés BELLO, quien las conocía a profundidad y las consideraba inestimables.

Es lamentable que en nuestras universidades no haya interés en este tema; en parte, pudiera justificarse, porque el castellano antiguo no es fácil de interpretar. Sin embargo, resulta de gran utilidad la obra que aquí se sigue²⁹, la cual permite una lectura precisa, pero «suavizada», de la lengua del Rey Sabio.

3. La desacralización y el Derecho racional

La buena fe continuó su andadura desde la metafísica hacia las zonas de la racionalidad; pero, desde entonces, invadida de conveniencia o utilitarismo:

²⁷ En parte KLUGER, Viviana: «Una mirada hacia atrás: de Roma a la codificación». En: *Tratado de la buena fe*. Tomo I. La Ley. Marcos CÓRDOBA, director. Buenos Aires, 2005, p. 98.

²⁸ LIRA U., Pedro: «Introducción al Código Civil de Andrés Bello», en: BELLO: ob. cit., t. XIV.

²⁹ *Las siete partidas, El libro del fuero de las leyes*. Editorial Reus. José SÁNCHEZ ARCILLA-BERNAL, director. Madrid, 2004.

... tres acontecimientos históricos ejercieron profunda influencia en la índole de su filosofía moral y política. El primero fue la Reforma del siglo XVI. Fragmentó la unidad religiosa de la Edad Media y condujo al pluralismo religioso, con todas sus consecuencias para los siglos posteriores. Esto, a su vez, alentó pluralismos de otras clases, que fueron una característica de la cultura a finales del siglo XVIII. El segundo es el desarrollo del Estado moderno, con su administración central, [contrario] al principio regido por monarcas con poderes enormes (...) El tercer acontecimiento histórico es el desarrollo de la ciencia moderna, que empezó en el siglo XVII³⁰.

Lo que se estima tradicionalmente como tabúes, por ejemplo, no comer carne de vaca en la India o cochino en los países desérticos o el antiguo impulso de prestigio, estudiados a profundidad por la Antropología Cultural³¹, a la larga devienen en funciones de utilidad: procesos socio-culturales revestidos de mera conveniencia, merced a lo cual sus consecuencias pueden adaptarse, constituyéndose en indudables objetos jurídicos. Sorprendentemente entre ellos, la función utilitaria de la moral, de la ética o de la justicia:

La vida moral no consiste pues en la tarea grandilocuente de ser un abanderado en la realización del bien, sino en la más difícil y ambigua de sacrificar unos bienes a otros. Las opciones que uno toma solo pueden ser morales en la medida en que mantienen la conciencia del valor de todo aquello que con ellas sacrifica (...) Y sin embargo, el principio de que se debe ser consciente precisamente del valor de lo que se sacrifica es el único que puede favorecer una forma de convivencia que tendería a evitar los productos más aberrantes de nuestra sociedad³².

La perspectiva altruista de la moral y de la ética se puede sintetizar en la siguiente cita:

³⁰ RAWLS, John: *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 2006, p. 17.

³¹ *Vid.* CARBONNIER: ob. cit., p. 268; HARRIS: ob. cit., *passim*.

³² DE VENTÓS, Xabier Rupert: *La ética sin atributos*. Anagrama. Barcelona, 1996, pp. 111-116.

... lo justo, y en general lo honesto, debe ser apetecible por sí mismo. Todos los varones honrados aman la equidad y el mismo Derecho, y no es propio de varones honrados errar y amar lo que por sí mismo no es digno de amor. El Derecho es, pues, por sí mismo digno de deseo y de culto; lo que es verdadero de lo justo, lo es de la justicia; y, por consecuencia, todas las demás virtudes que contiene deben ser cultivadas por ellas mismas (...) Así, pues, la justicia no espera premio alguno, ningún salario: se la apetece por ella misma. Y de la misma manera lo son todas las virtudes, y lo mismo ha de decirse de ellas³³.

La armonización entre el altruismo y el pragmatismo operaría de la siguiente manera: no parece haber ni moralidad ni ética abstractamente consideradas, sino como función de algo, o para un propósito; de manera que al desmóstrarsenos y llegar al convencimiento de que el «orden social» resulta conveniente, útil y beneficioso para nosotros, por sí mismo, el comportamiento en grupo deviene en pauta ética.

Como estándar –*ethical standard*–³⁴, perteneciente al grupo de verdades eternas, «ideas fuerzas», el armazón de todas las legislaciones en todos los países³⁵, la buena fe puede ser considerada, desde ya, como un arquetipo de conducta comunal y un modelo de actuación con apego a convicciones, junto con una orientación cooperativa, promotora, proactiva, abierta y amigable, que a la postre se objetiva y que, de no acatarse, opera como indicador de la máxima sanción comunitaria: la inexistencia, el ostracismo.

Se basa en la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad aún tan falta de cohesión no es posible sin que la «confianza» dispensada, al menos en general, no sea defraudada sino confirmada, y que, por ello la buena fe permanezca como posible en

³³ CICERÓN, Marco Tulio: *Tratado de las Leyes*. Libro primero. Porrúa. México, D. F., 1993, p. 107.

³⁴ Estándar: del ing. *standard*. 1. adj. Dícese de lo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. Ú. solo en sing. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a, Real Academia Española. Desde luego que esa es la grafía empleada en este trabajo.

³⁵ JOSSEAND: ob. cit., «Introducción».

cuanto fundamento de las relaciones humanas. Una sociedad en la que cada uno desconfiara del otro se asemejaría a un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de la paz dominaría la discordia. Allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo³⁶.

En los primeros tiempos del protestantismo, en el siglo xv, se re-incorpora la vida religiosa a los asuntos cotidianos, regresándose al mundo formal de los *quirites* romanos:

... el cumplimiento de los deberes intramundanos que se derivan de la posición del individuo en la vida (...) [es el] único camino para complacer a Dios, pues ellos son la voluntad de Dios y, por lo tanto, toda profesión lícita tiene el mismo valor ante Dios³⁷.

El *ethos* protestante se puede ver plasmado en las siguientes consideraciones:

Ten en cuenta que el tiempo es dinero (...) Ten en cuenta que, de acuerdo con el refrán, un buen pagador es el dueño de la bolsa de cualquiera (...) Si tu acreedor oye el golpe de tu martillo a las cinco de la mañana o a las ocho de la tarde, se queda tranquilo por seis meses; pero si te ve jugando al billar u oye tu voz en la taberna cuando deberías estar trabajando, a la mañana siguiente, te reclamará el pago y exigirá su dinero antes de que dispongas de él³⁸.

Aparecen en esta cita ciertos comportamientos «frente a los demás», que no son otra cosa que funciones convenientes o utilitarias de la ética y de la buena fe. La «honradez» y la «puntualidad» son útiles, porque generan crédito; la inclinación constante al trabajo y la modestia o humildad aparejan buena fama. El *ethos* y proceder protestante de los primeros tiempos, estaba

³⁶ LARENZ, Karl, *Derecho Civil, parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978, pp. 58 y 59.

³⁷ WEBER, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Editorial Itsmo. Madrid, 1998, pp. 139 y 141.

³⁸ Benjamín FRANKLIN «*Necessary hints to those would be rich*», 1882; citado en WEBER: ob. cit. (*La ética protestante...*), pp. 106-109.

enfocado hacia el disfrute natural o simple de las propiedades y como tal, profundamente influido por la religión. Sin embargo, el ascetismo, en virtud de la reacción que producen las prohibiciones, las consecuencias resultaron totalmente opuestas a las previstas: La religión se convirtió en utilitaria.

Aquí se encuentra el punto de inflexión entre la cuestión meramente religiosa donde originalmente residía la buena fe y el mundo pragmático-utilitario-aprovechador del capitalismo en su perspectiva salvaje, porque la meta del creyente protestante no consistía propiamente en la acumulación del capital, ni en disfrutar del gozo que pudiera producirle, sino en la espera y expectativa de una señal divina en cuanto a la salvación de su alma; sin embargo, el trabajo intenso-racional, como una consecuencia colateral de la predestinación, le reacomodó su vida.

Por eso es que se dice que el obrar del hombre moderno de negocios tiene una fundamentación o raíz religiosa. Y así, la dinámica comercial considera que los más exitosos, se comportan como elegidos de Dios quienes ante el Creador tienen una mejor condición: Por lo cual no le ven nada malo a su riqueza; al contrario (¡!).

Ambos entornos acogen a la buena fe, por razones diversas, pero siempre utilitarias. En el siglo XX, la búsqueda de la riqueza perdió los pocos retazos del significado moral que permanecían atados a ella. El dinero se desprendió de todo significado más allá de sí mismo...³⁹, ¡Paradójico!

Nace entonces en el siglo XVI el capitalismo moderno como un culto para-religioso que se devora a sí mismo: El espíritu capitalista elimina de la dirección de la vida todo motivo que no sea la búsqueda obstinada del provecho. «El capitalismo moderno, dice un autor, es una forma de la civilización en la cual el espíritu comercial constituye la forma moral de la sociedad»⁴⁰.

³⁹ CAPRILES, Axel: *El complejo del dinero*. 2.^a, CEC, S. A. Caracas, 2011, p. 162.

⁴⁰ RIPERT, Georges: *Aspectos del capitalismo moderno*. Comares. Granada, 2001, p. 322.

3.1. *El Derecho racional*

El término no es tautológico, lo cual se explica así: Bajo la perspectiva republicano-liberal, capitalista-positivista⁴¹, el «Derecho racional» es identificado por la incorporación de actividades en auspicio de la sistematización y la especialización; por eso se lo considera «un nuevo Derecho».

La economía capitalista, en su estado puro, no puede ser estudiada con provecho. Se instaló en un mundo que tenía ya sus instituciones y sus reglas. De ahí que le fuera necesario para instalarse modificar el estado de cosas existente y para triunfar, crear un nuevo estado de cosas. Además, la economía capitalista ha fundado un régimen jurídico (...) De lo dicho no ha de deducirse que sea fácil cambiar el régimen jurídico y, por lo tanto, destruir el capitalismo actual. Las reglas jurídicas no están dictadas únicamente con el deseo de asegurar el buen funcionamiento de la economía. Son leyes del Estado, y también son el resultado de fuerzas diversas que obran sobre el poder legislativo (...) Las revoluciones nacen tanto de un ideal político como de una crisis económica⁴².

Por su parte, así percibe WEBER algunos tradicionales conceptos jurídicos, desde otro ángulo y con diferentes acentos y palabras:

De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos

⁴¹ Una breve acotación en torno al «republicanismo-liberalismo»: Las diferencias entre estas tendencias se parecen a las que existen entre moral y ética. El mantenimiento de una sociedad republicana requiere de sus miembros un alto grado de identificación con los intereses de la comunidad en la cual se desenvuelven; las actitudes republicanas están vertidas hacia el grupo social: son altruistas. En tanto que el liberalismo se conceptúa como la exaltación de las ventajas de la persona de frente a la comunidad; es una tendencia definida como individualista. *Vid.* GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós. Barcelona, 1999, p. 174.

⁴² RIPERT: *ob. cit.*, p. 3.

bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial [seguridad] (...) Todos ellos tropiezan con el obstáculo de la inevitable contradicción entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y la necesidad de que se cumplan, a través del Derecho, ciertos postulados materiales. Pues al dejar el formalismo jurídico específico que el aparato jurídico funcione como una máquina técnico racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad de movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines. Considera el procedimiento jurídico como una forma específica de solución pacífica de una lucha de intereses, en cuanto lo sujeta a ciertas reglas fijas e intocables⁴³.

El Derecho racional funge como centro aglutinante de los factores previamente analizados, pues cohesiona a la empresa racional y a sus formas de control. Por otro lado, el capitalismo necesita, primordialmente, de estabilidad para poder desarrollar sus iniciativas, lo cual solamente es proporcionado por las reglas generadas por el Derecho. El capitalismo se apoya en el contractualismo; de hecho, casi que en el sentido moderno lo genera. Bajo el característico esquema de pensamiento alemán, WEBER asigna a la coerción la mayor eficacia jurídica, por instituir un impecable sistema de reglas claras y obligatorias para todos, según las cuales los intervinientes en una operación económica, así sea en pura teoría, siempre puedan saber a qué atenerse –*in claris non fit interpretatio*–, lo cual representa una exacerbación del positivismo jurídico, que tiene «no» pocas ventajas.

El capitalismo necesita un conjunto de instituciones y de reglas que permitan reunir y emplear los capitales, que aseguren a su posesión la preponderancia en la vida económica e incluso en la política y que den a la producción y a la repartición el primer lugar en el espíritu de los hombres. El capitalismo se llamó libertad porque había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastará⁴⁴.

⁴³ WEBER: ob. cit. (*Economía y Sociedad*), pp. 510 y 605.

⁴⁴ RIPERT: ob. cit., p. 6.

Por otra parte, las reglas claras que dispongan la realización de eventos de manera hermética, sin tener que acudir sino a los elementos que la contratación defina, son loables y han sido una aspiración permanente en el campo de la nomografía. Esta tendencia se manifiesta en la redacción moderna de los contratos –*drafting style, fussy law*, a la americana–, en la cual hay un previo sistema de definiciones. La determinación de las conductas de las partes es pesada y hasta molesta para tratar de no dejarle nada que crear a la interpretación judicial, lo cual, principalmente en el *common law*, se considera peligroso.

La defensa de las formas de la cultura jurídica es una cuestión relacionada con la seguridad y la protección de los contratantes. Cuando en una contratación entre nacionales y extranjeros se eligen modelos foráneos de contratos es porque han prevalecido las consideraciones de protección y seguridad del contratante extranjero, frecuentemente el más fuerte en la relación. En tal supuesto, disminuye notablemente la capacidad de negociación y el contrato se equipara a un contrato de adhesión. Esta observación no se extiende a los modelos de contratos internacionales elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, UNIDROIT, OMPI u otros organismos internacionales de reconocida seriedad –*formulating agencies*–, cuya redacción está imbuida por un propósito de equilibrio entre los contratantes⁴⁵.

Sin embargo, y a pesar de las más abundosas y redundantes definiciones de los hechos contractuales, siempre será necesaria la interpretación!!! El contrato de estos tiempos demuestra, en el fondo, que entre las partes existe enorme duda, recelo o aprehensión y también prejuicio frente al sistema judicial. La era actual, la llamada «postmodernidad», perspectiva de vida aparecida después de la II Guerra Mundial, es un tiempo de «desconfianza» y «sospecha», que a su vez incrementa los requerimientos de buena fe⁴⁶.

La buena fe es uno de los rasgos religiosos del protestantismo que retuvo el capitalismo por el beneficio que representa y conlleva la estabilidad-

⁴⁵ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Derecho Mercantil*. Tomo IV. UCAB. Caracas, 2006, p. 2209.

⁴⁶ CIURO, Caldani: «Aspectos filosóficos de la buena fe». En: *Tratado de la buena fe*. Tomo I. La Ley. Marcos CÓRDOBA, director. Buenos Aires, 2005, p. 21.

seguridad, al fomentar un ambiente propicio para los pactos y así resguardar el «cálculo de capital», o forma de estimación de las ganancias. La buena fe cambió su paradigma ético-moral y religioso, deviniendo en una verdadera función de utilidad social y jurídica. De manera que ya no pertenece simplemente al mundo metafísico, como tantas veces se pregona: La buena fe constituye un objeto jurídico posible, cuyo manejo es peculiar.

De este modo se supera la concepción de la buena fe en su sentido ético-social —o solo ético— para quedar limitada en el ámbito preciso de un fenómeno social y jurídico dentro del cual está llamada a operar: el contrato. La buena fe no resulta ya ligada a datos vagos e inciertos; encuentra su propio elemento identificador en la función económico-social que el contrato persigue, en la planificación económica en la cual se sustancia el contrato⁴⁷.

La función de utilidad de la buena fe es explícita, porque como módulo de actitudes y prácticas, protege las expectativas de los contratantes, quienes como buenos comerciantes, se supone que profesionalmente recíprocamente han considerado las posibilidades de ganancias. Para hacer provechoso al negocio, en toda convención se hará predominar, unas veces el aspecto de la mutualidad y en otras, ceder algunos respectos para ganar en otros; en fin: operar el aspecto transaccional bajo los límites del sacrificio de las partes. En palabras de Díez-PICAZO: «La buena fe fomenta la creación del clima o telón de fondo propicios para que se desenvuelva la relación patrimonial»⁴⁸.

Para el caso que por diversas circunstancias las estipulaciones no se pudiesen cumplir, la invocación a la buena fe tiende a intervenir el negocio, básicamente determinando la equivalencia de las prestaciones y restableciendo, bajo cánones de equidad y justicia, las condiciones prefiguradas por las partes bajo las cuales se formó el pacto, fijando «la verdadera voluntad» de los contratantes, mediante la invocación de principios hoy día recibidos con beneplácito, como

⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: «La buena fe en la ejecución de los contratos». En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N.º 18, Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1998, p. 248.

⁴⁸ Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Tecnos. Madrid, 1972, p. 46.

son el *venire contra factum proprium no valet*, la «alteración de circunstancias», las reinterpretaciones del abuso de los derechos, del heredero y el mandatario aparentes y la importantísima idea de la interpretación continua bajo los principios generales (*vid.* artículo 22 del Código de Procedimiento Civil), todo lo cual se desprende del inseparable contenido de los artículos 1160 y 1270 del Código Civil, residencia conceptual de la buena fe, *regula iuris, ius cogens*, uno de los campos más feraces en Derecho y de los menos visitados, pero que es un mundo resplandeciente de buena fe. Obviamente: la invocación a la buena fe es el retorno al pretoriano *ex æquo et bono*.

4. Componentes estructurales de la buena fe. Bondades

La buena fe es un concepto indefinible por polisémico, ubicuo y metamórfico; a lo sumo, se pueden describir sus efectos; la buena fe triunfa sobre el Derecho estricto y la policía jurídica rige la regla abstracta, que solo desciende a los hechos después de haber sido coloreada por ella⁴⁹. Como arquetipo de conducta comunal y modelo de actuación con apego a las convicciones y orientación cooperativa, abierta y amigable, se nutre de dos elementos de naturaleza psico-social, de contenido parecido, pero no idéntico: La «lealtad» y la «confianza».

i. Lealtad: define una actitud consistente de apego, elección o preferencia hacia algo o hacia alguien. Es la forma como el sujeto se aprecia a sí mismo frente a personas o a sucesos; es el componente básico de la buena fe «subjetiva» y se relaciona con lo moral, al creerse actuando correctamente. La lealtad genera crédito. Interpretativamente, se comporta como un elemento de auto-integración, justo al lado y a la par del texto que contiene al negocio.

ii. Confianza: en cambio, tiene que ver con una serie de expectativas que el sujeto se hace respecto a otras personas o sucesos y aun respecto a cosas. Es un aspecto vertido hacia el exterior que denota probidad en el obrar. La confianza es una apuesta, hipótesis o concepción acerca de la predecibilidad del futuro, eliminando o disminuyendo incertidumbre. Versa primordialmente acerca de la normalización de las acciones o conductas de las personas, de las

⁴⁹ JOSSEAND: ob. cit., p. 251.

cuales el sujeto con-fe o con-fiado, puede predecir respuestas con regularidad y fijeza, de manera de hacer conjeturas acerca del comportamiento de otros individuos, es decir, establecer para sí un sistema normativo-regulatorio particular, bajo el paradigma del *bonus pater familias* o «usos del tráfico», generando la diligencia promotora para el cumplimiento. La confianza pertenece al ámbito del comportamiento, es expectativa, optimismo y cooperación; se relaciona con lo ético y es uno de los componentes de la llamada buena fe «objetiva», por ello considerada con un efecto de hetero-integración interpretativa. La confianza constituye el sustrato del artículo 1270 del Código Civil, la pauta general de la diligencia obligacional y sus acólitos tautológicos, los artículos 602, 1175, 1272, 1594, 1623, 1692, 1726, 1757 y 1785.

Es conveniente puntualizar que las expresiones «buena fe subjetiva» y «buena fe objetiva» no representan clases de buena fe, sino una manera de estudiar con más precisión sus efectos, los cuales siempre se mostrarán circularmente, interrelacionados y generándose los unos a los otros. La cualidad objetiva-subjetiva, también guarda paralelismo con las ideas de moral y ética: Lo subjetivo-moral, como un sentido de juicio que permite a la persona distinguir entre los valores y adoptar preferencias. Lo objetivo-ético, prescribiendo las reglas de comportamiento frente a los demás. Se pueden idealizar con la imagen del puño y la mano abierta: Lealtad y confianza son caras de la misma moneda.

4.1. *Bondades generales de la buena fe*

i. Obrar como «metanorma», es decir, como regla de segundo grado o auxiliar, posibilitando-enfocando la acción de dispositivos legales al caso concreto. Aunque sus lineamientos no están siquiera escritos, ni son reglas positivas, sus directivas, ciertamente que existen, se perciben y son fuentes de Derecho, actuando normativamente desde la fase de preparación, en la celebración del contrato y hasta después de concluido, en la fase de ejecución de las garantías, para regular las posibles contradicciones de las partes, todo porque su efecto siempre queda abierto a la interpretación; es un imprescindible *topoi* jurídico –ideas abiertas que permiten el acceso a nuevas ideas⁵⁰; ii. la buena

⁵⁰ Algunos ejemplos de metanormas: artículo 17 del Código Civil: «El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien»; artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del

fe sirve de módulo o modelo del proceder de las partes, para una *performance* adecuada de las obligaciones; es el telón de fondo o ambiente de la actividad contractual; iii. determina el límite del sacrificio contractual corrigiendo el contenido del pacto, restableciendo el equivalente de las obligaciones, cuando aparezcan la alteración de circunstancias, sobrevenidas, onerosas, no imputables y sin mora de las partes e impidiendo las contradicciones; iv. la buena fe opera como canon de hetero-integración del contrato, desdogmatizando el contenido obligacional; v. fija las pautas de la responsabilidad contractual y extracontractual; vi. concurre con el orden público, limitando el ejercicio de derechos subjetivos y proscribiendo su abuso⁵¹.

4.2. *La mala fe*

No es el opuesto a buena fe, pero colinda con el concepto del dolo; se la ubica entre el silencio y el engaño o la mentira; coloquialmente equivale a mala voluntad, malquerencia.

Trabajo: «Cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la que más favorezca al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad; artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (derogada): «Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario»; artículo 254 del Código de Procedimiento Civil: «Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma; artículo 8 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos: Los planes de simplificación de trámites administrativos que elaboren los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberán realizarse con base en los siguientes principios: La presunción de buena fe del ciudadano. La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública. Para los *topoi* jurídicos, *vid.* VIEHWEG, Theodor: *Tópica y filosofía del Derecho*. 2.^a, Gedisa, Madrid, 1977.

⁵¹ *Vid.* también entre otros: MARTINS-COSTA, Judith: «La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones». En: *Tratado de la buena fe*. Tomo II. La Ley. Marcos CÓRDOBA, director. Buenos Aires, 2005, p. 103.

La mala fe, en cambio, es intención de obrar de modo diferente al Derecho o, en otras palabras, de desobedecer al Derecho, naturalmente, a la mala fe pueden y más bien deben referirse las consideraciones ahora hechas sobre la diferencia entre su concepto jurídico y su concepto moral. Después de todo lo dicho es fácil comprender que debe ser considerada una forma de intención intermedia entre la buena y la mala fe en el caso de la duda: la buena fe es tener conciencia de la razón y de lo justo; la mala fe es tenerla del error, de lo injusto; la duda es falta de conciencia de lo uno y de lo otro⁵².

Es frecuente la confusión entre mala fe y dolo, y la oposición entre buena y mala fe no es unánime. En este trabajo se percibe a la mala fe como una actitud intermedia y previa al dolo, a la cual le falta actividad, aunque le sobren anhelos: es tan solo mal-querer, obviamente incompatible con los efectos de la buena fe.

¿Son sinónimas estas dos palabras? ¿La mala fe, para poder ser calificada de fraude, tiene que traducirse en un acto que lleve en sí mismo la huella del vicio, o bien la intención fraudulenta puede ser castigada por sí misma? ¿Deben todos los actos examinarse desde el doble punto de vista de su regularidad objetiva y de la moralidad de su autor? ¿Qué pena puede infligirse a quien se ha valido del sistema jurídico para ejecutar un acto fraudulento? He aquí otras tantas cuestiones que no pueden resolverse mediante la sola aplicación de las máximas morales bastante vagas que hemos citado⁵³.

El aspecto puramente volitivo de pasar a la acción y causar perjuicio a la contraparte negocial no aparece en la mala fe; o como dice RIPERT, «conociendo el error del otro contratante, pero sin hacer nada para desengañarlo»; es prácticamente «un deseo de que salgan mal las cosas» o picardía; se trata de una forma de reserva mental, diferente a la reticencia, como manifestación de error con dolo.

⁵² CARNELUTTI, Francesco: *Teoría general del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, pp. 343 y 344.

⁵³ RIPERT, Georges: *La regla moral en las obligaciones civiles*. Editorial La Gran Colombia. «Prólogo y notas» de Hernando DEVIS ECHANDÍA. Bogotá, 1946, p. 226.

El pícaro es un producto de la supervivencia, un ser asocial, indiferente a las normas y valores colectivos, que aprovecha cualquier oportunidad para vivir mejor su presente. Está encarnado en esas personas despreocupadas que prefieren el beneficio rápido al trabajo hacendoso, en los individuos diestros y mañosos que desprecian la vida ordenada y buscan adaptarse a cualquier condición independientemente de su signo. Lo hallamos en aquellos que no se enfrentan al sistema, pero tampoco se someten a él; en los que siempre encuentran formas ingeniosas para salirse con la suya⁵⁴.

La mala fe debe revelar el aspecto psicológico para matizar la conducta como mala voluntad, hostil o maliciosa; al contrario de la buena fe, que tiene relación es con la creencia leal y la confianza o con la dispensa de un error excusable; diferente a la mala fe canónica, que es indicativa de pecado. Está amparada, protegida, si se quiere, como consecuencia del *onus* probatorio que la ley dispone en cabeza de quien invoque la mala fe, solamente como puro argumento y específicamente conforme con los artículos 1354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil. Los casos de mala fe conceptualizados en norma expresa del Código Civil determinan ficciones jurídicas—como si se tratara de mala fe— con efectos específicos, cuyos hechos corresponde acreditar a quien aspira valerse o ampararse en ellas. Erróneamente, la carga de evidenciar los hechos conformadores de la mala fe se hace emanar, del no bien utilizado precepto referido a un asunto específico, ubicado en el Título V, Sección IV, Capítulo III, del Libro segundo, dentro de las reglas «De la posesión inmobiliaria» y con efecto circunscrito a esa materia; se trata del artículo 789 del Código Civil: «La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla». La indudable raíz posesoria se encuentra en los artículos 2268 y 2269 del *Code*; que no es extensible a la generalidad de los casos.

Los efectos del antivalue socio-jurídico en que consiste la mala fe, mala voluntad o malquerencia, encarnado en el *trikster*, pícaro, bellaco, embaucador, el criollo «pájaro bravo», quien generalmente con un rostro simpático y agradable rechaza a la norma por el puro gusto de lo ilegal, que se sale con la suya

⁵⁴ CAPRILES, Axel: *La picardía del venezolano o el triunfo del Tío Conejo*. Santillana. Caracas, 2008, pp. 151 y 152.

—se acata, pero no se cumple⁵⁵—, están sancionados por específicas disposiciones del Código Civil, entre ellas los artículos 127, 173, 382, 405, 556, 1035, 1180, 1271, 1280, 1281 y 1512. Estas normas en general, configuran agravaciones o indemnizaciones por daños y perjuicios, beneficios de protección a los débiles jurídicos y a la apariencia respecto a los contratantes que van de buena fe al negocio, así como la repetición de obligaciones, entre otras.

4.3. *El dolo*

En la secuencia de disfuncionalidades de la buena fe, el dolo constituye su verdadero contrario. Como maquinación consciente para producir una consecuencia antijurídica civil o penal, con efectos patrimoniales perniciosos, derivados de la infracción abierta contra el límite del sacrificio ofrecido por el contratante contra quien se comete fraude o contra la ley. Consecuentemente, la buena fe jamás entra en auxilio de situaciones que se puedan categorizar como dolosas.

Las disfuncionalidades de la buena fe ofrecidas por el error y la culpa abarcan un interesante y considerable espacio, por lo que deben abordarse en otra oportunidad.

5. Los actos propios. Origen del *venire*...

Los aforismos *nemini licet adversus sua pacta venire* —a nadie le es lícito venir contra sus pactos—, *nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam* —nadie puede cambiar sus propósitos para dañar a otro—, *factum cuique suum non adversario nocere debet* —a cada quien debe perjudicar su acto, no al adversario—, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* —nadie puede invocar a su favor su propia torpeza—, *qui tacet consentire videtur* —el que calla otorga—, dan pie al desarrollo de la temática de los actos propios y al análisis de su muy estrecha vinculación con la buena fe, por afectar a la lealtad y la confianza, elementos estructurales de este principio general del Derecho.

Después de la muerte de su hija, que cual madre de familia había vivido como emancipada de derecho, y falleció con herederos instituidos

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 107, 138, 151 y 170.

en su testamento, se prohíbe que el padre promueva controversia «contra su propio hecho», como si no la hubiese emancipado según derecho, ni en presencia de testigos⁵⁶.

La regla o doctrina *venire contra factum proprium no valet* es un apócope de la expresión latina: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam, venire contra factum proprium no valet*, también: *venire contra factum proprium nulla conceditur*⁵⁷, cuya formulación más antigua aparece justamente como se lee en la citada opinión de ULPIANO vertida en el *Digesto* –también PAPINIANO: D. L. 50, t. 17, 75–, surgida de un conflicto en el cual un padre emancipó a su hija, quien vivió muchos años en esa condición y luego de muerta, para aprovecharse de la herencia, pretendió retraer los hechos acomodatadamente, invocando trasgresiones formales, de modo que el patrimonio de la hija quedase nuevamente bajo su *potestas*. La regla no parece encontrarse en el Derecho romano antiguo, sino como una precisión avanzada del posterior Derecho justiniano; representa un resguardo contra la mala fe, contra el dolo y una reiteración de la apariencia como valor.

El *venire...* no está expresamente, ni definido ni aludido en modo directo por la ley; en todo caso, puede ser deducido de algunas disposiciones. Se trata de un recurso que pretende proteger la confianza entre partes contractuales –o no– y solucionar problemas «sobre la marcha», característicamente empírico y experiencial, como producto de revisiones, relativamente recientes, de la doctrina y jurisprudencia extranjeras. El *venire...* constituye un importante elemento-herramienta para disminuir el efecto de las tesis pactistas o excesivamente contractualistas, resaltando el valor de la sencilla, pura y simple, apariencia de los actos y actitudes desplegados por una parte dentro de una relación jurídica, lo cual produce una sensación de verosimilitud.

En la doctrina alemana, luego de los interminables debates iniciales y de las hondas discrepancias de opinión consiguientes, se fue afirmando, cada vez con mayor fuerza, la idea de ligar la apariencia con un principio general

⁵⁶ *Digesto*, Libro I, Título VII, 25. ULPIANO, *Opiniones*, Libro V.

⁵⁷ Sucesivamente: *venire...*

de publicidad –*Publitzitätsprinzip*–, inspirado en la exigencia de proteger la fe pública. Dicho principio comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho, es eficaz de todos modos, como si hubiese sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero (...) En el Derecho positivo italiano el panorama es distinto. Las *fattispecie* de apariencia están constituidas por situaciones de hecho sustanciales que están al margen de la influencia del formalismo jurídico, y dicha característica representa su razón justificativa principal. Es cierto que la publicidad, los actos con fe pública y las demás figuras de igual tipo tienden a realizar la protección del mismo sistema de intereses que el Derecho quiere garantizar con el régimen de la apariencia. Empero, las formas de la protección jurídica son radicalmente distintas en las dos categorías de fenómenos. El formalismo, al manifestarse en estructuras rígidas y tipificadas, realiza una protección más intensa del tercero, porque dispensa de una justificación específica de su conducta cuando él puede invocar el contenido del documento formal: esta protección, en particular, o bien no tiene ningún límite en el conocimiento del tercero sobre la disconformidad entre la situación jurídica real y la situación resultante del documento negativo, o bien tiene solo un límite negativo, cuando se presente un entendimiento doloso o un estado de mala fe⁵⁸.

La seguridad, la regularidad, la legitimidad y la cooperación, juntas en un núcleo de razonabilidad, son sinónimos-integrantes del «concepto jurídico indeterminado» que es la buena fe, en el camino a la justicia, para lograr, de manera promotora o proactiva, el propósito del negocio jurídico que se representaron o figuraron las partes al momento de estipular.

El principio *venire contra factum proprium* está profundamente arraigado en la justicia personal, a cuyo elemento más interno pertenece la veracidad. Sin embargo, este principio no es idéntico con el deber *ético* de veracidad. El *venire*

⁵⁸ FALZEA, Angelo: «El principio jurídico de la apariencia». En: *Revista Derecho PUCP*. N.º 59. Lima, 2006, pp. 177 y ss., <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3054> (también en: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmática giuridica*. Giuffrè. Milán, 1997, pp. 809-856).

contra factum proprium es *dolus praesens* (hipotético). No presupone necesariamente el que, de mala fe o con negligencia culpable, cree una expectativa en la otra parte. La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino –como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad– el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte. Más simplemente: El principio del *venire* es una aplicación del principio de la confianza en el tráfico jurídico y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira⁵⁹.

6. Formulación del *venire*...

La regla referida por el *venire*... se puede formular de la manera más simple así: «nadie puede cambiar de comportamiento arbitrariamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento a futuro». En términos coloquiales: «uno es dueño de sus silencios y abstenciones, pero esclavo de sus palabras y de sus actos». Sin embargo:

En determinadas «circunstancias» el silencio o la conducta omisiva pueden adquirir relevancia jurídica. Por ejemplo, el que tiene el deber de responder y no lo hace, puede ser su inacción interpretada como aceptación de la iniciativa ajena. También puede suceder que el silencio tenga significación por un uso o costumbre, pudiendo valer como aceptación o rechazo. Así, por ejemplo, si durante años se le enviaron los últimos libros a una determinada persona y siempre los aceptó, y paga la correspondiente factura, el silencio en estos casos es aceptación...⁶⁰.

El Código de Derecho Canónico establece: «Canon 15 (...) § 2. No se presume la ignorancia o el error acerca de una ley, de una pena, de un hecho propio...». Es decir, que nadie puede invocar error o ignorancia en torno a un hecho propio en ese antiguo Derecho.

⁵⁹ WIEACKER: ob. cit., p. 61.

⁶⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Buena fe en los contratos*. Editorial Reus. Madrid, 2010, p. 60.

Implica el *venire*... que dentro del curso de un negocio o de un proceso, una parte está impedida de establecer pretensiones o formular alegaciones, que pudiendo ser razonables y verdaderas, se contradigan con el sentido real de su proceder anterior. Por ejemplo: no es posible, durante un juicio invocar la falsedad de algo que la misma parte ya ha previamente dejado fijado y admitido como hecho cierto del proceso.

No se trata de una prohibición directa, o de una orden expresa de no hacer, sino una advertencia de un «no poder hacer»; por eso es que llega a alcanzar el rango de un verdadero principio general, formulado de manera indirecta y muy discreta pero efectiva, para que las relaciones se conduzcan con probidad y lealtad; lo que coincide, o se llama, frecuentemente *Fair play*.

Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe, había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior⁶¹.

Hay, como eco del *Digesto*, traza de la regla *venire*... en la Ley de *Las Partidas*, t. 8, P. VI:

Ley VI.- Cómo aquél que otorga, o consiente en el testamento, en que lo deshereda su padre, no lo puede desatar después. En cualquier manera que otorgase o consintiese el hijo o el nieto en testamento en que le hubiese desheredado, así como si le hubiesen dejado manda en él o a su hijo o a otro alguno que fuese en su poder e la recibiese; o si, él fuese abogado o personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuesen en el escritas; o consentiese en el testamento en alguna otra manera semejantes de éstas, no podría después querrellarse para quebrantar el testamento, ni debe ser oído.

No se ha encontrado sentencia en materia civil, en la cual conste su aplicación en Venezuela; pero ello no impide para su aplicación, como se verá.

⁶¹ Díez-PICAZO, Luis: «Prólogo» en: WIEACKER: ob. cit., p. 21.

En el Derecho anglosajón la regla *venire...* aparece bajo la denominación de *estoppel*, que parece provenir de la expresión inglesa antigua *barred* o *stoppeth his mouth*, del inglés medioeval *barred*, barra, obstáculo, incluso del francés *stoupe*. Se manifiesta, igualmente, como el deber de respetar ante el juez, la parte o los terceros, las expectativas de certeza que esa conducta de admisión de un hecho ha suscitado, con base en el principio de la preclusión y la lealtad-integridad procesales.

Por tener un efecto de abstención, de barrera, impide que una situación se modifique o extinga, de manera que se constituye en una protección a la apariencia que brinda *statu quo*, o sea, los hechos cumplidos; si se quiere, es también una reminiscencia el principio posesorio-procesal de la mejor condición del poseedor, contenido en los artículos 775 y 779 del Código Civil y 12 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Se manifiesta primordialmente como medio de defensa y no como acción.

Uno de los síntomas más evidentes de los efectos del *venire...* surge de la prohibición y consecuencial nulidad, de las obligaciones que se contraen bajo el capricho que representan las condiciones meramente potestativas. Es decir, las falsas condiciones que se enmascaran como un hecho que depende nada más que de la voluntad del contratante que tiene la carga de cumplir, pero estipulando caprichoso y voluptuoso, de qué manera o cómo y si cumplirá con su carga; lo cual es contrario a la cooperación y a la buena fe, como expectativa y compromiso fundado en la realización de un propósito conveniente-útil a todas las partes; simplemente porque no hay coherencia, sino –se repite– arbitrariedad; lo que implica mala fe y hasta dolo.

Los presupuestos generales de aplicación de la regla *venire...* se han establecido así:

- i. una conducta previa y una pretensión anterior de la misma persona, sus representantes o sucesores, ii. que exista identidad de partes, iii. que la situación se produzca dentro del mismo contexto jurídico, iv. que la conducta previa tenga significado unívoco, v. que la conducta previa y

la pretensión ulterior resulten incompatibles, vi. que la conducta previa sea válida, voluntaria, relevante, eficaz, deliberada, libremente adoptada y no medie error o vicios de la voluntad, vii. que la declaración previa ya sea expresa o tácita (artículo 915 del Código Civil de Argentina) [no existe en el venezolano] haya tenido aptitud para producir confianza en la otra parte, viii. carácter residual, pues el principio no resulta invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta objetivamente contradictoria, ix. la mala fe impide su aplicación porque si se pretende impedir el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación, no es aceptable que se pueda hablar de confianza en un sujeto que obra de mala fe, x. el *venire...* como principio general y autónomo del Derecho debe ser utilizado por el magistrado a través del principio *iura curia novit* aún de oficio, cuando en la causa se solicitó el rechazo de la acción por cualquier motivo. Esta interpretación es coherente con el artículo 16 del Código Civil, y los jueces tienen la obligación de aplicarla cuando se encuentren reunidos los elementos estructurales que la viabilizan. Por nuestra parte pensamos que no es solo facultad sino deber de los magistrados impedir la incoherencia, los comportamientos contradictorios y la mala fe –y no solo de los justiciables– pues el *venire...* involucra la actividad de los mismos jueces, imponiéndoles la obligación de ser congruentes con sus actos en las actuaciones en que intervienen⁶².

7. Problemática del *venire...*

El *venire...* ha suscitado complicaciones teóricas:

i. Algunos señalan que se trata de una situación que solamente se produce dentro o con objeto de un «proceso», por confundirse con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de la voluntad. Aunque, ciertamente, muchos eventos de contradicción tienden a ocurrir dentro del proceso judicial, si el ámbito del *venire...* se encuadrara solamente

⁶² PIAGGI, Ana I.: «Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios». En: *Tratado de la buena fe*. Tomo II. La Ley. Marcos CÓRDOBA, director. Buenos Aires, 2005, pp. 115 y 116.

dentro de lo procesal, que en el fondo es el último estadio del conflicto de intereses y una situación relativamente anómala, el efecto del principio sería mucho más restringido y no tan fácil de entender.

ii. Que solamente se podría aplicar la doctrina del *venire...* en casos judiciales en tramitación y antes de que se produjese estado, o sea una situación contra la cual no fuese posible proponer nueva defensa.

iii. Que no puede aplicarse a situaciones de *facta concludentia*, es decir, a actos terminados por efecto de un consentimiento válido, dado por sustitución o en cumplimiento consensual en los contratos, de manera diferente a lo pactado, o las sentencias judiciales firmes.

iv. La doctrina de los actos propios no aludiría a problemas de la voluntad negocial, sino a determinar una relación fuera de cualquier negocio jurídico, por ser una aplicación discreta de la buena fe abstractamente considerada, referida a puras conductas o actitudes; no se trataría de una instrucción vinculante para el intérprete.

Lo que se aspira proteger con el *stoppel-venire...* es la confianza legítima que ha suscitado la apariencia que comunica la conducta concluyente, el proceder o actitud-ánimo de una de las partes en una cierta situación jurídica, lo cual opera como una guía-referente, de lo llevado a cabo previamente por la misma parte, quien contradictoriamente y con una actitud, proceder o conducta posterior y opuesta, se le enfrenta u opone a la inicial.

Así, la conducta es concluyente pues de ella se deduce una determinada voluntad. Estas conductas concluyentes pueden contribuir a hacer surgir una apariencia de derecho. Aquí se puede prescindir de la conducta concluyente, declaración tácita del interesado inactivo, y mirar solo la tutela de la buena fe y legítima expectativa de quien tiene motivos para creer en la apariencia que se generó por determinada conducta. Si analizamos el caso, por ejemplo, del mandato tácito, y vemos que la existencia del mismo se deduce de la ejecución que realiza el mandatario de la prestación, aún sin haber

aceptado este contrato, vamos a ver cómo esta conducta de ejecución tiene en sí una significación que es propia de la aceptación⁶³.

En consecuencia y síntesis, el acto que genera en la otra parte la impresión acerca del sentido del primer proceder que le da confianza, debe mantenerse y satisfacer los requisitos legales para las emisiones de voluntad (*ex* artículo 1146 Código Civil); a saber:

- i. Debe tratarse de un primer proceder voluntario, sin violencia o coacción;
- ii. sin error; iii. con conocimiento amplio de la situación; e iv. implícitamente, que el propio acto que genera la confianza inicial en la futura conducta de la otra parte, debe tener validez.

¿Se tratará de un derecho *in faciendo*, como aquellos que confieren a su titular la facultad de requerir y obtener una determinada prestación o conducta de otra persona?; o es que hay algo procesal que no tenga como substrato a un negocio o a la constitución de un estado civil o de una situación negocial –por ejemplo, juicio de prescripción–; ¿habrá pleitos abstractos?; procesalmente la congruencia judicial, o sea la jurisprudencia, como una manifestación de la costumbre-apariencia-precedente, es una de las bases de la seguridad jurídica y por consiguiente, un acto propio de cada juez. Lo es por principio de funcionamiento en el sistema del *common law*, pero también en el Derecho continental. ¿Cómo se litigaría ante un mismo tribunal asuntos similares, no estando confiado en la emisión de un parecer o proceder similar-congruente-razonable y además constante? Esto no implica que, por razones bien justificadas o justificables o decisiones de tribunales superiores, por ejemplo, al amparo del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, una tendencia jurisprudencial no pudiese sufrir modificaciones; ¿será siempre un asunto interlocutorio?; ¿será un asunto que simplemente se ventila para dar vida a los cánones de la ética procesal? (*ex* artículo 170 del Código de Procedimiento Civil); ¿o es que acaso la regla *nemo auditur* no es una evidente protección contra la mala fe y el voluntarismo pseudo-contractual y otra manera de expresarse el *venire*... evitando la torpeza y protegiendo la no contradicción?;

⁶³ ORDOQUI CASTILLA: *ob. cit.*, p. 60.

¿cuál es el fundamento de establecer una separación y «un mejor Derecho» entre los hechos concluidos por pura voluntad de partes y aquellos en los cuales la voluntad es suplida por efecto de la sentencia judicial? La mejor sentencia se la dan las partes –del refranero manchego: «Más vale mal concierto que buen pleito–»; en Alemania, el *venire...* se lo conoce como la doctrina de la *verwinkung*, pero con efecto limitado a la antigua y desaparecida acción de jactancia o retardo perjudicial, para combatir el ejercicio de un derecho llevado a cabo con un retraso desleal. En el señero trabajo de PUIG BRUTAU, se establecen las bases para la enseñanza del *stoppel* y del *venire...* llegando a la conclusión de que son coincidentes, en la mayor parte de sus supuestos.

Con esta formulación tan general, esto es, sobre tan amplia base, no ha de extrañar que la doctrina anglosajona distribuya la materia jurídica unitaria del *stoppel* en las siguientes partes:

- i. *Estoppel by record*, equivalente a nuestra doctrina de la cosa juzgada;
- ii. *estoppel by deed*, equivalente a la veracidad que se desprende de una escritura o documento público;
- iii. *estoppel by facts in pais*, equivalente a nuestra doctrina de los actos propios. Las dos primeras clases de *estoppel* están muy íntimamente enlazadas.

La referencia al *deed* implica claramente que se trata del resultado que impone la existencia de un instrumento público. La expresión *estoppel by record* alude claramente a lo que alguien no puede hacer porque sería contrario a lo que está públicamente registrado (...) En todo caso, resulta conveniente observar que se emplea la misma palabra, *estoppel*, con objeto de señalar lo que para nosotros es la doctrina de los actos propios –*estoppel by facts in pais*: como si dijéramos, obstáculo resultante de los actos ejecutados por alguien, de manera notoria en cierto lugar– y la protección resultante de la fe pública registral –*estoppel by record*–. Semejante comparación nos permite vislumbrar la unidad interna que existe entre instituciones aparentemente distintas⁶⁴.

⁶⁴ PUIG BRUTAU: ob. cit., pp. 109 y 110. Vid. En materia administrativa: RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el*

La aplicación del *stoppel-venire*... tiene, como reclamo de lealtad-equidad –buena fe subjetiva–, el mantenerse firme con una convicción y la condición de ser recíproco; puede ser invocado en favor o en contra de cualquiera de las partes: *tu quoque*. La contradicción consigo mismo –deslealtad–, contraría al principio capital que opera en beneficio de la otra persona que, con buena fe objetiva, confió en una conducta o afirmación inicial que suponía honrada y válida y que lo ha llevado a comportarse de un modo específico, esperado, figurándose o representándose, que los hechos sucesivos seguirán ocurriendo de la misma manera inicial leal-coherente.

No cabe duda que a un litigante y también a un contratante, se le impone el deber de coherencia, en el sentido de no poder contrariar sus precisas y previas actuaciones, lo cual significa que no debería sostener procesalmente una posición distinta a la que sostuvo con su conducta o con declaraciones anteriores, en defensa de su derecho –deber de integridad-lealtad–; o al contratante, el deber de mantenerse fiel a lo conversado en las tratativas. Por el característico efecto preclusivo de los actos procesales, además, se ha cerrado la posibilidad de volver a promover un acto de defensa diferente al sostenido previamente y eso tiene, tanto un efecto puramente procesal como, principalmente substantivo, pues crea derechos adquiridos intraprocesales (*ex* artículos 211, 212 y 213 del Código de Procedimiento Civil), con efecto muchas veces substancial, como en los casos en los cuales el proceso goza de autonomía creativa, como ocurre con las acciones constitutivas.

La contradicción, consecuentemente, afecta tanto el aspecto adjetivo representado por los ritos procesales, como el substantivo de la cuestión que se defiende. La regla *venire*... establece una prevención que ampara los dos aspectos, tanto el adjetivo como el substantivo; no hay razón para establecer la distinción.

... pues el principio de la «buena fe» significa que cada uno debe guardar fidelidad (lealtad) a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar

Derecho venezolano. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconfianza-legitima>; BARBOZA RUSSIAN, Hernando H.: «La confianza legítima y la interpretación del artículo 231 por la Sala Constitucional». En: *Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N.º 1. Universidad Rafael Urdeneta. Maracaibo, 2013, pp. 97-104.

de ella, ya que ésta forma la base indispensable para todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado interviene en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos⁶⁵.

La doctrina, teoría o principio del *venire...* debe ser recibida con gran cautela, no obstante su *iter* y su verdadera importancia. El *venire...* se reputa como un recurso subsidiario, por cuanto tiene un efecto correlativo similar al de los polos eléctricos, que actúan solamente cuando están presentes ambos. La buena fe, sería como el polo positivo; el *venire...* el otro.

La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides* que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el *pacta sunt servanda*, y la restricción del deber de prestación inicia a través del principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la *fides* a través del elemental entendimiento de que la concepción «textual» del vínculo debía ser sustituida por una concepción «leal» del mismo. Dicho más concisamente: «en lugar de la letra», el espíritu de la obligación (*ex bono et æquo*)⁶⁶.

Es de recordarse la reflexión de HABERMAS en torno a la legitimidad y a los efectos circulares de la generación de la apariencia, la legitimidad y la seguridad jurídica; por consiguiente, si la conducta contradictoria se produce en contravención a la buena fe y causa daño, se le opondrá al infractor la regla *venire...* deteniéndolo —*estoppel*—, tanto fuera del proceso y con más razón dentro de él, reclamándole que demuestre una actitud *civiliter*, coherente con los actos previos que emitió y que, por ello, lo obligan. Cabe igualmente invocar el *dictum* de JOSSEAND: «quien crea una apariencia se hace esclavo de ella»⁶⁷.

Uno de los casos que discute la doctrina es el referido a los hechos omisivos para usucapir, por silencio, negligencia o dejadez en las obligaciones de cuidado

⁶⁵ LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*. Tomo 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, p. 142.

⁶⁶ WIEACKER: ob. cit., pp. 60 y 61. Paréntesis añadidos.

⁶⁷ Citado en ORDOQUI CASTILLA: ob. cit., p. 131.

y guarda de la propiedad, tales que pudieran inducir a alguien a considerar que no esté viva la posesión o que no interese la relación jurídica cosa-dueño y que el descuido pueda constituir una pérdida del derecho.

El efecto vinculante del silencio, en tales casos, encuentra su justificación en el marco de las circunstancias en que el silencio se encuadra. Ante todo, dicho efecto es conforme al propósito práctico que normalmente determina la inercia consciente y es independiente de una conciencia específica del valor concluyente de esta; además, constituye la lógica consecuencia del incumplimiento de una carga que responde a las exigencias del tráfico y de la buena fe. En los casos indicados, por tanto, el efecto del negocio del comportamiento omisivo se funda sobre el criterio de la iniciativa y de la autorresponsabilidad privada, prescindiendo de que refleje una conciencia del valor concluyente de la omisión⁶⁸.

Conforme con PUIG BRUTAU: «la verdadera naturaleza del problema que examinamos consiste en que, por razones de justicia y de convivencia pública o política jurídica, el arbitrio judicial interviene de manera creadora o constitutiva, imponiendo (...) las mismas consecuencias que ordinariamente se desprende de las declaraciones voluntad»⁶⁹.

Por ejemplo, ante la señal de desidia que da el poseedor inerte y pánfilo, es que encuentra su razón de ser el juicio declarativo de prescripción, previsto por los artículos 690 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, instituido para eliminar la incertidumbre en cuanto a la propiedad. Finalmente:

Este resultado a que llegamos con nuestro método comparado, seguramente se armoniza con la orientación a que se refiere nuestro CASTÁN con las siguientes palabras: «Se suele decir que el silencio vale como declaración cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede

⁶⁸ BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, p. 114.

⁶⁹ PUIG BRUTAU: ob. cit., pp. 120 y 121.

y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente, en aras de la buena fe». Es decir, no se trata de la apreciación de actos concluyentes y reveladores de que ha existido declaración de voluntad, sino que la buena fe exige imponer las mismas consecuencias de la voluntad declarada, a pesar de que ésta no existió. Por tanto, se trata de un resultado impuesto por la misma razón fundamental a que responde la regla *venire contra factum proprium non valet*, a saber, el principio de protección dispensado a los actos realizados de buena fe y confiando en ciertas apariencias⁷⁰.

8. Ajustes del *venire...* en el sistema venezolano

En el sistema substancial civil venezolano, parece que el *venire...* tuviese aplicación, restrictiva:

Artículos 41 y siguientes del Código Civil, relativos a la promesa matrimonial. Adelantado el trámite del casorio hasta la fijación de carteles, se puede desistir del matrimonio, pagando los daños y perjuicios causados por la preparación de la fiesta y otros, con caducidad bianual: no opera el *venire...*

Artículo 1137 del Código Civil y 114 del Código de Comercio: Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta: no tiene aplicación el *venire...* por el efecto substitutivo de la nueva oferta cerrada con la aceptación. Pero si el oferente se vuelve a arrepentir: cabría el *venire...*

Artículo 1202 del Código Civil, referido al efecto de las condiciones solamente potestativas, lo cual constituye una de las aplicaciones paradigmáticas del *venire...* para evitar las arbitrariedades del estipulante que tiene la carga de cumplir: «cumpro solamente si me da la gana». Por ello es que está sancionada la obligación contraída de forma solamente potestativa y el contrato, que queda sin causa, con su nulidad; es decir, carece de efectos: tiene aplicación el *venire...*

⁷⁰ Ídem.

Artículo 1263 y siguientes del Código Civil: La revocación de los pre-contratos es perfectamente posible, pagando daños y perjuicios, a menos de que la ejecución hubiese comenzado; con mayor razón si hay arras o cláusula penal: no opera el *venire*...

Artículos 1285, 1286 y 1288 del Código Civil: Se trata de pagos verificados al acreedor que se aprovecha del pago en dinero o en especie. La Ley reputa válidos los pagos hechos por quien no era dueño de la cosa o dinero entregado, por quien lo entregó a quien o era el verdadero acreedor o al incapaz, siempre que el acreedor se aprovechase u obtuviese utilidad: es un claro caso de aplicación del *venire*... por quien canceló, pues por efecto de la buena fe si el acreedor se benefició, no puede contradecirse y reclamar por no haber recibido lo que se le debía.

Artículo 1289 del Código Civil: Pago verificado al acreedor embargado, no es válido respecto a los acreedores favorecidos por la medida, pues se trata de un fraude y por consiguiente de la aplicación del aforismo «quien paga mal repite»: no se aplica el *venire*...

Artículo 1352 del Código Civil: No se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades: en este caso no se podría aplicar el *venire*..., porque por más reiterativo que sea un proceder, no es confirmable si está inficionado de nulidad absoluta y mucho menos, si aparece la trasgresión a normas de orden público, tales como la falta absoluta de consentimiento, la interdicción, o la falta de acatamiento a reglas de formalidad substancialmente expresa, como el registro de la hipoteca.

Artículo 1362 del Código Civil: Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se puede oponer a terceros: se aplica el *venire*... Los terceros siempre estarán protegidos por la apariencia que emana del instrumento público –*stoppel by record*–. Por más que una parte, mediante contra-documento,

contraría una convención extendida en un instrumento público, esa conducta sería reclamable entre las partes, mas no frente a los terceros de buena fe; o sea, quienes desconozcan el contenido de las tratativas internas de los simuladores contenidas en misivas-documentos internos y privados que se cursaron, en contradicción con el instrumento público que suscribe el tercero. Y se declaró que está sujeto a la pena de falsedad también el que prestó testimonio falso contra su propio signo. Y no se ha de dudar que por la imprudencia del que prestó a dos diversos testimonios, cuya contradictoria fe queda de este modo vacilante, es él responsable del delito de falsedad⁷¹.

Artículo 1369 del Código Civil: La fecha de los instrumentos privados no se cuenta, respecto de terceros, sino desde que alguno de los que hayan firmado haya muerto o haya quedado en la imposibilidad física de escribir, o desde que el instrumento se haya copiado o incorporado en algún Registro Público, o conste haberse presentado en juicio o que ha tomado razón de él o lo ha inventariado un funcionario público, o que se haya archivado en una Oficina de Registro u otra competente. La data del instrumento no es susceptible de variación, por más que se la contraría y se señale otra. De nuevo, los terceros de buena fe están protegidos por la apariencia del documento, en los términos expresados por el artículo: pueden invocar el *venire*...

Artículo 1404 del Código Civil: La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante. Este no puede revocarla si no prueba que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de un error de derecho. La confesión, como declaración-demostración de la existencia o inexistencia de un Derecho, expresa o implícitamente, produce la más fuerte expectativa de derecho, *regina probatio* y no puede ser contrariada por el confesante, sino en los excepcionales casos señalados y además, con carga probatoria en cabeza del propio confesante: opera el *venire*...

⁷¹ *Digesto*, Libro XLVIII, Título x, 27 §1.

Artículo 1417 del Código Civil: La parte que ha deferido el juramento puede retractarse mientras que su adversario no haya declarado que lo acepta o lo refiere, o mientras que no haya recaído decisión irrevocable sobre la admisión del juramento. Puede retractarse aun después de la decisión, y después de que la parte contraria haya declarado que está dispuesta a prestarlo, si la fórmula propuesta se ha cambiado en la decisión, a menos que por un acto posterior a ésta, haya aceptado la alteración de la fórmula. Tiene el mismo contexto que la confesión, porque la fórmula del desusado juramento decisorio en sí misma, constituye una confesión que obra en contra del proponente, tal como quien formula posiciones juradas, por afirmar hechos precisos en cada pregunta, hecha de manera asertiva: opera el *venire*...

Artículos 1459 y siguientes del Código Civil, relativos a las donaciones: Las donaciones como actos unilaterales, son naturalmente revocables: no cabe la regla del *venire*... Hay casos jurisprudenciales, bastante forzados por cierto, que aparejan la aplicación implícita del *venire*..., como lo que ocurre en materia laboral, respecto al alegato de prescripción de la acción. Se ha considerado que quien, como excepción al fondo, invoca la prescripción de la acción laboral, «confiesa» que hubo relación de trabajo, por estimar que habría contradicción alegando una causal de extinción de algo que no existiría. Siempre ha lucido como un bizantino dislate procesal... «pero que es en beneficio del débil jurídico».

El ámbito procesal es variopinto, imposible de precisar: reformas contradictorias del libelo, inepta acumulación de acciones, demandas de reivindicación aduciendo calidad de poseedor, interdictos invocando la calidad de propietario, rechazo de la acción de inquisición cuando hay posesión de estado, aprobación de una resolución de asamblea y posterior impugnación por el mismo accionista, reconocimiento implícito o expreso de la condición de parte procesal y luego desconocerle ese estatus, contradicción con el contenido sucesivo de escritos y señalamientos, lo cual se ha considerado que tiene un efecto preclusivo y procesalmente confesorio, etc.

Conclusión

El problema es complejo-sutil, por ser el contenido del *venire*... un asunto residual, complementario o, cuanto menos sobrevenido, y siempre presenta cierto grado de imprecisión. Por tanto, el principio debe ser invocado y aplicado con razonabilidad, buen sentido para evitar la «fe vacilante y contradictoria», como desde antiguo lo dispone el *Digesto* y contrarrestar la sorpresa, las maquinaciones perniciosas, que conduzcan a la conculcación de derechos expresos o al menoscabo de las propias bases de los pactos o de los juicios, aplicando también el principio procesal de la especialidad frente a la generalidad y sin dejar de observar el funcionamiento general del sistema (*ex* artículo 22 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, la contradicción o incoherencia procesal traiciona la confianza del juez y de la contraparte. Por eso, el fundamento del *venire*... en el ámbito procesal, está también anclado en el principio de la buena fe; así lo admiten la doctrina y la jurisprudencia extranjeras. No conocemos nada en la jurisprudencia civil nacional al respecto, donde generalmente los puntos convalidatorios son resueltos por la negativa, apelando al argumento simplón de la «justicia sin formalidades» o a la necesidad de la «justicia efectiva» para acogerlos y, desde luego, recurriendo a la acostumbrada glosa.

* * *

Resumen: El autor reflexiona sobre el principio general de la buena fe y sobre la doctrina de los actos propios. Aspectos poco tratados en la literatura nacional. Para ello profundiza en los orígenes de la buena fe, remontándose al Derecho romano y su evolución; de seguida describe sus componentes, para, a continuación, exponer la doctrina de los actos propios o doctrina *venire contra factum proprium no valet*, señalando sus aspectos más relevantes, es decir, su origen, formulación, problemática y aplicación en el Derecho venezolano. **Palabras clave:** Buena fe, actos propios, doctrina *venire*. Recibido: 23-07-18. Aprobado: 15-08-18.